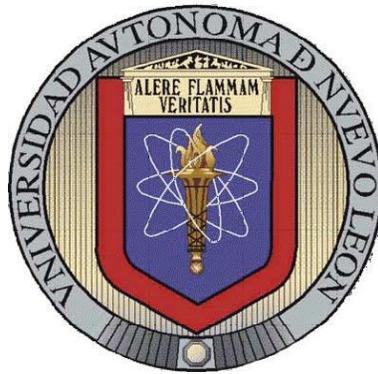


UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



TESIS

CLAROSCUROS DE LA REFORMA ENERGÉTICA:
ALGUNAS INQUIETUDES PROCESALES

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO
CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL

PRESENTA

OMAR ADOLFO LÓPEZ CASTAÑEDA

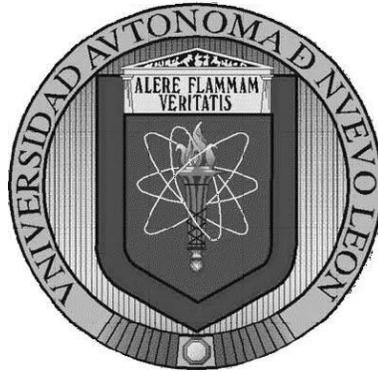
DIRECCIÓN DE TESIS

LUIS GERARDO RODRÍGUEZ LOZANO

CIUDAD UNIVERSITARIA

SEPTIEMBRE 2021

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



TESIS

CLAROSCUROS DE LA REFORMA ENERGÉTICA:
ALGUNAS INQUIETUDES PROCESALES

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO
CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL

PRESENTA

OMAR ADOLFO LÓPEZ CASTAÑEDA

DIRECCIÓN DE TESIS

LUIS GERARDO RODRÍGUEZ LOZANO

CIUDAD UNIVERSITARIA

SEPTIEMBRE 2021

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	8
-------------------	---

CAPÍTULO I

NOCIONES PARA UN DERECHO PROCESAL ENERGÉTICO

PARALELISMO DEL AYER Y HOY SOBRE EL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL

1. Inquietudes procesales, no normativas	22
2. Una conciencia derrotada	32
3. Sobre el factor de la propiedad.....	40
4. Una falla sustancial: autoaplicación y heteroaplicación de las normas.....	47
5. Visión: un derecho procesal energético.....	51

CAPÍTULO II

VISIONES SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

ENTRE EL NACIONALISMO Y LIBERACIÓN DEL MERCADO ENERGÉTICO

1. Puntos de encuentro y desencuentro sobre la reforma energética de 2013	55
2. Medidas constitucionales para el resguardo de la reforma energética de 2013.....	69
3. Proceso de reforma constitucional.....	81
4. Medios de control constitucional.....	88

CAPÍTULO III

MARCO JURÍDICO VIGENTE EN REGULACIÓN ENERGÉTICA

UNA APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA PROCESAL EN MATERIA ENERGÉTICA

1. Repaso histórico en materia energética	90
2. Cronología energética e implicaciones de la reforma energética de 2013	102
3. Algunos conflictos procesales del ahora	106
4. Retos técnicos jurídicos procesales con el <i>fracking</i> y <i>shale</i> gas.....	111
5. Los principios generales del derecho: su utilidad procesal en la argumentación y el discurso jurídico	120

CAPÍTULO IV

PUENTES DIALÓGICOS PROCESALES

ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES EN MATERIA ENERGÉTICA

1. Retos inmediatos tras la reforma energética.....	123
2. Aspectos procesales para la solución de controversias derivado de la aplicación de la reforma energética en México	129
3. Disputa por Zama: un caso práctico	138
4. Análisis jurídico-procesal del caso Zama.....	151
5. Algunas cuestiones relevantes al caso Zama.....	155

CAPÍTULO V

PROYECCIÓN DEL DISCURSO DESDE LA HERMENÉUTICA BASE DEONTOLÓGICA PARA UN ESTUDIO ESPECIALIZADO

1. ¿Cómo combatir la incertidumbre de los procesos?.....	158
2. Activismo judicial: medio ambiente, cambio climático y derechos humanos	167
3. Deontología: la importancia de la formación	172
4. Hermenéutica entre tribunales (diálogo judicial)	182
5. Cuestiones finales (conclusiones).....	184
BIBLIOGRAFÍA	190

INTRODUCCIÓN

México es un país que, geográficamente, cuenta con muchas ventajas para la generación de energía, sean ya renovables o no renovables. Sin embargo, la administración (o política) que se ha llevado a cabo, para el rendimiento de este tipo de recursos naturales, es lo que ha originado distintos problemas a través de la historia de nuestro país y, por ende, no ha sido posible aprovechar el potencial de nuestros recursos. Durante el porfiriato, por ejemplo, se dejó en manos extranjeras todo lo referente a la exploración y explotación de hidrocarburos, especialmente, sobre el petróleo.

Durante ese episodio, las grandes petroleras se lucraban enormemente con las reservas que les había cedido el Estado mismo. Para ese entonces, ingenuamente se creía que el petróleo, en México, era un recurso escaso y que no representaba gran cosa. Craso error, pues, desde la expropiación petrolera de 1938, y gracias a la producción de petróleo (modelo estatista), México ha logrado financiar distintas instituciones públicas, desde el sector de la educación (UNAM), la salud (IMSS, ISSSTE), entre otras (CNDH, INE, TEPJF, INAI, etc.).

Para lograrlo, no obstante, hubo que pasar por distintas dificultades. La Constitución de 1917, para empezar, amenazaba a los petroleros del país con una aplicación retroactiva sobre las concesiones cedidas durante el porfiriato, pues la concepción de la propiedad había cambiado, y, por tanto, esta figura jurídica perdía su concepción original (liberal) como un derecho absoluto; de un derecho que, según se estipulaba, civilizaba a las naciones. Ante esto, existía la necesidad de aplicar la nueva ley constitucional, sin afectar los intereses de los particulares, ya que, para entonces, el Estado mexicano había dimensionado lo que representaba la explotación de los hidrocarburos: ganancias enormes.

Hoy, por el contrario, y desde los debates que surgieron para la aprobación de la reforma energética de 2013, y vigente desde 2014, se cree necesario despetrolizar el presupuesto de la federación, pues las inversiones, desde ese año (y poco antes), empezaban a entrar en un desequilibrio con la producción, de manera que se invertía más, pero se producía menos. Tal cuestión, lleva a los legisladores del Congreso de la Unión, a propuesta de la nueva administración pública (2012-2018), a realizar cambios en la política energética que se había mantenido en México desde hace 75 años, para la industria petrolera, esto, por un lado; por otro, en lo que corresponde a la industria eléctrica, por un periodo de 53 años.

Esto lleva a pensar que el argumento por el cual se realizaron concesiones, en la industria petrolera, es decir, la creencia de que el petróleo es poco, vuelve a la escena política para validar una política meramente impopular, pero que se estimó necesaria. Junto con ello, la administración pública federal, de entonces, realizó una campaña aludiendo los beneficios que atraería la apertura del mercado en el sector energético, con lo cual se prometió que, una vez se hayan aprobado la reforma constitucional, así como el andamiaje de leyes secundarias, sería posible obtener precios más asequibles en el consumo de gasolinas y electricidad. No obstante, todo eso quedó en mera promesa y un discurso insipiente e insípido para los consumidores. Actualmente, a pesar de estar ya vigente la reforma constitucional por más de 7 años, tales cambios (o beneficios para el consumidor) no se han producido.

Tal situación no fue desaprovechada por quienes consideraban que la apertura del mercado había sido una mala decisión, lo cual provoca que los nulos resultados se conviertan en un argumento a favor del discurso implementado por el actual ejecutivo federal, el cual difundió, durante su campaña electoral de 2018, y que, entre otras cosas, lanzaba un plan para «fortalecer» a las empresas productoras del Estado, especialmente a Petróleos Mexicanos (PEMEX), así como la implementación de un discurso que pretendía dar revés a las llamadas «reformas estructurales» de la administración pública federal pasada, entre las cuales se encuentra la reforma energética de 2013. Tras su victoria, por lo mismo, se genera una incertidumbre en el sector privado, ya que no se sabía cuál sería la ruta que implementaría la nueva administración, la cual traía consigo el regreso de una política energética cerrada, nacionalista y que, por ende, sentenciaba que el «petróleo es de todos los mexicanos».

Ya han pasado 3 años después de la toma de posición de la actual administración pública federal, la cual, al momento, se ha mantenido al margen de realizar actos que dejen en la marginalidad a los particulares, tales como expropiar propiedades, o bien, cancelar contratos que se firmaron entre 2015 y 2018; en general, de aplicar retroactivamente la ley, o bien, no respetar el debido proceso. No obstante, sí se han realizado algunas acciones que han condicionado lo que es la libre competencia —esto ha provocado que hoy día haya varias disputas en juicio de amparo, en donde se han otorgado algunas suspensiones provisionales, dictadas por tribunales en materia de competencia económica, así como algunos otros medios de control de constitucionalidad; además, se han realizado algunos cambios legislativos que son acordes a la política energética que pretende la nueva administración, lo cual también ha

provocado la movilización del sector privado, promoviendo juicios de amparo para evitar la implementación de dichas reformas.

Por otra parte, el discurso de «fortalecer» a PEMEX, no se ha quedado en mero discurso, y se han tomado cartas en el asunto desde los primeros días de haber tomado posición la nueva administración federal. Por ejemplo, se han tomado algunas acciones que, de acuerdo al dicho del ejecutivo federal, permitirá al Estado mexicano contar con una autonomía energética (*seguridad energética*), es decir, que podrá cubrir la demanda de los mexicanos, sin la necesidad de recurrir a importaciones de combustibles, como las que vienen desde Estados Unidos de América. Igualmente, se ha trazado un plan para combatir la corrupción en PEMEX, así como medidas para terminar con las prácticas de robo de combustible — conocido como huachicoleo.

Pues bien, más o menos es este el contexto que determina el estado de la cuestión de esta disertación. Estudiar la incertidumbre del ambiente procesal, político, económico y social que implicaría volver a un modelo estatista, donde la renta petrolera queda en las arcas del Estado en un porcentaje del 100%. Además, analizar si la política energética de la actual administración pública federal es compatible con el modelo de negocio actual de los hidrocarburos. Por lo mismo, de lo anterior, resulta indispensable conocer los cambios constitucionales que surgen de la reforma constitucional y legal en materia de energía del 2013 y 2014 respectivamente, mediante la cual se dio origen, en nuestro país, a la creación de un nuevo modelo energético que elimina, en su totalidad, el monopolio del Estado en materia energética, para dar pie a la transición de un nuevo mercado, de competencia, mediante la inclusión de la iniciativa privada en dicho sector, y, de este modo, fomentar las bases de un sector energético funcional que permita la participación directa de los particulares en cada uno de los segmentos o eslabones de la cadena de valor de la industria de hidrocarburos en nuestro país, es decir, ser actores principales en las actividades de *upstream*, *midstream* y *downstream* de dicha industria.

Ahora bien, en este mismo orden de ideas, y a partir de la aprobación de dicha reforma energética del 2013, en México, y después de décadas de mantener un monopolio estatal verticalmente integrado, y de limitar la participación privada en la industria petrolera, el gobierno mexicano ha creado un nuevo modelo, permitiendo la participación directa del sector privado y terminando así con dicho monopolio, es por ello que se fomenta un entorno

económico más competitivo y dinámico —al menos en teoría— acompañado del fortalecimiento del marco jurídico en esta materia, el cual se integra, entre otras, de las siguientes leyes secundarias que nos ocupan:

- I. Ley de Hidrocarburos.
- II. Reglamento de la Ley de Hidrocarburos.
- III. Reglamento de las Actividades a que se refiere el Título Tercero de la Ley de Hidrocarburos.
- IV. Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética.
- V. Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos.

Así como demás instrumentos de regulación que, en el ámbito de su competencia, emiten los órganos reguladores coordinados, tales como disposiciones administrativas de carácter general, lineamientos y acuerdos que han entrado en vigor y que forman parte del nuevo marco jurídico que guarda relación con el problema de este estudio.

En resumen, existen cinco principios básicos de la reforma en el sector hidrocarburos. Primero, se crea un nuevo régimen jurídico mediante asignaciones a entidades estatales y contratos con empresas particulares para la exploración y producción de hidrocarburos, así como, mediante el otorgamiento de permisos, para las actividades de refinación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de hidrocarburos y sus productos derivados. Segundo, se permite ahora la participación de inversión extranjera en la industria de hidrocarburos. Tercero, la propiedad originaria de los hidrocarburos en el subsuelo continúa siendo del Estado. Cuarto, son actividades exclusivas del Estado mexicano, la exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos, pero se permite la participación privada en tales actividades. Por último, PEMEX se transforma en «empresa productiva del Estado» con gobierno corporativo y se crearán nuevas empresas productivas estatales para participar en las actividades del sector de hidrocarburos.

Ahora bien, cabe resaltar que la citada reforma constitucional ha sido creada con el propósito de fomentar la competitividad y, a su vez, promover el desarrollo eficiente de los mercados energéticos en el país, así como proteger los intereses de los usuarios, propiciar la

cobertura nacional y atender la confiabilidad, estabilidad y seguridad en el suministro y prestación de los servicios, por medio de distintos instrumentos regulatorios que permitan cumplir con el propósito de la norma. Es, por lo anterior, que, en nuestro país, se vive actualmente un período de implementación que ha detonado una revolución dentro de la industria energética de los hidrocarburos en el aspecto normativo, comercial y de mercado, pues se permite a la iniciativa privada participar, de manera directa, en cada uno de los segmentos de la cadena de valor de dicha industria, rompiendo, de este modo, con el monopolio verticalmente integrado por la ahora empresa productiva del Estado (PEMEX). Asimismo, es importante mencionar que, a partir de la entrada en vigor de la citada reforma, y dentro del período del mercado competitivo naciente, la actividad de comercialización de hidrocarburos, y sus derivados, dentro de la cadena de valor, de la industria energética en esta materia, la cual ha cobrado una gran relevancia, toda vez que dicha figura permite ofertar productos propios de la industria a usuarios o usuarios finales, siempre y cuando se encuentren autorizados por la Comisión Reguladora de Energía (CRE), para llevar a cabo esta actividad permitida, sin requerir, para ello, el desarrollo de infraestructura para el ejercicio de las facultades contenidas en el permiso de comercialización obtenido.

Por otro lado, y como ya he hecho referencia, a partir del nuevo régimen regulatorio en cuestión, se permite la inclusión de la iniciativa privada en el sector energético, pero ¿con qué efecto?, con ningún otro más que el de fomentar la competitividad, mediante el desarrollo de nuevos mercados en este rubro, por lo cual se permite, a los particulares, participar de manera directa en distintas actividades mediante el otorgamiento de permisos para: refinación, transporte, almacenamiento, distribución, comercialización de hidrocarburos y petrolíferos, y expendio al público de petrolíferos; lo anterior, insisto, con la intención de fomentar la competitividad y la eficiencia del mercado.

En la actualidad, por ejemplo, nos encontramos centrados en la etapa más importante de la reforma energética, que es la de la implementación, y es aquí donde se han detectado una serie de deficiencias, problemáticas y prácticas ilícitas, las cuales apuntan directamente a la simulación de actos amparados con comprobantes fiscales expedidos por permisionarios, específicamente, permisionarios comercializadores autorizados por el órgano regulador —la CRE— actividad, la cual, dentro de la cadena de valor de la industria energética, en materia de hidrocarburos, y conforme a lo establecido en la *Ley de Hidrocarburos*, así como en el

Reglamento de las Actividades a que se refiere el Título Tercero de la *Ley de Hidrocarburos*, la comercialización consiste en ofertar los distintos productos autorizados a usuarios y usuarios finales, sin que esto traiga consigo la propiedad de la infraestructura o activos, es decir, actuar únicamente como intermediario autorizado por la ley en las actividades de compra y venta de productos, solamente, facturando o emitiendo comprobantes fiscales sin necesidad de comprobar activos o infraestructura, al no ser un requisito necesario derivado de su actividad, lo cual ha sido utilizado, puntualmente, por algunos particulares, para simular operaciones de adquisición de combustibles, presumiblemente importados, o comprados a otros permisionarios dentro del territorio nacional, y, supuestamente, vendidos a otros mismos, lo cual, con dichas prácticas ilícitas, pueden ser controladas o eliminadas, si a dicha figura de la comercialización se le catalogara como actividad vulnerable dentro de los supuestos establecidos en el artículo 17 de la *Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita* para efectos de lavado de dinero, ante los umbrales monetarios que se manejan en cada operación y, desde luego, dando los avisos necesarios ante el portal de la autoridad fiscal, en este caso, el Servicio de Administración Tributaria (SAT) mediante el alta correspondiente.

Aunado a lo anterior, y en otro orden de ideas, resulta relevante no pasar por alto la legislación fiscal en nuestro país, particularmente lo establecido en el artículo 69-B del *Código Fiscal de la Federación*, el cual establece que, cuando la autoridad fiscal detecte que un contribuyente ha estado emitiendo comprobantes fiscales, sin contar con los activos, personal, infraestructura o capacidad material, directa o indirectamente, para prestar los servicios o producir, comercializar, o entregar los bienes que amparan tales comprobantes, o bien, que dichos contribuyentes se encuentren no localizados, se presumirá la inexistencia de las operaciones amparadas con tales comprobantes.

De lo anterior pudiéramos relacionar que la comercialización podría ser catalogada en los supuestos del numeral citado con antelación (17). No obstante, que dicho precepto legal pertenece a un cuerpo normativo distinto, pero que guarda relación con las autoridades de dicho sector, esto aun cuando dicha actividad permisionada se encuentra autorizada por la legislación secundaria en materia energética, es decir, la *Ley de Hidrocarburos* y el *Reglamento de las Actividades* a que se refiere el Título Tercero de la *Ley de Hidrocarburos*, la cual no exige la propiedad o desarrollo de infraestructura para llevar a cabo la actividad

autorizada por el órgano regulador competente, sino únicamente cumplir con los reportes estadísticos de obligaciones a cargo de dicho permisionario, correspondientes a volúmenes de venta anual total, por medio de los medios electrónicos del órgano regulador competente que, para este caso, resulta ser la CRE.

Sin embargo, ha quedado un vacío legal ante la posibilidad de regular que dicha actividad, aun cuando va en contra de lo establecido en el *Código Fiscal* vigente, en el país, por ser una actividad autorizada, como mencioné anteriormente, pero se considera que pueda ser regulada de manera simultánea mediante la clasificación de la actividad de comercialización, como actividad vulnerable dentro de las establecidas en la ley especial de la materia, cumplimentado con avisos al portal de lavado de dinero del SAT, a fin de dar mayor certeza jurídica a las operaciones celebradas por los comercializadores de hidrocarburos, y petrolíferos dentro del sector energético, y, de este modo, eliminar las prácticas ilícitas que han quedado, a la luz, a partir de dichas actividades.

En fin, situaciones como esta, ya las he abordado en su momento, pero que son interesantes traer a cuento cuando se analiza la reforma energética de 2013. Para esta ocasión, no obstante, me he centrado en estudiar la necesidad de implementar un proceso nuevo. Un proceso especializado en materia energética: un derecho procesal energético. Esto permitiría tratar con conflictos, de esta magnitud, no solo en el rubro de materia fiscal o administrativa, y, en su caso, incluso de arbitraje.

Aunado a esto, me resultó interesante introducir una cuestión hermenéutica, ya que existen varias secuencias que se presentan entre el pasado y el presente. Pero, más que esta empresa, acercarme a la hermenéutica me ha dado la oportunidad de reconocer que la mejor opción para dar certidumbre en este campo de acción que es la materia energética, en México. De aquí que, por ejemplo, en esta disertación estime pertinente que la formación sea un punto clave para fortalecer las instituciones judiciales, y, en general, a los órganos reguladores.

Por lo mismo, he optado por no realizar un estudio normativo de la legislación que compone el andamiaje jurídico del sector energético en México. En cambio, como planteo en el Capítulo I, mi intención va encaminada a estudiar las similitudes, o paralelismos, que he encontrado frente a la situación que se presentó cuando entró en vigor la actual constitución federal, el 5 de febrero de 1917, la cual desató, de inmediato, cierta inquietud en los petroleros de aquél entonces. Se creía, por tanto, que el Estado recurriría a tomar acciones

para retomar la industria petrolera por medio de la expropiación, o bien, a la fuerza, ya que la nueva constitución reformulaba la noción que se tenía sobre el derecho de la propiedad, el cual ya no era un derecho en sí de los particulares, sino que originalmente pertenece al Estado (incluido el subsuelo) y era el Estado mismo el que daba origen de la propiedad; recurriendo así a una noción cercana a la estipulada por el padre del positivismo jurídico.

Pese a los temores y algunos otros bemoles, sin embargo, la expropiación se realizó únicamente después de un desacato de los petroleros a un mandato de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), al negarse a brindar mejores condiciones de trabajo a su personal. Ante esa negativa, la administración pública federal, de aquél entonces, decide realizar el acto de expropiación, y, de este modo, repatriar lo que años atrás se había cedido sin dimensionar las grandes ganancias que generaba el petróleo.

Puedo recordar, incluso, que, en aquella época, según denotan los libros de historia, fue la primera vez en que sociedad y gobierno entraban en un solo conjunto. Lograr tal acto, igualmente, se conoce como el primer gran triunfo de México frente a los Estados Unidos de América, pero que, en cuestiones de tal índole, no creo conveniente ahondar. Sin embargo, resulta importante abordar cuestiones de carácter político para comprender, de un modo justo, las implicaciones de aquél entonces y de hoy.

Por lo mismo, antes de la expropiación petrolera, tal acto no habría sido posible, ya que el Estado mexicano se encontraba en una facción débil, por lo cual, sus instituciones no estaban preparadas para llevar a cabo una acción de tal magnitud. Actualmente, el escenario es similar; si bien, nuestro país, desde hace algunos años, ha emprendido el camino de la democracia y, con ello, ha podido establecer algunas instituciones sólidas, aprobar la reforma energética de 2013, de cierta manera, puede entenderse como un acto de sumisión a políticas extranjeras. Precisamente por ello, esta es una de las razones por las cuales considero que es preferible optar por un derecho procesal energético y una formación especializada, pues se necesita de un poder judicial que mantenga el orden constitucional y, en general, procure el Estado de derecho, acorde a los principios rectores de la constitución.

Ahí mismo, igualmente, destaco algunas cuestiones procesales relevantes, como la importancia del debido proceso, así como la importancia de no tener una «conciencia derrotada» que persuada o incite a pensar que todo está perdido, de modo que no se puedan impugnar los actos de autoridad que vulneren derechos de los contratistas, los cuales hayan

ganado su contrato en las rondas y licitaciones que puso en marcha la pasada administración pública federal, entre 2015 y 2018. Para ello, es menester conocer las opciones que brinda la legislación local, con el objetivo de contar con medios procesales que puedan contener las medidas que tomen las autoridades y que no sean conforme a derecho.

Para el Capítulo II, por otra parte, he realizado un análisis respecto a las visiones que se tienen acerca del mercado de hidrocarburos, de manera que medio entre encuentros y desencuentros respecto a la reforma energética, la cual, para algunos, representa una forma de dejar en manos privadas los recursos de la nación, pero, para otros, es una oportunidad para el Estado y crecer, de esta manera, en la industria.

Para esto, analizo qué representa realmente la nueva política energética de la actual administración pública federal y cómo el discurso, del actual ejecutivo federal, debe optar por cuestiones renegociación, mas no por cuestiones que, de una u otra forma, inciten a los particulares a apelar por la vía diplomática o juicios y arbitrajes que se alarguen por unos tantos años. Por lo mismo, aludo, al mismo tiempo, en caso de darse este tipo de cuestiones, qué alternativas tienen los particulares para poder hacer frente a los actos de autoridad que tengan por mal violentar sus derechos.

Por tal razón, me parece necesario justificar por qué el hecho de optar por una política energética nacionalista no debe por qué presentar una molestia o una mala apuesta, ya que, considerando lo que ha pasado desde que se ha puesto en marcha este discurso de «fortalecimiento» a PEMEX, se han realizado algunas acciones que, poco a poco, han elevado la producción petrolera, la cual se encontraba en picada desde el año 2014, mismo año en que entra en vigor la reforma energética de 2013. Con esto mismo, es como argumento que, pese a las críticas que se pueden realizar al modelo estatista, la política energética que se está implementando, actualmente, por la administración pública federal, no debe verse con malos ojos. A fin de cuentas, este tipo de política energética iba implementándose por distintos países a nivel internacional, de modo que la reforma energética, en México, iba contra los movimientos de otros Estados, de modo que más que abrir, era necesario conservar el modelo nacional; esto, principalmente, por las malas prácticas (laborales, fiscales, ambientales, etc.) de las distintas empresas transnacionales.

Por otra parte, en este mismo Capítulo II, analizo algunas cuestiones de índole política, las cuales son vitales para comprender los cambios constitucionales en materia energética.

El proceso de modificar la constitución, por ejemplo, es una cuestión política de vital trascendencia, toda vez que la incertidumbre de si será o no modificada la constitución para dar revés a los cambios de 2013, sigue en el aire. Y, además, crece, con el paso de tiempo, toda vez que el ejecutivo federal ha mencionado que, de no respetarse los cambios recientes de este año (2021) a la *Ley de Hidrocarburos*, así como a la *Ley de la Industria Eléctrica*, presentará una iniciativa para una reforma constitucional por la cual se lleve a rango constitucional dichas modificaciones, las cuales, al momento (septiembre 2021), se encuentran en suspensión por la promoción de algunos juicios de amparo.

Señalo, además, que esto es de vital importancia, porque si bien es posible promover un juicio de amparo frente a una ley general (amparo contra leyes), su principal causa de improcedencia es, precisamente, cuando se trata de una reforma constitucional, de manera que la contrarreforma, en materia energética, podría ser una realidad; aunque, a mi parecer, no la mejor opción.

En cuanto al Capítulo III, realizo un repaso por la legislación en materia energética, lo cual, de cierta manera, puede considerarse como una contradicción a lo que menciono en el Capítulo I. Sin embargo, esto no es del todo correcto, ya que la intencionalidad de aludir a la legislación, no es para poner sobre la mesa cuáles son las normativas relacionadas con el sector energético, sino para establecer un desfase que existe entre la legislación y la realidad actual; verbigracia, el cambio climático.

Por ejemplo, los estudios financiados por la industria y los especialistas independientes, indican que en la ingeniería del *fracking* hay problemas intrínsecos que no pueden evitarse con los materiales y tecnologías actuales, entre ellos: fracturación no controlada e impredecible, sismicidad inducida, fugas considerables de metano, así como deterioro del revestimiento de los pozos. Aunque, en general, las técnicas van mejorando, la geología es a veces imprevisible, por lo que no se pueden evitar totalmente la aparición de fisuras y las pérdidas de materiales tóxicos.

Mientras, se siguen descubriendo nuevas evidencias de los riesgos y se trabaja para conocer mejor el *fracking* y sus consecuencias negativas, no hay duda que esta técnica ha despertado muchas controversias y está desafiando el interés y la capacidad real de los gobiernos para controlar los daños por medio de mecanismos regulatorios. Y es que, a pesar

de que se sabe cada vez más sobre los riesgos del *fracking* a corto plazo, se continúan ignorando sus riesgos a largo plazo, los cuales pueden ser enormes.

Los gobiernos, sin embargo, están abriendo sus puertas sin entender sus impactos y riesgos, y sin consultar a las comunidades afectadas. Muchas comunidades se están organizando para prevenir o detener los impactos del *fracking*, el cual afecta a sus derechos humanos fundamentales, como el derecho al agua, o el derecho a la consulta, pero, en muchos casos, necesitan apoyo técnico y legal; principalmente porque, en el caso de México, las actividades que tienen que ver con cuestiones de energía, se catalogan como cuestiones de interés nacional.

Esto resulta de interés, ya que los riesgos para el ambiente y la salud asociados con el *fracking* han llamado la atención internacional, con algunos países en pro (Estados Unidos de América) y otros en contra (Francia) —y, recientemente en México, con la actual administración pública federal. Mientras, algunos gobiernos, alentados por las compañías de gas y petróleo, tratan de poner en práctica esta técnica, investigadores, comunidades y otros gobiernos basan su oposición en los estudios que documentan los muchos riesgos y daños que causa. En realidad, el problema es principalmente económico y político, pues actualmente la protección del ambiente se enfrenta a grandes intereses y tiene un lugar secundario en las decisiones de los gobiernos.

El estudio de los impactos ambientales de la perforación para obtener hidrocarburos, por medio del *fracking*, ha sido un reto particularmente difícil, debido al gran número de factores que se desconocen, en gran parte, por la mala calidad y escasa cantidad de los datos disponibles. Sin embargo, los estudios realizados, hasta la fecha, y los impactos documentados en las comunidades cercanas al *fracking*, demuestran que las afectaciones y el deterioro son reales e inevitables, entre las cuales se encuentran: elevado consumo de agua y su pérdida para el ciclo hidrológico; agotamiento de las fuentes de agua; elevada generación de desechos tóxicos y dificultades para su manejo; contaminación de los mantos freáticos y el agua superficial; contaminación atmosférica; migración de gases y sustancias del fluido hidráulico hacia la superficie; contaminación del suelo por derrames y flujos de retorno; emisión de gases de efecto invernadero (metano y otros); sismicidad inducida; contaminación acústica; impactos paisajísticos adversos; alteración de la biodiversidad, entre otras cuestiones importantes y que han tenido un impacto en el ambiente.

Como bien se sabe, la reforma energética, en materia de hidrocarburos, se implementó para revertir la caída de las reservas totales de hidrocarburos del país, la reducción de la producción de gas y petróleo, así como la creciente proporción de importaciones de ambos combustibles; tres tendencias notorias desde principios del siglo XXI, y acentuadas desde el año 2013, pese a las inversiones realizadas por PEMEX en actividades de exploración, extracción y refinación.

Sin embargo, dichas actividades pueden generar algunos problemas sociales, las cuales se presentan principalmente en las obras en tierra, pero también en las ciudades costeras del Golfo de México, por las actividades de exploración y extracción, tanto convencionales como no convencionales, lo cual es el caso del *fracking*.

En fin, tampoco pretendo realizar un estudio completo sobre esta cuestión, sino simplemente exponer algunas opciones que pueden tener algunas personas que se ven perjudicadas por algunas empresas que llevan a cabo esta actividad del *fracking*, así como para demandar al Estado el incumplimiento a principios constitucionales, como el derecho de tener un ambiente sano, ya que el metano produce altos grados de contaminación, así como el derecho al agua; vital líquido que se puede ver comprometido en esta actividad de extracción no convencional, ya que se requiere de grandes cantidades de agua para su realización, lo cual afectaría a diversas Entidades federativas, pues, los yacimientos de gas están ubicados al norte del país; una zona en la cual el agua escasea.

Ahora bien, respecto al Capítulo IV, la temática se centra, principalmente, en un caso abierto en la actualidad: la disputa por Zama. Este es un yacimiento petrolero que se encuentra en aguas someras, el cual fue el primer pozo descubierto por una empresa que no fuera PEMEX. Sin embargo, se generará un conflicto, y estallará una lucha por decidir quién debe operar el yacimiento, pues este colinda con otro, el cual está manejado por PEMEX; aquí se presentará una controversia entre un particular y una empresa productiva del Estado.

Para esta parte de la disertación, mi interés radicará en evaluar la situación de la disputa y analizar cómo la política energética de la actual administración pública federal pudo verse involucrada para favorecer a PEMEX, realizando una acción que impide la competencia justa. Pero, al mismo tiempo, refiero la importancia que el gobierno reconsidere realizar un nuevo acuerdo por el cual se puede seguir operando en conjunto: tanto la empresa productiva del Estado, así como el particular que está en conflicto, pues optar por un litigio, puede

significar una dura y larga batalla que ocasionará dos situaciones: primero, no aprovechar el yacimiento; y, segundo, quizá estar en una situación que signifique indemnizar a una empresa petrolera privada, lo cual se traduce como: millones de dólares. Por tanto, afecte al política de «fortalecimiento», al condicionar el presupuesto destinado a esa política.

Por último, el Capítulo V deja de manifiesto cuestiones que se tratan desde el Capítulo I. Cuestiones que tienen que ver con la formulación de un derecho procesal energético, así como la implementación de la hermenéutica para establecer un poder judicial fuerte, y, en general, procurar un Estado de derecho en donde, sobre todo, exista un interés particular por el medio ambiente, ya que este no es un asunto que se pueda seguir alargando y tomar a la ligera, como se ha hecho en los últimos años.

El cambio climático es una realidad que está afectando al orbe. La contaminación producida, por los hidrocarburos, son una cuestión que ya no es posible ignorar, de modo que resulta necesario empezar una transición energética, la cual permita apostar por energías más limpias, mismas que el Estado mexicano debe empezar a implementar, aunque esto signifique opacar algunos logros que se han obtenido a partir del cambio en la política energética.

Seguir ignorando esta cuestión, significaría, por tanto, atentar contra la salud de todos los ciudadanos, independientemente si están relacionados o no con cuestiones de hidrocarburos. Según informes de la misma Organización Mundial de la Salud (OMS), cada año aumentan las cifras de muertes por contaminación del aire; solo por esta razón, faltaría analizar qué pasa con la contaminación de acuíferos, del suelo, emisiones de gas con efecto invernadero, así como la pérdida de biodiversidad y paisaje, entre otras cuestiones que se ven afectadas por el uso y producción de hidrocarburos.

Aquí es donde estimo que cobra importancia el discurso y justificación de un activismo judicial, el cual debe velar por estas cuestiones del cuidado ambiental, ya que, el medio ambiente, no es una cuestión por la cual se vean afectados solo unos cuantos, sino que es de interés no nacional, sino mundial. Los últimos años se han provocado cambios climáticos importantes, entre los cuales se encuentran las altas temperaturas a lo largo del año, sin considerar los desastres que han significado sismos y huracanes.

Pues bien, es así cómo, de una manera general, se compone esta disertación. Espero que su lectura sea de gran apoyo tanto para el sector académico, como al sector del derecho procesal, en donde he procurado mantener una visión que aliente a ambas partes, es decir,

tanto en mi función académica, para lo cual he mantenido una postura crítica que puntualiza los problemas y aciertos que ha dejado la reforma energética de 2013; así como en mi función profesional, para lo cual he analizado algunos retos procesales que son clave para la defensa de intereses de los particulares (inversionistas) que legítimamente pretenden un negocio, y, como tal, procuran tener ganancias o beneficiarse de las malas decisiones que pueda tomar un Estado, obviamente, mientras el Estado mismo le permita hacerlo; siempre y cuando sea acorde a su legislación y de una manera justa.

CAPÍTULO I

NOCIONES PARA UN DERECHO PROCESAL ENERGÉTICO PARALELISMOS DEL AYER Y HOY SOBRE EL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL

1. Inquietudes procesales, no normativas

Iniciar la presente disertación con un estudio histórico-normativo sobre la evolución que han tenido los diversos ordenamientos, en México, respecto al sector energético, especialmente sobre el artículo 27 constitucional, si bien puede resultar importante y atractivo para algunos sectores de la sociedad jurídica actual, a mi parecer, resulta muy poco halagador, opaco e incluso de exiguo interés, en primer lugar, porque ya existen trabajos que se han encargado de dicha empresa;¹ y, en segundo lugar, porque lo que se pretende es analizar el factor procesal que se deriva de distintas problemáticas que han girado en torno a la propiedad privada (de tierras), cuyo matiz es sustancial para dar claridad a distintas incertidumbres que rodean no solo al concepto propiamente de «propiedad», sino también las opciones que ofrece la legislación constitucional para los particulares, es decir, los medios de defensa ante diversos actos de autoridad —como la expropiación— toda vez que constitucionalmente “[...] la propiedad de tierras y aguas [...] corresponde originariamente a la Nación [...]”.²

Antes de continuar, me es imprescindible expresar que no es mi intención abordar el tópico político que se relaciona con el factor normativo (sobre todo la cuestión geopolítica que gira en torno a la aprobación de la reforma de 2013) sino que mi interés es propiamente respecto al derecho procesal constitucional en el rubro energético, ya que considero que dicha investigación pertenece a un programa que no me compete, sea ya de gobernabilidad o de política, pero tampoco encuentro justificación para no tomarlo en cuenta, al menos solo el escenario político, pues es una arista importante que conduce al análisis de múltiples

¹ Para dicho fin, *vid.* Márquez Gómez, D. (2015) “Modelos histórico-jurídicos de contratación de petróleos mexicanos”, en Cárdenas Gracia, J. (coord.) *Reforma Energética. Análisis y Consecuencias*, Tirant lo Blanch, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): México, pp. 47-96.

² CPEUM (2021) art. 27.

preocupaciones no solo del sector empresarial en México, sino también de inversión extranjera; es ahí donde se desprende y hallo, justamente, un primer paralelismo del ayer y hoy: cambios en el orden político.

Efectivamente, después de concretarse los comicios presidenciales de 2018, donde resultó ganador el actual presidente de la República, se generó cierta incertidumbre respecto al cómo sería el actuar del presidente electo respecto a las llamadas «reformas estructurales» del sexenio que estaba por concluir, pues dentro de su agenda política se planteaban diversas contrarreformas que pretendían dar un revés a ellas; entre las cuales se encontraba, por supuesto, la reforma energética de 2013. Por tanto, el problema se centra en una cuestión: ¿qué pasará con los permisos, contratos, adquisiciones, arrendamientos y demás elementos jurídicos acordados, firmados y ratificados toda vez se concreten los planes del actual ejecutivo federal respecto a las reformas del sexenio inmediato anterior?

Existe una situación de incertidumbre al respecto, especialmente porque ya se ha dado lugar a otras contrarreformas, como la reciente reforma educativa de 2019, para dar revés a la aprobada en 2013. Pasa lo mismo con otras iniciativas que, si bien no tienen por fin volver a una situación anterior, generan preocupación —sobre todo para aquellos que ven en la figura presidencial una amenaza para las instituciones— como la reciente reforma al Poder Judicial, la cual hay quienes auguran como el primer indicio de una futura «reelección» del mandatario federal, pues dicho cambio legislativo contempla una extensión de funciones, aspecto que favorecería al actual presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) quien está próximo a concluir su cargo en el Poder Judicial Federal, y de quien se ha afirmado es aliado del ejecutivo federal, al considerarse como su principal asesor jurídico.

Por lo mismo, me parece innecesario contextualizar todo el meollo detrás de estas preocupaciones, pues mucho tuvo que ver la llamada «guerra sucia» de 2006 implementada por el partido ganador de esos comicios, ya que moldearon la figura del actual presidente como una persona radical que pretendía derribar las instituciones públicas, la cual si bien se logró suprimir a nivel nacional —tal cual se mostró en los resultados electorales al obtener una votación mayor a treinta millones— a nivel internacional es incierto,³ ya que incluso,

³ De acuerdo con el *Ranking Mandatarios América y el Mundo [Marzo 2021]*, de MITOFSKY, el actual presidente de México, ocupa el cuarto sitio.

se realizaron comparaciones absurdas con otros personajes con mala fama internacional, con el fin de reforzar la idea de un personaje que lleva por bandera la ideología de la dictadura y del socialismo con tintes comunistas. Un temor que se incrementó, por la actual oposición, no solo por resultar vencedor en los comicios de 2018, sino tras obtener la mayoría en el Congreso de la Unión; un dato que, de inmediato, lo convertía en el encargado del ejecutivo federal más fuerte de los últimos tres sexenios, cuyo equilibrio de poder, encontraba en el Congreso la figura del contrapeso. Ello daba lugar a considerar que las contrarreformas serían una realidad, y que se tirarían por la borda el «progreso» de las instituciones del país; cayendo en un «populismo» exacerbado.

No obstante todas estas posiciones críticas que se han planteado desde la oposición, pasados ya tres años de su victoria electoral, el actual presidente ha optado por realizar nuevos acuerdos entre los particulares, en lugar de llevar a cabo procesos jurídicos mediante los cuales sean arrebatados los contratos otorgados por la pasada administración y demás estipulaciones a los particulares que se beneficiaron de la reforma vigente, muy contrario a como pronosticaban sus detractores, quienes aseguraban que se realizaría un juego de técnica legislativa para lograr fines maquiavélicos; el fantasma de la retroactividad, verbigracia, aún deambulaba y se aparecía ante una oposición temerosa de ella, tal cual fue invocado en el pasado por Rabasa, tras el triunfo del movimiento revolucionario de 1910 —y como expondré líneas más adelante, tras analizar su estudio de *El derecho de propiedad y la Constitución de 1917*.

Ahora bien, esto no suprime la incertidumbre respecto a la contrarreforma que se tiene pensada para el sector energético por el actual gobierno —el cual ha conservado su mayoría en el Congreso, tras los recientes comicios de 2021— ya que el proyecto se encuentra aún en debate, para lo cual resulta necesario un estudio que ofrezca información respecto a las opciones que se proyectan en la constitución, y algunas consideraciones para aquéllos casos en donde no se logren nuevos acuerdos, lo cual constituye uno de los principales objetivos de esta disertación. Pongo el ejemplo de la pasada reforma a la *Ley de Hidrocarburos*, la cual legitima a la Secretaría de Energía y a la Comisión Reguladora de Energía a suspender los permisos concedidos y obtenidos por las distintas empresas privadas en el mercado del sector energético, “[...] cuando se prevea un peligro inminente para la seguridad nacional,

seguridad energética o para la economía nacional”;⁴ así como tener la facultad de llevar a cabo “la ocupación temporal, intervención o la suspensión, a fin de garantizar los intereses de la Nación, en el entendido que quedarán salvaguardados los derechos de terceros”,⁵ es decir, la autoridad que haya concedido los permisos que han sido suspendidos, podrá tomar, por medio de contratación de Petróleos Mexicanos (PEMEX), las instalaciones de los particulares, con la justificación de seguir con la oferta del combustible y satisfacer la demanda nacional.⁶ Dichas acciones pueden, en cierto sentido, interpretarse como una antesala a la expropiación.

Pero si bien pueden considerarse como preocupante estas acciones legislativas, es de recordar que tienen una función histórica, como sería regresar al espíritu cardenista del siglo pasado, tal cual estipula el artículo 59 de la *Ley de Hidrocarburos* de 2014.⁷ De aquella época es de recordar, por una parte, la desobediencia de las empresas petroleras a una sentencia de la SCJN, que las condenaba a otorgar mejores condiciones laborales a sus trabajadores;⁸ y, por otra parte, las constantes amenazas y chantajes de reducir la producción, con el fin de afectar las demás industrias:⁹ fue ahí mismo que el presidente Cárdenas decidió expropiar a los particulares.

Quedarse inmóvil hubiera significado aceptar la existencia de dos órdenes jurídicos en el país, uno para las empresas privadas y otro para el pueblo mexicano. La decisión de Cárdenas de asumir el control estatal sobre las empresas petroleras fue en aras de garantizar la plena vigencia del Estado de derecho para todos por igual en el territorio nacional.¹⁰

⁴ DOF: 04/05/2021, art. 59 bis.

⁵ *Ibidem.*, art. 57.

⁶ *Ídem.*

⁷ DOF: 11/08/2014, art. 59.

⁸ Ackerman, J. A. (2015) “Privatización, Petróleo y Democracia en México”, en Cárdenas Gracia, J. (coord.) *Reforma Energética. Análisis y Consecuencias*, Tirant lo Blanch, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): México, pp. 29 y s.

⁹ *Ibidem.*, p. 30.

¹⁰ *Ídem.*

Además, hay que tomar en cuenta que no por producirse un cambio legislativo, dichos cambios hay que afrontarlos de golpe después de su publicación: muy similar al *principio de imputación* (atribución) que mencionaba Kelsen:

el enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en la realidad.¹¹

Por lo mismo, ello habrá que tratarlo, poco a poco, durante todo el presente estudio; con el fin de reforzar una de mis hipótesis centrales: los mecanismos de acción que ofrece el derecho procesal constitucional mexicano, son los medios jurídicos de defensa idóneos contra aquellos actos de autoridad que pretendan diluir, socavar o transgredir «derechos fundamentales» de los ciudadanos mexicanos y extranjeros.

Dicho esto, por ahora, retomaré el punto inicial de esta disertación y justificaré el por qué no es prioritario —e incluso innecesario— realizar una proyección histórico-normativa de las distintas reformas constitucionales que dieron origen a la vigente legislación en materia energética, y es que no es mi pretensión llenar los espacios en blanco con disposiciones legales, sino proyectar cómo el derecho procesal es una arista que se ha tratado muy poco para el estudio de estos cambios legislativos que han generado cierta incertidumbre.

Entonces, tras esta pequeña desviación y proyección del escenario político actual, pero que es importante para la comprensión de la situación a tratar, vuelvo al punto tratado al inicio. Efectivamente, si se centra la temática a dicho tópico histórico-normativo, verdaderamente, de poco sirve conocer cuáles han sido los cambios normativos desde la constitución de 1917 hasta la pasada reforma constitucional de 2013 —incluso hasta los más actuales. Tal acción permitirá únicamente conocer los cambios de forma, pero no de fondo.

Encasillarse de tal manera, no aportaría gran cosa, ni para la academia ni para la práctica jurídica (esencialmente para derecho procesal en el sector energético); bastaría dar un

¹¹ Kelsen, H. (1982) *Teoría pura del derecho*, Serie G: Estudios Doctrinales (20), trad.: Roberto J. Vernengo, Reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): México, §18, p. 91.

vistazo a la legislación vigente y con ello poner en marcha, por ejemplo, las acciones legales de interés ante los diversos actos de autoridad que vulneren el derecho fundamental de la propiedad privada y algunos otros percances. Concretamente, tal empresa consistiría únicamente en analizar «qué dice la ley» actual —apelar a su literalidad— sin la imperiosa necesidad de recurrir a viejos ordenamientos que carecen de vigencia (como lo es para el derecho procesal en general): el llamado principio de *lex posterior derogar priori*, tendría más sentido que nunca. Entonces, por esta parte, dejo asentado el hecho de que un tribunal, como se sabrá, no se pondrá a discutir qué efectos, cambios o evolución han tenido las reformas en la legislación respecto a los hidrocarburos, sino que su interés será respecto a la legislación vigente, y cómo con ella se pueden llevar a cabo sus resoluciones.

Por otra parte, esto no quiere decir que los elementos históricos respecto a las reformas constitucionales sean algo banal, sino todo lo contrario. Como expliqué líneas más arriba, no pretendo obviar la legislación en materia energética, sino dejar en claro que un análisis histórico-normativo significa realizar una empresa de gran envergadura, y como tal, es necesaria una investigación ardua y extensa, cuya labor requiere de una amplia disponibilidad; una acción así consiste en un estudio completo, por lo que exigirse su realización conllevaría a trazar dos proyectos de investigación en uno. Por tanto, quisiera ceñirme directamente en las problemáticas procesales que han surgido con anterioridad y posterioridad a la reforma constitucional de 2013, así como atender sus paralelismos tras el surgimiento del Estado mexicano moderno del siglo XX, con los actuales retos del derecho procesal constitucional en el sector energético del siglo XXI.

Enfocarse, ahora bien, como ya expresé, únicamente al factor evolutivo de la normativa, acarrearía mayor compromiso —al menos para los objetivos que persigue esta disertación. Insisto, no pretendo obviar los problemas jurídicos que se originaron respecto a estos factores jurídico-políticos de reformas y aquellos otros que actualmente interesan tanto al sector público como al privado; por ejemplo, sobre este aspecto, se puede acordar que históricamente la legislación mexicana (en diversos rubros) ha llegado a presentar un desfase entre:

1. La legislación de otros países (específicamente, los desarrollados) y diversos ordenamientos internacionales;

2. El contexto político-económico internacional; y
3. La inversión extranjera en las industrias del sector energético.

Pero su razón principal no se acredita, o se debe únicamente por el contenido normativo, sino por otros elementos que están alrededor de ella: hablo, verbigracia, del factor cultural, político, económico, social, financiero e incluso del elemento deontológico y hermenéutico de los tribunales de la nación —lo cual habrá que analizar más adelante. Sin ir más allá, ante la reforma energética de 2013, gran parte de la población mexicana rechazaba la iniciativa del ejecutivo,¹² principalmente por una cuestión política-social, respecto al factor del nacionalismo de los recursos de la nación, por más que hubiese datos que figuraban la baja producción diaria de barriles de petróleo en comparación con otros años.¹³

Por otra parte, también ha habido un desfase en el desarrollo de nuevas tecnologías, así como un descuido en el factor del cuidado ambiental, lo cual constituye solo algunas facciones que han provocado el atraso del Estado mexicano en la industria energética. Igualmente, ha ocasionado, entre otras cuestiones, el colapso del modelo estatista que, por décadas, había sido política constitucional para el desarrollo de la industria petrolera (1938) y la industria eléctrica (1960) en México, desde su nacionalización: un modelo que ha quedado expuesto como una muy mala jugada (o apuesta) para hoy día —de acuerdo con la tendencia internacional— cuya razón principal ha sido provocada por las distintas reformas en el sector energético desde la década del 80 del siglo pasado, en donde se ha debilitado a las principales empresas del Estado mexicano.¹⁴ Por lo mismo, las empresas PEMEX y CFE han pasado de tener un pasado altamente efectivo, a un presente francamente inviable y un futuro en entredicho.

¹² Ackerman, J. M., *óp. cit.*, p. 30.

¹³ Sheinbaum Pardo, C. (2015) “La reforma energética en el contexto internacional”, en *Reforma Energética. Análisis y consecuencias*, Tirant lo Blanch, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM: México, pp. 106 y ss.

¹⁴ Saxe-Fernández, J. (2016) *La compra-venta de México. Una interpretación histórica y estratégica de las relaciones México-Estados Unidos*, col. El Mundo Actual: Situación y Alternativas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades: México, p. 331.

Ante tal escenario, el proyecto de reforma de 2013, se presentó como la respuesta que tanto hacía falta para actualizar los medios de producción de hidrocarburos, a la par de pactar una mejor regulación de energías para el cuidado del medio ambiente, así como diseñar mejores prácticas para el aprovechamiento de recursos naturales; por ende, en cierto sentido, representaba algo de tranquilidad, pues traía consigo diversas disposiciones cuyo fin era modernizar la técnica para realizar mejores prácticas de producción, las cuales están al nivel internacional de la industria energética. Por ejemplo:

1. La creación del fondo mexicano del petróleo;
2. La legislación respecto de los órganos reguladores coordinados en materia energética; y
3. La creación de una agencia nacional de seguridad industrial y de protección al medio ambiente del sector hidrocarburos.

No obstante, todas estas nuevas inclusiones no llegan como solución para todos los males, y esto es en lo que realmente estoy interesado, ya que la posibilidad de que existan conflictos y controversias que se deriven de la aplicación de las normas de derecho sustantivo, provocará y llevará a un escenario inédito ante los tribunales: la necesidad de plantearse un derecho procesal energético, suena muy alentador para abordar estos retos — como una posibilidad para acatar estos nuevos problemas. Como asentó Kuhn: “[...] cuando cambian los paradigmas, se dan usualmente desplazamientos importantes en los criterios que determinan la legitimidad tanto de los problemas como de las soluciones”,¹⁵ es decir, un cambio de paradigma acarrea nuevos problemas, y la reforma constitucional de 2013 no será la excepción.

Hoy en día, como mencioné líneas más arriba, los empresarios de México y del extranjero ven con cierta incertidumbre lo que ha establecido el Estado mexicano dentro del marco regulatorio del desarrollo de sus actividades en la industria eléctrica y petrolera, ya que tienen que cumplir con las diversas obligaciones que la moderna legislación energética plantea ante este nuevo paradigma de desarrollo de ambas industrias. Así propuesto, se

¹⁵ Kuhn, T. S. (2010) *Estructura de las Revoluciones Científicas*, trad.: Carlos Solís Santos, Edición Electrónica, Fondo de Cultura Económica: México, p. 121.

desarrolla otro paralelismo, o bien, un segundo contacto con el pasado, ya que es una cuestión no muy distinta a la inquietud que mostró Pearson, en 1916, quien encomendó a Rabasa un estudio “[...] respecto a las consecuencias del nuevo texto constitucional en materia de propiedad privada”,¹⁶ pues estaba en ascuas respecto a qué dirección tomaría el movimiento revolucionario respecto a los contratos realizados y consolidados durante el porfiriato, periodo durante el cual las propiedades petroleras, controladas por extranjeros, ascendían a más del 90%.¹⁷

A Rabasa se le encomendó una empresa que, ante algunos, como el exministro Cossío, es el resultado de una expresión profesional y no académica,¹⁸ pero, para otros, como el Aguilar Rivera, en realidad, es resultado de su expresión ideológica liberal, pues tuvo la intención de publicar su trabajo en una versión en inglés, pero que por distintos factores se vio frustrada dicha acción.¹⁹ Destaco este punto, ya que, para mis objetivos, pretendo ofrecer ambas cosas.

Resumidamente, la labor de Rabasa se centra en analizar el concepto de la propiedad respecto a la nueva constitución de 1917; se formula como una franca defensa al concepto liberal de ella, como un derecho absoluto y propio de los países civilizados, cuyo reconocimiento representa no una guía, sino «la guía» del actuar recto.²⁰ Para ello, inicia con una apología respecto a su regulación por el derecho civil y no por el derecho constitucional,²¹ ya que, por una parte, creía que tal acción era un movimiento jurídico-político para dejar en estado de indefensión a los particulares cuyas tierras estaban a merced

¹⁶ Rabasa Kovacs, T. (2017) “Prefacio. Encuentros y desencuentros intergeneracionales en torno al derecho de propiedad en México”, en Aguilar Rivera, J. A. (ed.) *El derecho de la propiedad y la Constitución mexicana de 1917*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Investigación y Docencia Económicas y Fondo de Cultura Económica: México, p. 24.

¹⁷ Meyer, L. (1972) *México y los Estados Unidos en el conflicto petrolero 1917-1942*, (2ª Edición), Colegio de México: México, p. 113.

¹⁸ Cossío Díaz, J. R. (2017) “El artículo 27: entre la civilización y la revolución”, en *supra*, pp. 61 y 78.

¹⁹ Aguilar Rivera, J. A. (2017) “La imposición legal de la tiranía. Emilio Rabasa, el derecho de la propiedad y la Constitución de 1917”, en *supra*, pp. 111 y s; también, pp. 139 y s.

²⁰ Rabasa Estebanell, E. (2016) “El derecho de propiedad y la constitución mexicana de 1917”, en *supra*, p. 147 y s.

²¹ *Ibidem.*, 152.

del «interés público»;²² y, por otra parte, los contratos pactados antes del movimiento de la Revolución, quedaban amenazados de nulidad y dependientes de la benevolencia del ejecutivo federal,²³ pues: ¿cómo se consideraría el principio de no retroactividad, cuando la disposición a combatir es constitucional?²⁴ Para Rabasa, “el objeto evidente de semejante anomalía es dar a la declaración carácter constitucional para que pueda ser retroactiva su aplicación sin violar la garantía individual del artículo 14”.²⁵

Otra inquietud era el factor de «utilidad pública», hecho por el cual la indemnización por expropiación estaba sujeta al valor catastral de la propiedad —con aumento de un 10%—²⁶ y, con ello, se daba pie al porqué para el jurista “[...] la expropiación legal se convierte en franco despojo”.²⁷ De ahí, igualmente, que no sorprenda tanto su conclusión, cuyo reflejo no parece añejo, sino todo lo contrario: “para la propiedad no hay tribunales de justicia”.²⁸ Sobre esto, trataré en líneas un poco más adelante, pues el estudio de Rabasa resulta importante para los fines de esta disertación.

Ahora bien, en el seguir del escenario, actualmente también existen ciertas preocupaciones de parte de los inversionistas (tanto locales como extranjeros) respecto a la reforma de 2013 y demás leyes secundarias que conforman la legislación energética, y ello va desde:

1. Los principales problemas que enfrentaría un asignatario o contratista para dar cumplimiento a la metodología para determinar el contenido nacional en el sector de hidrocarburos (artículo 46 de la Ley de Hidrocarburos);
2. Las posibles fallas respecto de la Ley de los Órganos reguladores coordinados en materia energética y las tareas encomendadas a la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión Reguladora de Energía (artículo 27 de la Ley de Hidrocarburos);

²² *Ídem.*

²³ *Ibidem.*, p. 156.

²⁴ *Ibidem.*, p. 181.

²⁵ *Ibidem.*, p. 165.

²⁶ *Ibidem.*, p. 153 y s.

²⁷ *Ibidem.*, p. 154.

²⁸ *Ibidem.*, p. 155.

3. Los probables conflictos de interpretación al artículo 51 de la Ley de Hidrocarburos que se puedan suscitar entre la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos y la Comisión Reguladora de Energía, respecto al otorgamiento de un permiso a un asignatario o contratista; y
4. Las posibles limitaciones respecto si es viable incluirlas en las convocatorias para campos no convencionales: para el uso del agua como fluido principal en las labores de extracción y exploración de gas contenido en rocas lutitas y cómo esto puede colisionar con las disposiciones de la Comisión Nacional del Agua y de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, entre otras preocupaciones.

Se insiste, si bien es importante el escenario del marco normativo, me preocupan más los conflictos procesales que se derivan de la legislación actual: el *debido proceso*, la no retroactividad de la ley, el proceso de expropiación, los conflictos de interpretación, etc. Importa, por tanto, mostrar un interés mayor al que usualmente se encuentra en la literatura jurídica. Resulta significativo ampliar el horizonte más allá de lo que una norma contiene, y para ello es imprescindible, primeramente, el análisis de cómo la propiedad privada representa una cuestión ineludible para, como diría Gadamer, «la correcta comprensión de lo comprendido»:²⁹ cuestiones procesales constitucionales en el sector energético.

2. Una conciencia derrotada

Pues bien, para esto, considero pertinente realizar un análisis significativo del texto de Rabasa, el cual hasta hace unos años era considerado como un «estudio fantasma», ya que solo existían rumores sobre su existencia, puesto que no aparecía por ningún lado.

No fue sino hasta 2015 cuando Aguilar Rivera lo encontró en la biblioteca Netti Lee Benson de la Universidad de Texas (Austin),³⁰ y para sorpresa de muchos, muy cercano al centenario de la constitución de 1917. Ciertamente, muy *ad hoc* a la situación política-jurídica que atravesaba el país, no solo por la reciente reforma de 2013 en el sector

²⁹ Gadamer, G.H. (2003) *Verdad y Método I*, trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, (10ª Edición), Ediciones Sígueme, Salamanca: España, p. 23.

³⁰ Aguilar Rivera, J. A. (2016) “Presentación”, en *supra*, p. 14.

energético, sino porque la comunidad jurídica se había mostrado, por años, curiosa y ansiosa de conocer cuál era la opinión del Rabasa sobre la constitución después de la revolución, pues desde su regreso del exilio en Estados Unidos, en 1920, se pronunció muy poco sobre ella,³¹ a pesar que muchos consideraban era un «legislador no reconocido»:³² un fruto —o inspirada— de su obra *La Constitución y la Dictadura*; todo ello, ahora disponible, supuso una espera que duró cerca de 100 años.

Ahora bien, no quiero extenderme más sobre la contextualización del «estudio fantasma» de Rabasa, ya que no creo añadir ningún dato original o revelador sobre esa historia que no esté plasmado en la edición de Aguilar Rivera. No obstante, sí me parece adecuado acentuar algunas imprecisiones muy sustanciales, incluso de aquél entonces respecto al factor político-jurídico, ya que el panorama pintado por Rabasa nunca se concretó:

[...] desde hace algunos años ha venido mostrándose por el gobierno de México la tendencia de exigir a las empresas petroleras más de lo que los contratos autorizan, ya en forma de contribuciones, ya de participación, ya aventurando la idea de la nacionalización del petróleo por expropiación o ya por otros procedimientos de más o menos importancia, pero siempre de una tendencia hostil contra una industria que se supone de rendimientos enormes, de comercio seguro sin contingencia alguna. No es pues, aventurado suponer que esa tendencia cristalizó en el párrafo mencionado del artículo 27, ni es ligereza prever que su aplicación será el despojo total, por la anulación de los contratos o la presión sobre las empresas para lograr la modificación de las concesiones en términos gravemente onerosos.³³

Aquí hay algo importante a destacar, cuando Rabasa indica que la industria petrolera supone «rendimientos enormes», no se equivoca en absoluto; fue lo mismo que asentó Rockefeller —fundador del monopolio figurado de *Standard Oil Trust*, y de donde nacen empresas que operan hoy día como Exxon-Mobil, Chevron o Standard Oil of Ohio— quien

³¹ Aguilar Rivera, J. A. (2017) *La constitución y la tiranía: Emilio Rabasa y la Carta de Querétaro de 1917*, en *Historia Mexicana*, n. 263, v. LXVI, pp. 1420 y ss.

³² Arroyo, I. (2014) “El nuevo diseño de poderes en el Constituyente mexicano, 1916-1917: coaliciones parlamentarias y poder judicial”, en Rojas, L. & Deeds, S. (ed.) *México a través de sus revoluciones*, v. II, El Colegio de México: México, p. 253.

³³ Rabasa Estebanell, E., *óp. cit.*, p. 167.

dijo: «el mejor negocio del mundo es el petróleo, y el segundo mejor es el petróleo mal administrado». Un sentido más correcto es aceptar que el negocio más rentable es aquel del cual se tiene un control único, es decir, un monopolio. Pero bien, en lo que se equivocó Rabasa rotundamente es en el hecho de creer que la industria petrolera es un «comercio seguro sin contingencia alguna». Pongo el ejemplo mismo de los Rockefeller, cuya familia, en 2014, después de la iniciativa de Divest-Invest (la cual consiste en desprenderse del negocio de los combustibles fósiles y apostar por energías limpias) reconsidera su posición en la industria, y optan por salir en 2016, cuando anuncian que dejarán el negocio de los hidrocarburos. Una decisión que se debe a varios motivos: en primer lugar, porque el petróleo es una materia prima no renovable, y ello conlleva a diversas cuestiones:

1. Extraer petróleo conlleva a un mayor gasto (y no solo económico);
2. Apuesta por técnicas no convencionales, como el *fracking* (fractura hidráulica) exigen una elevada inversión, con resultados menores;
3. Derivado de ello, el daño ambiental que se ha causado a la industria petrolera y que ahora se ha materializado en lo que se conoce como «cambio climático», un tópico que ha cobrado vital importancia a nivel mundial en los últimos años; y
4. Al tratarse de un recurso renovable, la transición energética es inevitable, por lo que, eventualmente, las grandes empresas que dominan el mercado, irán poco a poco aportando por energías limpias, lo que se conoció como *Big Oil* (la caída de contratos petroleros).

En segundo lugar, por el ramo de la exploración. Tal caso, nuevamente, le pasó al empresario Rockefeller, que, si bien pudo lograr a construir un monopolio puro, esto no impidió se fueran descubriendo nuevos yacimientos. En cierta medida, esto contradice el discurso, incluso el recordado por el ejecutivo federal del sexenio pasado, cuando se afirmó en 2017: «la gallina de los huevos de oro, se secó», pues PEMEX (y otras empresas privadas) ha anunciado nuevos descubrimientos durante 2019, 2020 y 2021,³⁴ entre los más significativos:

³⁴ Para mayor información: *vid.* García, K. (2021, marzo 15) “Pemex, por anunciar su mayor hallazgo en la tierra”, en *El Economista*. También está en la *web* del diario.

1. Zama (2017) considerado como «la joya» del petróleo, pues representa cerca de 1000 millones de barriles en equivalente; se ubica en relativa baja profundidad, y contiene crudo más ligero, lo que significa que es más rentable;
2. Campo Quesqui (2019) el cual, desde el descubrimiento del campo SEN, en 1987, no se había encontrado otro igual, pues representa el equivalente a 500 millones de barriles; y
3. Dzimpona (2021) el cual se estima tiene un potencial de 600 millones de barriles de crudo.

Todo ello durante la era en que la industria del petróleo está en declive. Sin embargo, en algo habrá que estar de acuerdo, y es precisamente el daño ambiental que se ha producido por este sector de la industria de hidrocarburos, lo cual ha provocado un encendido de alarmas sin precedentes a nivel mundial. Esto lo trataré más adelante; por ahora, vuelvo al análisis de las predicciones del estudio de Rabasa, que insisto, no se cumplieron por distintas cuestiones.

Entonces, si bien como advierte Rabasa Kovacs tiene razón respecto a la debilidad del Estado mexicano para realizar acciones de expropiación,³⁵ en los términos que contemplaba la nueva Constitución de 1917, pues “[...] no contaba con la fortaleza material para hacerlo”,³⁶ las hostilidades no fueron por parte del gobierno, sino por las empresas petroleras que defendió Rabasa, como expuse líneas más arriba: la decisión de nacionalizar el petróleo se tomó una vez las empresas cayeron en desacato respecto a una sentencia de la SCJN.

No obstante, y, en definitiva: “[...] la debilidad del Estado mexicano impidió la cabal aplicación de la ley y sus consecuencias negativas sobre el crecimiento económico”,³⁷ lo cual plantea un detalle interesante, pues la exigencia de un *debido proceso* carece de sentido si no existe propiamente un *estado de derecho*: no tomar tal variable es lo que provocó que Rabasa no llevara razón. Pero además, sus predicciones jurídicas tampoco se cumplieron: “[...] el recurso de amparo que se intente no tendrá base y los tribunales

³⁵ Rabasa Kovacs, T., *óp. cit.*, p. 24.

³⁶ Aguilar Rivera, J. A. “La imposición legal de la dictadura...”, p. 141.

³⁷ *Ídem.*

resolverán en contra y legalmente improcedencia”.³⁸ Todo esto es indicador y resultado del poco convencimiento que tenía Rabasa del poder judicial, datos que se reflejan incluso en *La Constitución y la Dictadura*, al investirlo de un simple *departamento de justicia*,³⁹ con tintes políticos a diestra y siniestra, cuya debilidad natural es estar “[...] en peligro constante de ser dominado, atemorizado o influido por los demás sectores [...]”.⁴⁰ Precisamente, esta es la clave para aspirar a un *debido proceso* y a un *estado de derecho* sólidos: sin el fortalecimiento del Poder Judicial Federal, a quien compete la defensa de la constitución, no sería posible. Esto constituye mi hipótesis principal de esta disertación, pues no basta con tener «leyes claras», tal cual apuestan algunos,⁴¹ pues, en primer lugar, como dice López Hernández, «la claridad depende del intérprete»;⁴² y, en segundo lugar, «a toda norma obedece una excepción si su interpretación es guiada por *política jurídica*».⁴³

[...] si bien la presidencia tiene bastante menos poder que en el pasado, el Ejecutivo todavía tiene la potestad suficiente para cambiar las reglas según le convenga o para emplear el complejo y frecuentemente contradictorio aparato legal con el fin de saltarse acuerdos y contratos, facilitando o bien estorbando su ejecución.⁴⁴

Por ejemplo, el pago de impuestos, es una obligación que se contempla en la constitución federal, empero, como se incluye una excepción contemplada en el *Código Fiscal de la Federación*,⁴⁵ en ocasiones, con una interpretación amplia, da la oportunidad al ejecutivo federal de eximir a ciertos corporativos (grandes) de su cumplimiento, por lo que se utiliza

³⁸ Rabasa Estebanell, E., *óp. cit.*, p.188.

³⁹ Rabasa Estebanell, E. (2002) *La Constitución y la Dictadura*, Editorial Porrúa: México, p. 188.

⁴⁰ Hamilton, A., Madison, J. & J. Jay (2012) *Federalista*, trad. Gustavo L. Velasco, Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, p. 331.

⁴¹ Rubio, L. (2016) “Prólogo”, en Payan, T., Zamora, S. P. & J. R. Cossío Díaz (ed.) *Estado de Derecho y Reforma Energética en México*, Tirant lo Blanch: México, p. 16.

⁴² López Hernández, C. M. (2019) *La interpretación de la ley en el constitucionalismo mexicano*, Tirant lo Blanch: México, p. 280.

⁴³ López Hernández, C. M. (2019) *Derrotabilidad de las normas: un giro hermenéutico*, doctorado: tesis, p. 43.

⁴⁴ Rubio, L., *supra*.

⁴⁵ *Vid.*, art. 39, fracc. I.

como moneda de cambio para atraer inversión, tal cual fue tras firmarse un decreto presidencial en el cual se exonera de una serie de nuevos impuestos recién aprobados a ciertos sectores que se verían afectados al año siguiente.⁴⁶ De ahí que Ackerman sostenga que: “queda demostrado que a los políticos les importan más sus intereses personales que el servicio público, y que las opiniones de las empresas transnacionales tienen un mayor peso político que el sentir de los ciudadanos”.⁴⁷

Por lo mismo, considero múltiples factores sobre la mala predicción de Rabasa, los cuales iré desarrollando en el presente capítulo. Señalo, primeramente, su conciencia derrotada. Ciertamente, cuando se realiza la profesión de abogado, no cae sobre su *ethos* la función de carecer de cartas,⁴⁸ es decir, ser incapaz de formular un argumento jurídico con el cual sea posible observar una alternativa de solución a la controversia, de modo que los razonamientos planteados no se consumen en un sentido material, por razón obvia.

Rabasa llega a la conclusión de que no existe ningún medio jurídico para la defensa de los intereses de los particulares en contra de los actos de autoridad en el sector petrolero, pues el nuevo texto constitucional opacaba la acción del «recurso de amparo» que se había contemplado en la constitución liberal de 1857, dejándolo notoriamente improcedente, ya que se trataba de combatir (y alegar) que un precepto constitucional, carece de constitucionalidad: una manera muy astuta de realizar una excepción al artículo 14 constitucional que data sobre el principio de no retroactividad. Empero, según indicaba, eso no significaba que todo estaba perdido, ya que aún se podía recurrir a la acción diplomática.

Me parece que esta formulación de argumentos contra el numeral 27 de la constitución, son un claro atisbo que representa no una posición académica sobre su contenido, sino su posición de política-jurídica (ideología) respecto a la nueva carta magna:

La revolución que triunfa establece un Gobierno, y después de prometer la democracia, tiene que convertirse en mantenedora del orden, que sólo encuentra en la dictadura; así, su único

⁴⁶ DOF: 26/12/13.

⁴⁷ Ackerman, J. M., *óp. cit.*, p. 45.

⁴⁸ Vázquez Esquivel, E. (2009, enero-junio) “El entroncamiento del problema hermenéutico con el deontológico en la formación de los operadores del derecho en México”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, n. 5, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica, Facultad de Derecho y Criminología (UANL): Monterrey, p. 33.

efecto es cambiar los papeles: los revolucionarios se hacen mantenedores del Gobierno dictatorial, y los que eran defensores del Gobierno, se hacen partidarios de una nueva revolución democrática.⁴⁹

De ahí que sus señalamientos contengan tintes políticos y su conclusión final también vaya dirigida en ese sentido. Para Rabasa, entonces, no existían opciones jurídicas desde un principio, pues el movimiento revolucionario lo negaba de origen: “[...] porque su espíritu es anticapitalista y antiextranjero [...] es hostil al derecho de propiedad y radicalmente socialista”.⁵⁰ Además, estaba plenamente convencido de que la Suprema Corte sería leal al espíritu de la revolución, de modo que insistía con su argumento de que “[...] el recurso de amparo no tiene importancia legal efectiva como defensa de la propiedad contra los preceptos de la nueva Constitución”.⁵¹

Ahora bien, si bien se puede contraargumentar con el hecho de que Rabasa concluye con la recomendación de promover el «recurso de amparo» frente a los tribunales federales, para luego apelar al factor político, con el fin de llegar a un acuerdo de lo que él consideraba como un «despojo» de la propiedad, eso no es suficiente para no considerar cómo, en primer lugar, su noción del derecho quedó reducida (al no dar opciones jurídicas); en segundo lugar, su conocimiento histórico-político se ve comprometido, pues el escenario no permitía visualizar cómo el Estado, de las cenizas de la lucha por la revolución, iba a renacer con mayor fuerza que antes, lo cual indica que estaba convencido de que el nuevo escenario político se convertiría en una dictadura con base a un socialismo en el que “[...] por los demagogos ignorantes y explotadores acabará por admitir y proclamar que todo es de todos [...]”;⁵² y, por último, cómo introduce el factor de política-jurídica en el poder judicial, especialmente sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al criticar su autonomía frente a los acontecimientos políticos recientes.⁵³ Con todo, deja apreciar una total desconfianza a diversas instituciones.

⁴⁹ Rabasa Estanell, E., *La constitución y la dictadura*, p. 245.

⁵⁰ Rabasa Estebanell, E., *El derecho de propiedad...*, p. 187.

⁵¹ *Ibidem.*, p. 189.

⁵² *Ibidem.*, p. 188.

⁵³ *Ídem.*

Por lo mismo, hablo de una «conciencia derrotada», particularmente, en los términos que López Hernández lo establece, es decir, en el hecho en que a Rabasa se le nubla la conciencia, siendo incapaz de plantear alternativas jurídicas y cómo acceder a ellas.⁵⁴ Por ejemplo, si él consideraba que el poder judicial federal estaría al servicio de la revolución, en lugar de suponer un escenario apocalíptico, debió apelar respecto a lo imprescindible de su independencia, aunque también habría que mirarlo con lupa, ya que el proceso de designación de ministros de la corte se realizó conforme a lo estipulado por él mismo en *La Constitución y la Dictadura*, es decir, el actual proceso de ternas propuestas por el ejecutivo federal, con aprobación del senado.

Además, para el derecho procesal, un jurista no debe ir con la idea de tener todo en contra, que da igual qué planteamiento o argumento se formule ante un tribunal, todo se desechará y se actuará de manera arbitraria: un mero juego de sordos a la razón. Como mencionó el exministro Cossío: [...] me parece que las críticas de Rabasa son equivocadas”.⁵⁵ Durante un juicio, por tanto, se necesita una actitud que permita luchar por los intereses de las partes que representan, razón por la cual me parece que el estudio de Rabasa sobre el artículo 27 constitucional, no es ni un buen trabajo de consultoría ni tampoco un buen trabajo académico, ya que, por una parte, la única opción que ofrece a su cliente es la intervención diplomática del su país de origen, en este caso, de Estados Unidos de América (USA), cuando meses después se confirma que no existía tal estado de indefensión presupuestado, y que el «recurso de amparo» era, efectivamente, la respuesta ante estas inquietudes.⁵⁶ Por otra parte, no es un buen estudio académico tampoco, porque esa faceta ofrece la oportunidad de ampliar el horizonte, es decir, una opción de ir incluso mucho más amplia que la posición profesional; es lo que permite a los juristas desarrollar respecto a la formulación de argumentos y brindar opciones innovadoras que no se presentan con regularidad en un proceso jurídico.

En conclusión, el trabajo de Rabasa cae en todo lo contrario: un trabajo de consultoría (como abogado defensor) se plantearía ante el tribunal con argumentos sólidos, el manejo de una retórica jurídica que elevaría el debate respecto a la incertidumbre respecto a la

⁵⁴ López Hernández, C. M., *Derrotabilidad de las normas...*, p. 54.

⁵⁵ Cossío Díaz, J. R., *óp. cit.*, p. 64.

⁵⁶ Aguilar Rivera, J. A., *óp. cit.*, p. 141.

propiedad, así como para la nulidad de los contratos ya pactados, de manera que habría la posibilidad de operar nuevas opciones, nuevos caminos para su debida proyección. Y, respecto a un trabajo académico, cómo la propiedad cambiaba su naturaleza civil a una constitucional, sin que de ello se desprendiera un atentado al principio de la no retroactividad, pero que, en caso de serlo, plantear la necesidad de contemplar un proceso por el cual los particulares pudieran defenderse respecto a las decisiones de expropiación por utilidad e interés público y su monto justo como indemnización.

Trataré de desarrollar con mayor precisión lo que acabo de indicar, ya que quedan aún diversos puntos importantes a tratar: primero, sobre el concepto de propiedad y su característica de «derecho absoluto» y sus implicaciones,⁵⁷ como fue la esclavitud, la cual fue política de muchas culturas que el mismo Rabasa consideraba como «civilizados»; segundo, la confusión de Rabasa respecto a considerar que los cambios constitucionales tienen un efecto inmediato en la realidad, lo que llevaría a analizar lo que se conoce en la teoría jurídica como las normas autoaplicativas y las normas heteroaplicativas, y esto mismo relacionarlo con el *principio imputación* (atribución) de Kelsen, pero lo que es más interesante, con el principio hermenéutico que dicta que «una norma no regula su propia aplicación»;⁵⁸ por último, la falta de visión respecto al Estado Constitucional y un nuevo derecho procesal constitucional, que quizá se vio opacado por el hecho de insistir que la propiedad debía ser regulada por el derecho civil, como era de esperarse en aquella época, donde el proceso civil reinaba en las directrices de cómo ha de ser el proceso jurídico; o bien, por la conceptualización de la palabra «propiedad» que surge del liberalismo.

3. Sobre el factor de la propiedad

Antes de iniciar este apartado, considero necesario detallar que no es mi intención elaborar todo un tratado acerca de lo que es la propiedad privada, sino detallar algunos problemas sustanciales que opacan el estudio de Rabasa, tras ser incapaz de comprender el cambio

⁵⁷ Pimiento Echeverri, J. A. (2015) *Derecho Administrativo de Bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico*, Universidad de Externado de Colombia: Colombia, pp. 38 y ss.

⁵⁸ Habermas, J. (2005) *Facticidad y validez. Sobre el Estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*, trad. Manuel Jiménez Redondo, (4ª Edición), Trotta: España, p. 268.

sustancial acerca de la propiedad privada, pues, para el constituyente de 1917, la propiedad privada ya no se trata de un derecho natural, es decir, un derecho que es independiente a la existencia de un Estado, sino que “[...] es el resultado de un acto estatal que, a nombre de la nación, la ‘constituye’ y así permite el posterior surgimiento de empresarios y capitalistas”,⁵⁹ lo cual induce la presencia del Estado positivista en la tradición jurídica mexicana; misma que ya debería estar acostumbrado el jurista, pues acepta la representación del gobierno de Huerta,⁶⁰ tras llegar al poder debido al formalismo exacerbado de aquella época, dato histórico que no se habría sustentado jurídicamente si se hubiese argumentado, por ejemplo, el principio de «a nadie se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude, o tomar ventaja de su propio error, fundar cualquier demanda sobre su propia iniquidad, o adquirir propiedad sobre la base de su propio crimen».⁶¹ Sobre esto, ampliaré más al respecto un poco más adelante.

Dicho lo anterior, ahora quiero realizar una crítica al primer capítulo del estudio de Rabasa, el cual lleva por título “El Derecho de Propiedad en General”, ya que resulta un tanto irónico cómo el jurista incesantemente plantea una crítica respecto a qué se entiende por «utilidad pública», cuando él comete el mismo error. Me explico: la palabra «general» de su primer capítulo, en realidad, no lo es: no habla de la propiedad privada en general. Rabasa únicamente se refiere al derecho de propiedad de tierras, dejando de lado otras cuestiones relevantes, no solo en relación con los bienes muebles, sino también a cómo se entiende ese concepto jurídicamente para las comunidades indígenas, las cuales parece no eran de su interés; ya no se diga de la evolución del concepto adaptado a la realidad actual, como es sobre productos digitales, la imagen, etc.

En segundo lugar, ideológicamente, es sencillo comprender la postura que tiene acerca de este concepto, la cual es propiamente identificable con el derecho estadounidense (y *El Federalista*), pero también con los escritos de Locke, para quien

to understand political power right, and derive it from its original, we must consider, what state all men are naturally in, and that is, a *state of perfect freedom* to order their actions, and dispose

⁵⁹ Ackerman, J. M., *óp. cit.*, p. 36.

⁶⁰ Aguilar Rivera, J. A., *La constitución y la dictadura...*, p. 1417

⁶¹ Jiménez Cano, R. M., Fabra Zamora, J. L. & C. E. Guzmán Buelvas (2007/2008) “Riggs contra Palmer”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 11, p. 367 [512].

of their possessions and persons, as they think fit, within the bounds of the law of nature, without asking leave, or depending upon the will of any other man.⁶²

De ahí, igualmente, su insistencia que el derecho de la propiedad era característica sustancial de una nación civilizada; ello, no obstante, sin considerar las cuestiones detrás que son vitales. Primeramente, lo que produjo el cambio de la barbarie a la civilización, no fue únicamente el derecho de la propiedad privada, sino la combinación de distintos factores, como la monogamia, pues derivado del matrimonio, “[...] su triunfo definitivo es uno de los signos característicos de la civilización naciente”.⁶³ Considerar únicamente la propiedad privada, es igualmente obviar el origen de la esclavitud, la propiedad del hombre sobre el hombre, de ahí que Engels dijera que

la monogamia fué un gran progreso histórico, pero al mismo tiempo, inaugura, justamente con la esclavitud y con la propiedad privada, aquella época que aún dura en nuestros días y en la cual cada progreso es al mismo tiempo un retroceso relativo, en que la ventura y el desarrollo de unos verifican á expensas de la desventura y de la represión de otros⁶⁴

Actualmente, relacionar civilidad con esclavitud parece todo un disparate, pero, en realidad, ha sido un rasgo característico de la historia, el cual ha perdurado a hoy día. Si bien la esclavitud ha dejado de ser legal, sigue siendo una realidad: por ejemplo, con datos del *Índice Global de Esclavitud* de 2016, 40.3 millones de personas alrededor del mundo sufren esclavitud moderna.⁶⁵ Por lo mismo, cuando Rabasa alude el término de «nación civilizada», hace referencia a aquellas naciones que en su historia han tenido periodos de esclavitud. Quizá, por esa cuestión, para Rabasa no ameritaba pronunciarse acerca de las condiciones de los trabajadores de la industria petrolera; basta con recordar el desacato a la SCJN en 1938. En definitiva, el proceso de civilización no se traza por cuestiones de la propiedad privada, sino por esquemas morales que proyectan las sociedades.

⁶² Locke, J. (1980) *Second Treatise of Government*, ed. C. B. Macpherson, Hackett Publishing Company: United States of America, §4, p. 8.

⁶³ Engels, F. (1884) *El origen de la familia, la propiedad privada y del Estado*, La España Moderna: Madrid, España, p. 108

⁶⁴ *Ibidem.*, p. 116.

⁶⁵ Para mayor información, *vid. Global Slavery Index 2018*.

En tercer lugar, de acuerdo a los estándares económicos, la propiedad común, precede a la propiedad privada, de modo que la primera tendría un atributo más «natural» que el segundo. En ese orden de ideas, por ejemplo, lo estipulado por Hobbes, tendría más sentido, es decir, la propiedad no se constituye en razón del trabajo, sino por una distribución estatal, la cual está condicionada por los bienes provistos por la naturaleza.⁶⁶ Un sentido que se adoptó por el constituyente de 1917, y que es propio de una tradición positivista del derecho. Al mismo tiempo, es fundamento para dar forma a la soberanía nacional.⁶⁷

Esto último me lleva al cuarto punto: Locke era partícipe de un iusnaturalismo, por lo que creía que la representación de la *ley natural* (física) era posible materializarla en el derecho civil (*ley natural moral*) de modo que la propiedad privada “[...] puede ser protegida legítimamente por el Estado en la vida civil aun cuando no depende de éste”,⁶⁸ pero se confundió en el hecho de la propiedad surge del trabajo, pues “[...] la propiedad no se define ni se fundamenta por la capacidad de manipular la naturaleza, sino porque los demás quedan excluidos de lo que un tercero ha creado”,⁶⁹ es decir, debido a su optimismo ontológico (el ser humano es bueno por naturaleza) pensaba que la propiedad privada podría constituirse como un derecho absoluto, ya que

[...] no hay un mínimo de bienestar racional si entendemos ese mínimo como un derecho o como una igualdad. Allí reside la gran fortaleza y la gran debilidad del liberalismo. Su igualdad es formal y, justamente por ser formal, puede ser exigida de manera irrestricta, pero se vuelve ineficiente para defender los derechos que proclama al no tomar en cuenta que la ausencia de propiedad termina privando a quienes la padecen de los demás derechos naturales.⁷⁰

⁶⁶ Hobbes, T. (2005) *Leviatán. O la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil*, (2ª Edición), Fondo de Cultura Económica: Argentina, p. 118.

⁶⁷ Rodríguez-Padilla, V. (2015) “Los riesgos de los contratos de riesgo”, en Cárdenas Gracia, J. (coord.) *Reforma Energética- Análisis y Consecuencias*, Tirant lo Blanch: México, p. 229.

⁶⁸ Neira, H. (2002) “Límites a la propiedad en John Locke”, en *Cuadernos salmantinos de filosofía*, n. 29, Universidad Pontificia de Salamanca: España, p. 76.

⁶⁹ *Ibidem.*, p. 79.

⁷⁰ Neira, H., *óp. cit.*, p. 79.

En quinto lugar, de ahí se desprende un choque de tradición: antes de la reforma constitucional de 2011, la Constitución dejaba claro que las garantías consagradas en su interior, eran fruto del Estado mismo, aspecto que cambió después de la reforma, pues el texto constitucional ya no «otorga» derechos, sino que los «reconoce». Esto último, me recuerda al constante debate entre el nombre correcto que han de llevar los «derechos fundamentales», lo que acarrea la confusión de ese concepto,⁷¹ pues bien se sabe, por la teoría, que los «derechos humanos» no son de corte positivo, sino natural, por lo que el esfuerzo de modificar la esencia de tal aspecto, conlleva a un sin sentido teórico, como sería tratar de positivizar, el derecho natural.

Ahora bien, me gustaría exponer mayores razones del porqué el factor de la propiedad en el estudio de Rabasa es equivocado, no solo por cuestiones filosóficas, jurídicas, políticas, económicas y de otra índole, sino también por cuestiones geológicas. Como bien dice Rodríguez-Padilla: “los hidrocarburos se encuentran repartidos de manera desigual en el planeta. Algunos países privilegiados por la naturaleza cuentan con grandes y numerosos yacimientos; la mayoría no tiene o son poco importantes”.⁷² Entre esos países se encuentra México, pues, a comparación con otros países, es un país rico en recursos naturales, y debido a ello, tiene ventaja sobre otras naciones que carecen de ellas. Por tanto, parece un movimiento inteligente el trazar una política que considere a la propiedad como un derecho posterior al Estado. Ello lleva a la conclusión de que tal vez la regulación en materia energética en otros países permita a la iniciativa privada trabajar libremente, pero es precisamente por esa desventaja geológica que tienen en relación con México: en otros países existe más *riesgo geológico*.

Por último, quiero plantear la situación de la propiedad privada y lo que representa para las comunidades indígenas: el derecho al territorio. Resulta obvio que en la época del constituyente de 1917 no se abordó esta temática, pero que sí fue un tema que tuvo relevancia durante la iniciativa de reforma de 2013, al menos por quienes tienen

⁷¹ Vázquez Esquivel, E. (2010) “Los derechos humanos en el reino de la imprecisión y confusión conceptual, jurídica y política, en Aguilar Portales, R. E. & Prado Maillard, J. P. (coord.) *Las transformaciones del derecho, el estado y la política en el nuevo contexto global*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Criminológicas, Facultad de Derecho y Criminología (UANL), Oficio Ediciones: Monterrey, p. 118.

⁷² Rodríguez-Padilla, V., *loc. cit.*

preocupación por las comunidades indígenas; sin mencionar los asuntos en los que se ha pronunciado el poder judicial federal. Esto quiere decir que existe una excepción al concepto de propiedad (*derecho de tratamiento diferenciado*) y no solo a la privada, sino también a la originaria del Estado mismo, ya que su objetivo es distinto a los perseguidos por el concepto de propiedad en materia civil, como asumía y proponía Rabasa, lo cual sería un asunto de prescripción, es decir, de medios por los cuales se puede adquirir la propiedad: nada de eso. Para los pueblos indígenas, se trata de un asunto de conservación de la cultura y valores de los pueblos indígenas —y en cierto sentido, también de historia— al igual que lo es, por ejemplo, el derecho de emplear y preservar su lengua.

Ahí es, por lo mismo, donde entran en conflicto ciertos intereses y se da lugar a promover un proceso jurídico, ya que permite considerar algo similar al *despojo* que mencionaba Rabasa, pero que no da lugar a un escenario de indefensión, sino todo lo contrario, pues “[...] el concepto de tierras indígenas es diferente al de tierras no indígenas”,⁷³ de acuerdo con el *Convenio (N. 169) Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*,⁷⁴ ya que se trata de un asunto que pretende “[...] preservar la cultura y los valores espirituales de los pueblos indígenas”.⁷⁵ El problema reside, entonces, en violar el convenio citado, respecto a sus artículos 1, 6, 7, 15, 22, 27 y 28:

Esta disposición es clara: aun cuando los recursos naturales sean propiedad del estado —como es el caso del petróleo y de los recursos para la generación de energía eléctrica—, si se encuentran dentro de los territorios de los pueblos indígenas, el estado tiene la obligación de consultarlos antes de realizar actos de administración, uso o disposición de ellos. Para ello, los gobiernos deben establecer procedimientos para consultar a los pueblos antes de otorgar las concesiones, lo mismo que antes de iniciar las actividades para la exploración o explotación, con el fin de saber si dichas concesiones los perjudicarán y en qué medida, para tomar medidas que eviten o mitiguen el perjuicio y si no fuera posible se les indemnice por las afectaciones que puedan sufrir. Ese es un objetivo de la consulta, el otro es participar de los beneficios que la

⁷³ López Bárcenas, F. (2015) “La segunda etapa de la revolución de los ricos. La reforma energética y los derechos de los pueblos indígenas”, en Cárdenas Gracia, J. (coord.) *Reforma Energética. Análisis y Consecuencias*, Tirant lo Blanch: México, p. 267.

⁷⁴ DOF: 11/07/90, art. 13.

⁷⁵ López Bárcenas, F., *óp. cit.*, p. 268.

actividad a realizar pueda aportar. Las iniciativas, al no contemplar dichos procedimientos violan los derechos de los pueblos indígenas.⁷⁶

Para tal efecto, asimismo, también sería violatorio del artículo 2, apartado B, fracciones II y IX, de la constitución federal, al omitir el derecho a la consulta previa, así como los artículos 1, 2 y 8, incisos a), e), f), y j) del *Convenio sobre la Diversidad Biológica*; el mismo poder judicial federal se ha pronunciado sobre este asunto, por medio de distintas tesis aisladas que se han emitido durante la novena época y décima época, como: 1) de las SCJN, en calidad de segunda sala: 2011955, 2011956, 2011957; y 2) de los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC): 2019044, 2019064, 2019077, 2019078, 2019119. Sobre esto trataré a mayor profundidad un poco más adelante.

Ahora, en relación con el tema tratado, si bien el poder judicial federal no se ha pronunciado sobre el *derecho de tratamiento diferenciado* en materia de hidrocarburos, sí lo ha hecho en materia de telecomunicaciones:

Este derecho constitucional ancla sus raíces en el reconocimiento del valor del multiculturalismo y constitucionaliza la obligación de diseñar una política de la diferencia, para reconciliar el valor universal de los derechos humanos con la composición pluricultural de la sociedad mexicana. Así, el legislador está obligado a reglamentar instrumentos para que las minorías defiendan su identidad y reclamen reconocimiento.⁷⁷

Por último, igualmente ha reconocido su *interés legítimo* para promover juicio de amparo ante actos de autoridad que no hayan violentado el derecho a la consulta previa.⁷⁸ Así pues, todo acuerdo derivado de la reforma de 2013 que tenga en la mira territorios de comunidades indígenas, puede ser impugnado por juicio de amparo, alegando:

1. Que el derecho al territorio es diferente al derecho de propiedad privada, pues “el concepto territorio incluye la tierra, las aguas, el medio ambiente, el espacio aéreo, los lugares de importancia cultural y lugares sagrados, cualquiera que sea su

⁷⁶ *Ibidem.*, pp. 270 y s.

⁷⁷ TA: 2023330.

⁷⁸ TA: 2019119.

naturaleza, entre otros elementos”,⁷⁹ por lo que el artículo 27 constitucional no motiva la acción;

2. Toda vez que exista una omisión del Estado a realizar una consulta a las comunidades indígenas, bien puede ser motivo suspensión de contratos aprobados, y de una futura declaración de nulidad;
3. Con ello se muestra que el mismo sistema jurídico contiene herramientas que permiten proyectar alternativas a panoramas que parecen irresolubles; por tanto, es importante superar ese estado de conciencia derrotada que tuvo Rabasa en aquél entonces.

Queda, no obstante, analizar el escenario actual respecto a la posible futura contrarreforma en materia de hidrocarburos, y argumentar a qué medidas de defensa es posible recurrir contra aquellos actos de autoridad que tengan por objetivo, por ejemplo, la nulidad de los contratos adquiridos durante la vigencia de la actual reforma energética de 2013, o bien, que tengan por fin nacionalizar, nuevamente, la industria de hidrocarburos; especialmente la del petróleo.

Pero antes de ello, quiero abordar un tema de vital interés para el derecho procesal constitucional: las normas autoaplicativas y normas heteroaplicativas, ya que entenderlas en su justa dimensión es imprescindible para dar cabida al proceso jurídico.

4. Una falla sustancial: autoaplicación y heteroaplicación de las normas

Aclarado lo anterior, por ese motivo me es ineludible plantear el fallo sustancial que tuvo Rabasa en su estudio. Me refiero al hecho de considerar que las normas de la nueva constitución eran autoaplicativas, es decir, entender que los cambios que se presentaban en la nueva constitución federal se aplicarían automáticamente una vez iniciada su vigencia. Él mismo lo expuso: “de hecho, las concesiones y contratos son en este momento todos nulos”.⁸⁰ Vuelvo al hecho de la conciencia derrotada: ¿por qué razón concluir de esa manera? Rabasa predecía una situación que se saldría de control, pues el *recurso de*

⁷⁹ López Bárcenas, F., *loc. cit.*

⁸⁰ Rabasa Estebanell, E., *El derecho de la propiedad...*, p. 166.

amparo al ser notoriamente improcedente para tratar de impugnar una norma constitucional, “los individuos y compañías extranjeros tienen un solo remedio eficaz para defender sus propiedades, que consiste en apelar a sus gobiernos para que intervengan por la vía diplomática”.⁸¹ Tal panorama, por su puesto, era plenamente indeseable, incluso para ambas partes.

Sin embargo, Rabasa estaba equivocado, ya que lo que causaba la improcedencia del juicio (recurso) de amparo era precisamente el factor de no tener ningún perjuicio. Me explico, los contratos adquiridos durante el porfiriato por las compañías petroleras, de aquél entonces, seguían siendo válidos; para declararlos nulos, era necesario (de acuerdo con *el concepto de individualización condicionada*) un acto que declarara tal aspecto, porque

[...] las obligaciones de hacer o no hacer que impone la ley, no surgen en forma automática con su sola entrada en vigor, sino que se requiere para actualizar el perjuicio de un acto diverso que condicione su aplicación [...] pues la aplicación jurídica o material de la norma, en un caso concreto, se halla sometida a la realización de ese evento.⁸²

Entonces, mientras no existiera un acto de autoridad de declararse nulas las concesiones o los contratos adquiridos por particulares durante la época del porfiriato, seguían siendo completamente válidos; tal fue el hecho que la nacionalización de la industria petrolera no se realizó sino hasta 1938, y por razones de desacato de los particulares para mejorar las condiciones laborales de sus empleados. De ahí, igualmente, que el exministro Cossío lo que expone es sin duda lo correcto:

[...] en caso de que efectivamente no se llegara a aceptar la existencia de una ley al suponer que los supuestos de afectación provenían directamente de la Constitución, ello no significaba que terminaran ejecutándose en automático. Por el contrario, requerirían de un acto concreto para declarar la nulidad [...] en tal situación, el amparo era procedente contra ese acto de autoridad.⁸³

⁸¹ *Ibidem.*, p. 189.

⁸² JR: 198200.

⁸³ Cossío Díaz, J. R., *óp. cit.*, p. 65.

He aquí en donde encuentro otro paralelismo respecto la época de Rabasa y la actual, derivado de la pretendida contrarreforma en materia energética. Será el juicio de amparo el medio procesal constitucional idóneo para impugnar los actos de autoridad que tengan por fin declarar nulidad de los contratos adquiridos después y durante la vigencia de la reforma de 2013, siempre y cuando exista un perjuicio, es decir, la declaración de nulidad de esos contratos: por efectos heteroaplicativos. De otra forma, promover el juicio de amparo suponiendo que la normativa es autoaplicativa, se desechará la demanda aludiendo notoria improcedencia, al no existir un perjuicio; de esta manera, los particulares que han suscrito contratos gracias a la apertura de la iniciativa privada en el sector energético, pueden estar tranquilos, independientemente de si se da lugar o no una contrarreforma que pretenda volver a la nacionalización de los hidrocarburos, pues existe un medio de defensa al cual recurrir en caso de afectar sus intereses. Además, es posible acudir a otros medios de impugnación constitucional, aunque ya no dependería de los particulares, pues la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, dependen de otros actores.

Por ende, me llama mucho la atención esta falla sustancial, ya que Rabasa optó por invocar la *teoría de la acción* de una manera completamente equivocada. Digo que me sorprende porque él mismo defendía la idea de que el marco jurídico que debía regular el derecho de propiedad debería seguir siendo el civil, de donde surge esta teoría:

Para el derecho civil la acción es, por consiguiente, un elemento del derecho, que sólo se destaca cuando éste es amenazado o violado; desde el punto de vista procesal, en cambio, es un mero hecho, a saber: el ejercicio de la facultad jurídica. Ahora bien: si el juez descubre que el derecho no existe, tiene la obligación de declarar que la acción es infundada.⁸⁴

Me parece que este error se debe a la poca confianza que tenía respecto al poder judicial, ya que creía que la SCJN carecía de independencia frente a los otros poderes. Por tanto, si se presume que el máximo órgano de justicia obedece a otros intereses que no son la razón y el derecho, entonces se presentaba una encrucijada inevitable: el Estado se convertía en juez y parte, debido a que no habría poder público que tutelara y restableciera derechos que pertenecen a los particulares. Entonces, en el caso en que el Estado mismo violara acuerdos

⁸⁴ García Máynez, E. (1974) *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa: México, pp. 231 y s.

ya establecidos, motivando y justificando su acción por medio de la legislación vigente y validándose con los tribunales, los particulares carecerían de la facultad de “[...] reclamar al obligado el cumplimiento de su obligación, como tiene la de exigir que se le sancione en caso de inobservancia”.⁸⁵ De ahí, por lo mismo, que no me resulta tan extraño que planteara, como único medio de defensa, recurrir a instancias no procesales, sino políticas: a la intervención.

Por todo, por una parte, esto me lleva a detallar que no basta, como ya dejé asentado un poco más arriba, con tener una legislación con reglas claras, sino optar por fortalecer el sistema judicial en México, el cual le permita gozar de una verdadera independencia. Sin embargo, todo esto contrario a lo que planteó Rabasa, cuyas ideas sobre el poder judicial encuentran su fuente en *El Federalista*, por ejemplo, expresar que “[...] los magistrados no pueden, sin prostituir la justicia, ser representantes de nadie, ni expresar ni seguir voluntad ajena ni propia”,⁸⁶ o bien, que “la inmovilidad del magistrado es el único medio de obtener la independencia judicial”,⁸⁷ puesto que “[...] un presidente durante un periodo de seis años no hará sino muy pocos ministros, y concluído su sexenio, la influencia personal del nuevo presidente no encontrará obligados en la Corte”,⁸⁸ pues “[...] la lealtad de partido es una virtud; en el cargo de magistrado es un vicio degradante, indigno de un hombre de bien”,⁸⁹ no me provoca otra cosa sino concluir lo que he reiterado: la poca confianza en el poder judicial.

Además, y por otra parte, también me sorprende que Rabasa no haya propuesto algunas medidas, salvo el argumento de inmovilidad, para llevar al poder judicial a ese nivel que “[...] cumpliendo su objeto con independencia, serenidad y firmeza, será la autoridad más alta de la República y la más propuesta al respecto de la sociedad que protege y de la nación cuya estabilidad garantiza”,⁹⁰ lo que hoy conocemos como tribunal constitucional, y que desde 1920 se legisló en la Constitución de Viena, por propuesta de Kelsen.

⁸⁵ *Ibidem.*, p. 232.

⁸⁶ Rabasa Estebanell, E., *La constitución y la dictadura*, p. 196.

⁸⁷ *Ibidem.*, p. 202.

⁸⁸ *Ídem.*

⁸⁹ *Ibidem.*, p. 196.

⁹⁰ *Ibidem.*, p. 194.

Ahora, si bien no puedo asegurar que Rabasa ignorara tal dato ni tampoco que, conociéndolo, lo haya descartado al establecer un proceso diferente al vigente (de ternas a propuesta del ejecutivo y con aprobación del Senado) de lo que si estoy seguro es que si desde su principal obra consideraba ya el gran poder que tiene el poder judicial, como es el hecho que “[...] una sentencia mala causa efectos irreparables, aun para el mismo tribunal que la dicta, y ni él ni poder alguno tienen medio para cambiarla”,⁹¹ entonces, la preocupación de la formación de jueces, magistrados y ministros que integran el poder judicial federal no solo es relevante, sino prioridad de máximo interés para elevar los estándares de racionalidad de las sentencias —una cuestión que al jurista no le preocupó en absoluto. Por lo mismo, plantearse la posibilidad de un derecho procesal energético se convierte en una visión innovadora en el ramo del derecho procesal, con lo cual sería viable atender distintas incertidumbres que acomplejan a los particulares en materia energética, y, al mismo tiempo, generar una mayor seguridad jurídica.

5. Visión: un derecho procesal energético

Quizá el nombre «derecho procesal energético» puede generar algunas controversias, pero no me parece inadecuado optar por él, toda vez que, a raíz de la reforma energética de 2013, junto con su legislación reglamentaria, han generado un paradigma nuevo, pero que, al mismo tiempo, ha traído consigo múltiples problemas procesales.

Por lo mismo, la originalidad de esta disertación reside en el hecho de si bien se considera que la reforma energética ha generado un nuevo paradigma, en lo que respecta a la exploración y extracción de hidrocarburos en el país, dicho planteamiento lleva a la mesa de análisis jurídico las posibles implicaciones de dicha reforma: a la aplicación y colisión de las leyes secundarias que se derivan de la misma, es decir, problemas de interpretación.

Ahora bien, ante un cambio de paradigma, de acuerdo con Kuhn, la viabilidad paradigmática sobre otros, en el ámbito de competencia, no es segura, es decir, que el «cambio» de uno por otro significa «progreso». Por ende, si bien, ante la reforma energética, se proyecta un cambio de técnica para la exploración y extracción (tanto de gas como petróleo) cuya intención es una mayor producción con mayores beneficios, es

⁹¹ *Ibidem.*, p. 190.

menester comprender que dichos beneficios son de índole económica, dejando de lado temas importantes vinculados a la temática laboral, de salud e incluso ambientales; ámbitos en los cuales generar controversias jurídicas parece casi inevitable.

Por lo mismo, y no quiero sonar reiterativo, la reforma constitucional a la que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores, al implementar un nuevo sistema de regulación de hidrocarburos, da pie a diversos retos, los cuales son imprescindibles de asumir en la actualidad, por ejemplo:

1. La falta de una teoría constitucional capaz de generar un «diálogo judicial»⁹² ha provocado un vicio al principio procesal *pro persona*, pues los jueces nacionales están impedidos, mediante jurisprudencia de la SCJN,⁹³ a recurrir a jurisprudencias internacionales para fundamentar decisiones que tengan mayor protección a los particulares. De ahí que me resulte importante la función hermenéutica, pues con apoyo de esta disciplina, es posible crear puentes dialógicos entre las distintas jurisdicciones; especialmente entre las dependencias del sector hidrocarburos.
2. La conjunción de la falta de herramientas de derecho procesal respecto a la interpretación de la ley, la jurisprudencia y la doctrina en materia de regulación de hidrocarburos, como ya se ha mencionado, propicia inseguridad jurídica y un vacío legislativo que debe atenderse, a fin de buscar, dentro de los principios rectores que orientan el derecho procesal energético, establecer no solo normas jurídicas que llenen el vacío jurídico existente, sino también promover la idea del juez creador de derecho.⁹⁴
3. “La fundamentación no es esencial”,⁹⁵ es decir, si bien los legisladores obraron con el objetivo de implementar una reforma que actualiza los medios de producción en

⁹² Vázquez Esquivel, E. & J. Cienfuegos Sordo (2016, enero-abril) “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las altas Cortes y la jurisdicción interna”, en *Revista da Faculdade de Direito — UFPR*, v. 61, n. 1, pp. 33 y ss.

⁹³ JR: 2007932.

⁹⁴ Hart, H. L. A. (1998) *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, Abeledo-Perrot: Argentina, p. 252.

⁹⁵ Kelsen, H. (1953, abril-junio) “Teoría pura del derecho y teoría egológica”, trad. Eduardo García Máynez, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, n. 10, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): México, p. 197.

el sector energético (no convencionales) ante la comparativa que ofrecen otros países en el mundo de la competencia globalizada, no se puede negar que dichos cambios fueron a la ligera en lo eminentemente jurídico. Como resultado, se podrá haber dado base a un derecho procesal constitucional, pero no seguridad jurídica en el hecho de que los tribunales no cuentan con la debida formación para conocer el sector energético, toda vez que se les impide recurrir a jurisprudencia internacional.

Por todo, considero que apostar por el diálogo hermenéutico “[...] el mejor medio para diluir tensiones entre distintas jurisdicciones; para producir confianza a los distintos actores de la aldea global, entre ellos los grandes inversionistas; y para dotar a las decisiones judiciales un índice superior de racionalidad jurídica”.⁹⁶

Reitero, debido a distintos factores, como la globalización, la inversión extranjera, la incorporación de México a los diversos acuerdos comerciales internacionales, así como la suscripción y ratificación de diversos tratados internacionales, así como el auge de empresas extranjeras en el país, hacen necesario el establecimiento de normas jurídicas procesales en materia de legislación energética que se adecuen a este contexto, ya que, si bien es cierto que la interpretación jurídica de la ley está confiada a nuestros máximos tribunales judiciales, no es menos cierto que aún hoy, cuando la tecnología brinda la oportunidad y facilidad de tener acceso y consultar los diversos criterios aislados, jurisprudencias y de contradicción de tesis que se publican a diario por medio del Semanario Judicial de la Federación, la aplicación de estos criterios —en algunos casos orientadores y en otros de fuerza vinculativa— generan incertidumbre entre los agentes económicos del sector energético al no estar definidos con claridad los conceptos, así como las formas de interpretar y aplicar la legislación en materia de energía.

Por tanto, uno de los objetivos de este estudio coadyuvará, de manera importante, a aportar y dar a los *jusenergeticistas* los elementos tanto de conceptualización como formales y de fondo para solucionar el problema que se genera ante la ausencia de la regulación específica del tema. Asimismo, al no existir tribunales especializados en materia energética en México, resulta necesario establecer bases de interpretación constitucional para, por medio del derecho procesal constitucional, dirimir las controversias

⁹⁶ Vázquez Esquivel, E. & J. Cienfuegos Sordo, *óp. cit.*, p. 19.

constitucionales y acciones de inconstitucionalidad que pudieran presentarse por la interpretación y aplicación del marco regulatorio de hidrocarburos surgido de la reforma al rubro energético.

Por tales motivos y otros más, considero que la academia no es ajena al foro de discusión de la incertidumbre que existe respecto al cómo, cuándo y dónde serán aplicados los criterios de interpretación para dirimir controversias en tal especialización del derecho. Por lo mismo, el conocimiento de las normas procesales es un deber ético y profesional de todo especialista del derecho energético, ya que, partiendo de la participación en la etapa procesal de un litigio y habiéndose definido la litis en el juicio de su conocimiento, deberá establecer cuáles de los hechos controvertidos son susceptibles de interpretación y, por ende, requerirán de un amplio dominio de la materia para el desahogo de la etapa procesal respectiva.

Entonces, y, por último, respecto a lo que concierne a este capítulo, es posible asentar que la legislación energética mexicana, en su parte procesal, en este momento carece de herramientas de interpretación que puedan ser utilizadas por la autoridad jurisdiccional en conocimiento del proceso. Y dado que este trabajo de investigación se centra en el estudio particular de las áreas de oportunidad, se propone establecer bases constitucionales para desarrollar un derecho procesal energético.

CAPÍTULO II

VISIONES SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ENTRE EL NACIONALISMO Y LIBERACIÓN DEL MERCADO ENERGÉTICO

1. Puntos de encuentro y desencuentro sobre la reforma energética de 2013

Ya he expuesto los argumentos que considero necesarios del por qué no pretendo abordar cuestiones meramente normativas.⁹⁷ Asimismo, también he mencionado que resulta importante considerar otro tipo de factores sustanciales para abordar, de un modo justo, las implicaciones que se derivan de la reforma energética de 2013, entre los cuales se pueden considerar cuestiones y elementos políticos, geológicos (principalmente), sociológicos e incluso económicos, para comprender, de una manera integral, lo que representan los hidrocarburos en relación con los cambios legislativos relativamente recientes, no solo en México, sino también en el mundo. Como explica Lorenzo Meyer: “los hidrocarburos deben entenderse como capital político”,⁹⁸ y, por ende, me resulta importante atender estas aristas.

Sin embargo, he de reiterar que la realización de dicha empresa escapa a los objetivos de esta disertación: por una parte, porque no me parece que pueda aportar algo nuevo, o bien, ahondar más sobre el rubro en cuestión; y, por otra parte, más parece un trabajo de investigación que no corresponde propiamente al carácter del derecho procesal constitucional, por lo que la temática central de análisis toma un rumbo distinto al programa. No obstante, sí considero una noble empresa el poder conciliar entre posiciones encontradas que se han desatado tras la aprobación y publicación de la reforma energética, entre las cuales puedo destacar: el nacionalismo, que, en realidad, y a mi forma de ver las cosas, no es una posición que se erija como defensor de una política antiextranjera, como suele suponerse

⁹⁷ Del Tronco, J. & Hernández, M. I. (2016) “Reforma energética y ¿representación política? La importancia de la negociación y la deliberación pública”, en Payan, T. *et al.* (ed.) *Estado de Derecho y Reforma Energética en México*, Tirant lo Blanch, México Center, Escuela de Gobierno y Transformación Pública: Tecnológico de Monterrey (ITESM), University of Houston (Law Center), CIDAC, Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL): México, pp. 95-134.

⁹⁸ Meyer, L., *óp. cit.*, p. 381.

y alegarse por quienes critican la visión del modelo estatista que promueve el manejo total de Estado sobre los hidrocarburos, con el fin obtener el 100% de beneficios de la renta (especialmente la petrolera), sino que más bien se trata de una postura escéptica al discurso de liberación de competencia en tema de explotación y exploración de recursos naturales propios de la nación, ya sean de manera convencional o no convencional, pues no se ve, de buena manera, cómo ha sido el involucramiento de empresas petroleras y transnacionales con negocios de hidrocarburos, sea ya por razones históricas propias, sea ya por la experiencia de otros países, o por otro tipo de cuestiones.⁹⁹ Para esta postura, en definitiva, se proyecta un escepticismo respecto a los beneficios que puede arrojar la reforma constitucional de 2013; además, como más adelante expondré, es defensora de un principio constitucional.

Ahora bien, a esta postura nacionalista (o escéptica) le hace frente una muy distinta, la cual podría considerarse incluso de opuesta. Esta otra postura choca con la primera por distintas razones, no solo por la pretensión de liberar el negocio de hidrocarburos (privatización), especialmente en el sector petrolero, el cual de acuerdo a decisión del Estado mexicano se terminó con su exclusividad, tanto en el ramo de la explotación, como en el de la exploración de yacimientos, por lo que se permitió a la inversión del sector privado la posibilidad de realizar dichas funciones, las cuales, antes de la reforma, estaban limitadas a acciones de transporte y almacenamiento. Con la aprobación de la reforma constitucional de 2013, esta postura —opuesta al nacionalismo— se caracteriza por pretender persuadir (aún) que la única vía que existía para mejorar la producción del sector energético, en México, era la atracción de inversión extranjera; en general, liberar el mercado de energía, noción que fue impulsada por las principales fuerzas políticas de aquel entonces.

Sin embargo, como se muestra en la siguiente gráfica (o Gráfica 1), tal argumento cae por propio peso, ya que la producción petrolera anual, desde 2014, entró en caída libre. Por tanto, la reforma energética de 2013, junto a su promesa de aumentar los niveles de producción, hasta ahora, no se han cumplido. Añado que he seleccionado un periodo de cuatro años (2014-2018) debido a que el actual ejecutivo federal, que toma posición en diciembre de 2018, es afín a la postura nacionalista, de modo que, si bien no ha cambiado la legislación

⁹⁹ Vargas, R. (2015) “El contexto geopolítico y la iniciativa de reforma energética (RE) del PRIAN”, en Cárdenas Gracia, J. (coord.) *Reforma Energética. Análisis y consecuencias*, Tirant lo Blanch: México, pp. 169-182.

constitucional, la política petrolera sí, por lo que la actual administración pública federal ha optado por fortalecer a sus empresas productoras (PEMEX y CFE) mediante, por ejemplo, la construcción de una nueva refinería en Dos Bocas (Tabasco), así como la modernización (o rehabilitación) de las otras seis, como: Cadereyta (Nuevo León), Madero (Tamaulipas), Minatitlán, Salamanca, Salina Cruz (Oaxaca) y Tula (Hidalgo),¹⁰⁰ lo cual, se estima, que (para 2022) se procesen 1,863,000 millones de barriles diarios;¹⁰¹ y, por último, la adquisición de la refinería Deer Park, (Houston) tras llegar a un acuerdo con Shell (adquisición del 50% de acciones), con lo cual se prevé (para 2023) lograr una producción que logre la autosuficiencia (seguridad energética) y con ello, abastecer la demanda mexicana de gasolinas, diésel, turbosina y otros petrolíferos.¹⁰² Además, se tienen previstos algunos cambios a la Ley de la Industria Eléctrica —con el fin de fortalecer a la CFE— y a la Ley de Hidrocarburos.

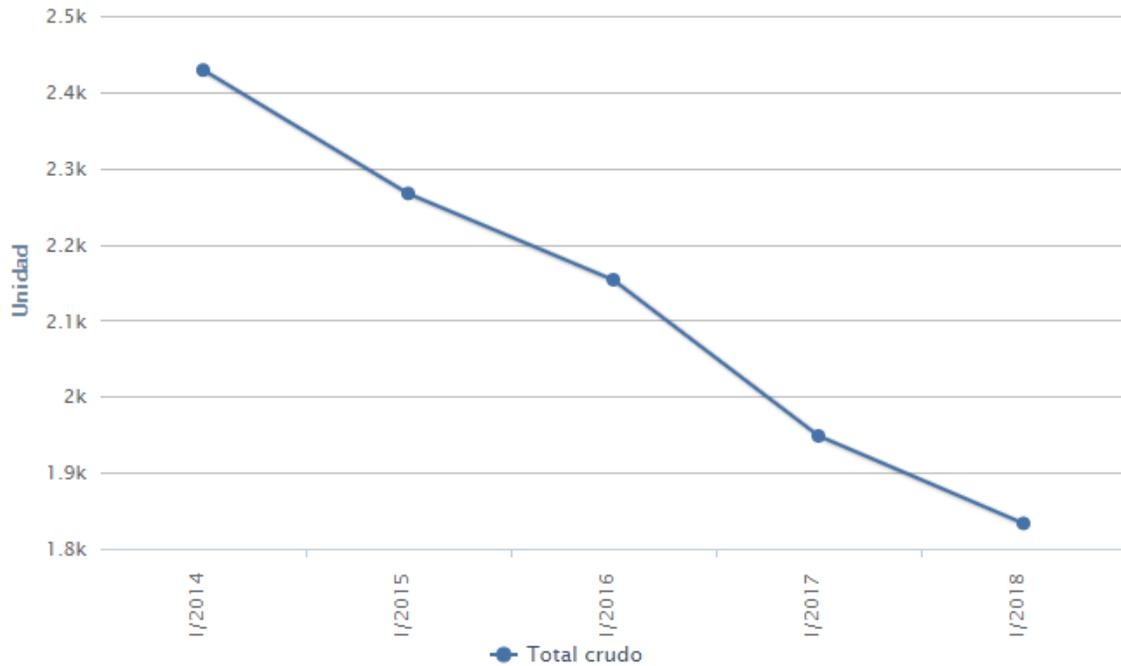
Por lo mismo, no pretendo iniciar, justo en este momento, un análisis que abordaré más adelante. Por ahora, me interesa más seguir con la caracterización de la postura en la que se erigió para constitucionalizar la reforma en materia de energía (esto mismo también lo comentaré durante el desarrollo de este capítulo). Luego, al final de este subcapítulo, comentaré mi postura frente a si era o no necesaria una reforma energética.

¹⁰⁰ Gobierno de México (2019) “Plan Nacional de Refinación. Refinería Antonio M. Amor. Gobierno de México”, en *Youtube*.

¹⁰¹ Secretaría de Energía (2018) “El gobierno de México anuncia el Plan Nacional de Refinación que asegurará el acceso a la energía y al desarrollo equilibrado”, en *Blog*.

¹⁰² Gobierno de México (2021) “#ConferenciaPresidente. Miércoles 26 de mayo de 2021”, en *YouTube*.

Gráfica 1: Producción petrolera anual (mbd): 2014-2018



*Fuente: Sistema de Información Energética (con información de Petróleos Mexicanos)

Pues bien, si la primera caracterización no coincide con los resultados, entonces es apropiado realizar un escrutinio óptimo para encontrar la categoría más apropiada. Por tanto, me parece necesario realizar una recapitulación: en primer lugar, además de sostener que la liberación del mercado atraería inversión extranjera y, con ello, se aumentaría la producción petrolera (lo cual, como ya he expuesto, no se ha logrado); en segundo lugar, también se ha indicado que la liberación implicaría mejores prácticas, lo cual, en cierta medida, se ha venido haciendo, con la implementación de la transición energética, con la cual se pretende dejar maniobrar con hidrocarburos (no renovables) y trabajar con energías limpias (renovables).

Tal es el caso, por ejemplo, de Equinor (antes Statoil) empresa estatal noruega, que en este año ha decidido salir de México, y dejar los dos bloques (Cuenca Salinas) que ganó en la primera ronda de licitación (2016), con el fin de priorizar sus negocios en energías renovables. Esto se suma a la decisión de salir del negocio petrolero de los Rockefeller, como ya abordé en el Capítulo I. Para el caso de la estatal noruega, sin embargo, aún sigue en el

negocio de energía, pero que ahora apuesta por energías limpias; incluso, la decisión de cambiar el nombre de la compañía, va en el mismo sentido. Fue así que en 2018 se comunica la decisión: «equi» significa equilibrio, equidad, mientras que «nor» expresa el orgullo noruego. Esto significa, al mismo tiempo, que algunas de las empresas petroleras han empezado ya la transición energética. Con esto, me parece que esta es la categoría indicada para caracterizar a la segunda postura respecto a la reforma energética de 2013.

Entonces, para caracterizar a esta segunda postura, tomaré prestado el término de «estándar internacional», ya que los pilares de la reforma energética de 2013 se sostienen en dicho término; constantemente se alude a que la reforma es legítima, ya que está moldeada y es acorde a dichos estándares. No obstante, resultaría interesante reestudiar si realmente se han procurado los estándares internacionales desde la entrada en vigencia de la reforma y legislación secundaria —principalmente, si se han seguido las políticas necesarias para la sustentabilidad de un medio ambiente sano, así como otro tipo de derechos, entre ellos el derecho humano al agua.¹⁰³ Para esto último, igualmente resulta necesario reanalizar qué puede significar la fracturación hidráulica, la cual se ha rechazado en los últimos años en ciertas partes del mundo, como en Francia, donde se prohibió; pero en otras regiones, como en Estados Unidos, es totalmente legal y representa el principal medio para la extracción de *shale gas* en el estado de Texas.

Más adelante regresaré sobre ese punto de vital importancia; por ahora, me interesa más lo que ya se ha dicho respecto al tópico de la reforma, así como los encuentros y desencuentros entre estas dos posturas ya descritas. Un primer desencuentro, por ejemplo, trata sobre cómo detrás de la reforma energética de 2013 existen vestigios de un plan desarrollado desde afuera, pues se cree que el propósito real que se persigue no consiste en favorecer a los ciudadanos mexicanos —de tal suerte que, por las leyes de mercado, se puedan ofrecer precios competitivos y mejores servicios— sino a otro tipo de agentes, entre

¹⁰³ Posadas, A. & Bouno R. M. “¿Se vislumbran conflictos? Las prioridades de la reforma energética y el derecho humano de acceso al agua en México”, en Payan, T. *et al.* (ed.) *Estado de Derecho y Reforma Energética en México*, Tirant lo Blanch, México Center, Escuela de Gobierno y Transformación Pública: Tecnológico de Monterrey (ITESM), University of Houston (Law Center), CIDAC, Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL): México, pp. 461 y ss.

los cuales se encuentran, verbigracia, los promotores del “brooking”, así como la clase política;¹⁰⁴ ello contrasta, por ejemplo, con aquella otra opinión que considera que

[...] hay signos indudables de que la clase gobernante mexicana responde no solo a sus propios intereses, sino también al escrutinio y las presiones de la sociedad civil, nacional e internacional, lo que hace probable que, a largo plazo, la reforma tome un rumbo eficaz y adecuado.¹⁰⁵

Pues bien, este y otro tipo de desencuentros respecto a la reforma constitucional de 2013 en materia energética, son muy notables. De este último ejemplo mencionado se tiene una diferencia sustancial a destacar, ya que la visión de la seguridad energética no se compagina del todo: no se trata de generar una mayor producción, sino cubrir las demandas de un tercero. Y así como esta, otras más se pueden encontrar entre dos obras colectivas: la primera, es la obra coordinada por Cárdenas Gracia, la cual he estado citando en este trabajo; la segunda, es una obra editada por Payán, Zamora y Cossío Díaz. Ambas obras, proyectan una serie de consideraciones necesarias para atender las ambiciones de la reforma energética, pero con una manera muy particular (y distinta) de afrontar los posibles escenarios que puede dejar la reforma. No obstante, no todo son desencuentros, también existen importantes encuentros: por ejemplo, lo detallado sobre el *fracking*, el cual, en ambas obras, se ponen en duda sus beneficios: por una parte, se habla los riesgos ambientales que representa esta práctica;¹⁰⁶ por otra parte, se realiza una crítica que sobresalta cómo las reservas de *shale gas* se encuentran ubicadas en zonas donde se tienen problemas de escases de agua, por lo que optar por esta

¹⁰⁴ Cárdenas Gracia, J. (2015) “La reforma constitucional en materia energética”, en *Reforma Energética. Análisis y Consecuencias*, Tirant lo Blanch, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): México, p. 352 y s.

¹⁰⁵ Fix-Fierro, H. (2016) “Introducción: construcción del Estado, modernización jurídica y eficacia institucional en México: Notas en torno a la reforma energética de 2013-2014”, en Payan, T. *et al.* (ed.) *Estado de Derecho y Reforma Energética en México*, Tirant lo Blanch, México Center, Escuela de Gobierno y Transformación Pública: Tecnológico de Monterrey (ITESM), University of Houston (Law Center), CIDAC, Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL): México, p. 23.

¹⁰⁶ Posadas, A. & Buono, R. M., *óp. cit.*, pp. 463 y s.; Sheinbaum, C., *óp. cit.*, pp. 116 y s.

práctica no convencional representa no solo un riesgo ambiental, sino que se atenta contra un derecho humano¹⁰⁷ —cuestión que ha sido respaldada por tribunales federales.¹⁰⁸

Si se es minucioso con el tema, sin embargo, ambas obras proyectan más desencuentros que encuentros. Uno de los que llama más mi atención es el desencuentro con el contexto geopolítico en el cual se desarrolla la reforma energética en México, la cual es una variable importante a destacar, ya que esta se propone en los tiempos en que en otras partes del mundo —sobre todo en Latinoamérica como Brasil, Argentina, Ecuador, Colombia o Venezuela— la decisión de apertura del mercado de hidrocarburos para la entrada de inversión extranjera, han dejado una muy mala experiencia,¹⁰⁹ esto por un lado; por otro lado, esto mismo se entiende en sentido completamente distinto, de tal manera que hay quienes sostienen que para México esa mala experiencia que han tenido otros Estados —de cambiar su modelo estatista a uno privado y luego volver a un modelo estatista— representa más bien una ventaja, pues México “[...] pudo aprovechar el hecho de ser el último país en abrirse al capital externo para aprender de las experiencias previas en la región y en el mundo”.¹¹⁰ En pocos términos, se estipula que el Estado mexicano tiene la oportunidad de emendar errores que cometieron otros, de manera que se pueden tomar políticas que dejen en claro las reglas del juego. Ante tal tesis, no obstante, habría que cuestionar por qué mirarse en el espejo del fracaso de inversión extranjera en este lado del mundo, en lugar de atender y analizar las causas de éxito del modelo (estatista) noruego —incluso desde antes de aprobarse la reforma.¹¹¹

Como ya he mencionado en reiteradas ocasiones, *Reforma Energética. Análisis y consecuencias* es una obra que ya deja asentado qué elementos políticos sustentan la reforma

¹⁰⁷ Posadas, A. & Buono, R. M., *óp. cit.*, pp. 484 y s.

¹⁰⁸ JR: 2005477.

¹⁰⁹ Saxe-Fernández, J., “Flexibilización constitucional...”, p. 195.

¹¹⁰ Monaldi, F. (2016) “Estado de Derecho e inversión extranjera en petróleo: El nacionalismo petrolero en América Latina y sus implicaciones para México”, en Payan, T. *et al.* (ed.) *Estado de Derecho y Reforma Energética en México*, Tirant lo Blanch, México Center, Escuela de Gobierno y Transformación Pública: Tecnológico de Monterrey (ITESM), University of Houston (Law Center), CIDAC, Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL): México, p. 336.

¹¹¹ Romo Rico, D. *et al.* (2013) “La industria petrolera de Noruega ¿experiencias aplicables a México?”, en *Mundo Siglo XXI*, CIECAS-IPN, n.30, v. III, pp. 62 y s.

de 2013 y, a mí parecer, realiza un excelente recorrido crítico respecto al proceso llevado a cabo para su aprobación, con especial atención a los artículos transitorios contenidos en el trabajo legislativo. Además, se concibe la importancia de contar con un Estado fuerte y capaz de no subyugarse ante terceros —otros Estados u organizaciones internacionales, como el Banco Mundial— cuyas instituciones cuenten con las facultades necesarias y capacidad técnica para hacer frente a las empresas petroleras, cuya capacidad negociadora, como se ha señalado anteriormente, en ocasiones, escapa al Estado de derecho, por lo que también se realiza un análisis institucional. Y, como último punto, argumenta a favor de una reforma que fortalezca a las empresas estatales (PEMEX y CFE); por lo que no se opone realmente a una reforma energética, sino que considera necesario implementar un enfoque plenamente distinto: más que liberar el mercado de hidrocarburos, interesa más tratar y afrontar el peso de la corrupción de dichas empresas y que la rendición de cuentas sea más que un mero modelo de acceso a información, pues como bien puntualiza Fierro (y esto es un punto de encuentro entre ambas obras): “no puede decirse [...] que un régimen rinde cuentas porque responde a las solicitudes de información que hacen los ciudadanos o porque las autoridades presentan un informe anual que nadie evalúa y cuyos resultados no tienen”.¹¹²

Ahora, con el fin de dar forma a este capítulo y exponer las premisas básicas que dan forma al marco teórico de esta disertación, es preciso tomar en cuenta la otra obra que resulta relevante y que ya se ha comentado: *Estado de derecho y reforma energética en México*, la cual, si bien no profundiza ni detalla sobre qué fines persigue la reforma energética, sí analiza qué obstáculos irremediablemente afrontará el Estado mexicano para atraer inversión extranjera. Especialmente, problemáticas que involucran al Estado de derecho como: la situación que existe con la corrupción en la que están sumidas diversas instituciones públicas (incluidas universidades, caso de la llamada *Estafa Maestra*), la rendición de cuentas, el papel de las PYMES tras la apertura en el mercado —pues son estas las verdaderas generadoras de empleo, una crítica que representa un misil directo a uno de los pilares fundamentales de la

¹¹² Fierro, A. E. (2016) “Rendición de cuentas, transparencia y responsabilidad en la reforma energética en México”, en Payan, T. et al. (ed.) *Estado de Derecho y Reforma Energética en México*, Tirant lo Blanch, México Center, Escuela de Gobierno y Transformación Pública: Tecnológico de Monterrey (ITESM), University of Houston (Law Center), CIDAC, Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL): México, p.149.

reforma, establecer que la inversión extranjera es sinónimo de generación de empleos—¹¹³ así como asuntos que tienen que ver con la delincuencia infiltrada en el gobierno — cuestiones como situaciones de conflicto de intereses, así como el llamado *huachicoleo*—¹¹⁴ o los índices de inseguridad que han crecido en las últimas administraciones, los cuales ya han provocado el cierre de operaciones de algunas empresas, como Coca-Cola Femsa, en Ciudad Altamirano, Guerrero, en marzo de 2018.

En ese mismo sentido, de acuerdo con datos de la *Encuesta Nacional de Victimización de Empresas* (ENVE) 2020 realizada por el INEGI, durante 2019, los dos delitos más frecuentes, a nivel Nacional, son la extorsión y el robo o asalto de mercancía, dinero, insumos o bienes.¹¹⁵ Esto se traduce un costo total en pérdidas de 226 millones de pesos, que equivalen al 1.2% del PIB.¹¹⁶ Por tanto, la variable de la delincuencia y, en general, de la inseguridad, representa una arista clave para atraer inversión extranjera, ya que existe cierta inestabilidad política, aunque como menciona: “la exploración y producción de petróleo es particularmente riesgosa desde el punto de vista político y regulatorio, porque la mayor parte de las reservas mundiales se encuentran en países en desarrollo con instituciones débiles y con altos riesgos políticos”.¹¹⁷

Pues bien, en estricto sentido, estas dos obras colectivas en comento, las considero (como ya he comentado), en cierto sentido, antagónicas, ya que plantean situaciones opuestas: por una parte, la obra coordinada por Cárdenas Gracia, mantiene en todo momento una postura

¹¹³ Moreno González, A. L. (2016) “El nuevo marco jurídico y regulatorio del sector eléctrico mexicano: posibilidades de inclusión para PYMES”, en Payan, T. *et al.* (ed.) *Estado de Derecho y Reforma Energética en México*, Tirant lo Blanch, México Center, Escuela de Gobierno y Transformación Pública: Tecnológico de Monterrey (ITESM), University of Houston (Law Center), CIDAC, Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL): México, pp. 246 y ss.

¹¹⁴ Redacción (2019) “Significado de huachicolero: ¿por qué llaman así a los ladrones de combustible en México?”, en *BBC*.

¹¹⁵ ENVE, p. 13.

¹¹⁶ *Ibidem.*, p. 19.

¹¹⁷ Monaldi, F. (2016) “Estado de derecho e inversión extranjera en petróleo: el nacionalismo petrolero en América Latina y sus implicaciones para México”, en Payan, T. *et al.* (ed.) *Estado de Derecho y Reforma Energética en México*, Tirant lo Blanch, México Center, Escuela de Gobierno y Transformación Pública: Tecnológico de Monterrey (ITESM), University of Houston (Law Center), CIDAC, Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL): México, p. 313.

escéptica y crítica a la reforma energética de 2013, su proceso de aprobación y sus artículos transitorios, sumado a que detalla respecto a qué panorama jurídico, económico, político, fiscal, administrativo, entre otros, se esperan una vez que la reforma haya tomado forma; por otra parte, la obra coordinada por Payan (*et. al.*), maneja un estudio que se limita a narrar y contextualizar el cómo se dio forma a la reforma, sin entrar en lo más mínimo a cuestiones sujetas a crítica que ocurrieron durante el proceso legislativo: por ejemplo, Fix-Fierro llega a sostener que la decisión tomada en el congreso fue legítima,¹¹⁸ obviando un cúmulo de irregularidades que sí se toman en consideración por su contraparte, entre lo cual se encuentra un análisis exhaustivo de los artículos transitorios de la reforma,¹¹⁹ así como la aprobación de esta por los Congresos locales, la cual fue casi inmediata —también se conoce como *fast track*.¹²⁰ Además de estas irregularidades, se confirmó otra —y, al parecer con mejor evidencia— tras la detención, en febrero de 2020, del exdirector de PEMEX que estuvo en funciones durante la pasada administración federal (2012-2018), y que estuvo en calidad de prófugo (con ficha roja de la INTERPOL), durante nueve meses, de la justicia mexicana. A su dicho, se dice tener evidencia audiovisual de pago de sobornos a legisladores de distintos partidos para la aprobación de la reforma de 2013 —donde también está involucrada la empresa Odebrecht, la cual está involucrada en múltiples casos de corrupción (sobornos),¹²¹ para verse beneficiada con contratos otorgados por la administración pública de distintos países.¹²² Por tanto, el proceso legislativo, sumado a distintas violaciones procesales para su aprobación, se añade un proceso viciado de origen por el factor de la corrupción: el Pacto por México, entonces, no resultó ser lo que se afirmaba de él, es decir, como “[...] una negociación con un alto grado de efectividad en la que los negociadores reportan haber generado más valor del esperado y declaran sentirse plenamente satisfechos a la firma del pacto”,¹²³ sino un proceso plagado de irregularidades.

¹¹⁸ Fix-Fierro, H., *óp. cit.*, p. 38.

¹¹⁹ Cárdenas Gracia, J., *óp. cit.*, pp. 327 y ss.

¹²⁰ *Ibidem.*, p. 324.

¹²¹ Martínez Encarnación, K. (2019) “Dinero, poder y política: financiamiento electoral como clave en la influencia de Odebrecht en Perú y México”, v. 10, n. 18, pp. 134 y ss.

¹²² Torres Pachas, D. R. (2019) “Corrupción y redes de intereses en la administración pública”, en *Derecho y Sociedad*, n. 52, pp. 186 y ss.

¹²³ Del Tronco, J., *óp. cit.*, p. 112.

Ahora bien, si bien es correcto asentar que en esta obra en comento no existe un análisis exhaustivo respecto al proceso legislativo, sí es notable la atención que se presta al análisis de las instituciones mexicanas para determinar en qué medida se puede cumplir con lo acordado en la reforma. No obstante, tal enfoque no exime el hecho de obviar si el proceso legislativo había cumplido con el mandato constitucional del artículo 135, pues como Fix-Fierro admite: “[...] la construcción del Estado mexicano se encuentra todavía incompleta [...]”,¹²⁴ y un par de páginas más adelante puntualiza tajantemente que en México las “[...] instituciones son frágiles [...]”,¹²⁵ por lo cual, analizar qué ocurrió durante la discusión de la reforma en el Congreso de la Unión, era una empresa implícita e imprescindible para la temática central de lo que es el análisis del Estado de derecho. Con palabras más simples: llama un poco la atención que un estudio que analiza la «fragilidad» de las instituciones en México, no analiza ni toma en consideración una institución de vital importancia como el Congreso de la Unión, la cual, sobra decir, no es una institución que genere mucha confianza: no solo para los ciudadanos, sino también para distintos actores políticos, principalmente para aquellos que se dicen ser oposición.

Hoy, por ejemplo, se denuncia que el Congreso está secuestrado por el ejecutivo federal en turno, ya que su partido y sus aliados políticos configuran mayoría en ambas cámaras, y quedaron muy cerca de haber logrado la mayoría calificada, la cual es requerida para el proceso de reforma constitucional —más adelante profundizaré al respecto. Tal situación ha provocado que se considere el regreso del presidencialismo, aquél del que habló Carpizo.¹²⁶

Ciertamente, durante estos años la figura presidencial ha ido perdiendo poder poco a poco, al delegar sus funciones a ciertos organismos autónomos. Sin embargo, con el cambio de fuerzas políticas a partir de los comicios de 2018, dichos cambios podrían considerarse sin trascendencia alguna. Para lo que la reforma constitucional en materia energética representa, se planeó una reestructuración de funciones que tenían la Comisión Reguladora de Energía (CRE) así como la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH), cuyas atribuciones se ampliaron de manera significativa, con el objetivo disminuir la injerencia que tenía anteriormente la Secretaría de Energía (SE) sobre ellas, y que es administrada por el ejecutivo

¹²⁴ Fix-Fierro, H., *óp. cit.*, p. 20.

¹²⁵ *Ibidem.*, p. 22.

¹²⁶ Carpizo, J. (2004) *El presidencialismo mexicano*, (18ª Edición), Siglo XXI: México.

federal. No obstante, el proceso de selección de los consejeros se optó por el mismo sistema de ternas (con aprobación del senado) que se utiliza para elegir a los ministros de la SCJN, pero como bien advirtió Cárdenas Gracia: “[...] su dependencia con el Poder Ejecutivo será indudable”.¹²⁷

Y, efectivamente, eso fue lo que ocurrió. Esto ocasionó, por tanto, que ante las vacantes que se tuvieron en dichos organismos autónomos (o mejor conocidos como órganos reguladores coordinados), se presentara una situación que, si bien no tenía precedente en ese rubro, sí lo tenía en el caso de la SCJN: Pardo Rebolledo en 2010. Las ternas enviadas por el ejecutivo federal para cubrir las vacantes del retiro del ministro Góngora Pimentel, así como Azuela Güitrón, en 2009, fueron elegidos María Aguilar y Zaldívar Lelo de Larrea, por lo que Pardo Rebolledo quedó fuera. Sin embargo, tras el fallecimiento del ministro Gudiño Pelayo, el ejecutivo federal decide enviar una terna donde, nuevamente, se encontraba Pardo Rebolledo, pero que en esta ocasión sí quedaría en el cargo.

Similar situación se presentó para cubrir cuatro vacantes de la CRE, en 2019. Para esto, el ejecutivo federal envió las ternas para aprobación de los cuatro comisionados, por parte del senado, pero fueron rechazadas. Tras dicha acción, el ejecutivo federal decide, nuevamente, enviar a los mismos candidatos, solo que, esta vez, el orden de las ternas era distinto, para que, de nuevo, fueran rechazadas.¹²⁸ Ante esto, ahora dependía del ejecutivo federal la designación, por lo que la «mano» para hacerse presente no solo en la CRE, sino también más tarde en la CNH, es decir, en la ambas comisiones (tener fieles), si bien de origen se planeaba evitar cierta dependencia con el ejecutivo, al descentralizar ambas comisiones, la puerta no estaba cerrada del todo.

Esto último, configura una de las razones por las cuales encuentro válido hablar de puntos de encuentro y desencuentro sobre la reforma energética de 2013. Conciliar, por tanto, entre ambas posturas, que se desarrollan en obras distintas, es una empresa que debe tener por fin ir más allá del problema de la incertidumbre que ha provocado la reforma —de un antes y un después. Ante ello, incluso dicho problema de la incertidumbre es analizado de una manera

¹²⁷ Cárdenas Gracia, J., *op. cit.*, p. 313.

¹²⁸ Martínez Huerta, D. (2019) “El Senado rechaza las cuatro ternas de AMLO para la CRE”, en *Expansión*. Además, *vid.*, Redacción (2019) “En medio de reclamos, el senado vuelve a rechazar las ternas de AMLO para la CRE”, en *Expansión*.

distinta, por lo que incluso el punto en común (o encuentro sustancial de ambas obras) puede calificarse como un desencuentro más. Me explicaré mejor.

Como he indicado, a pesar de encontrarse mayormente «desencuentros» por lo que ha dejado la reforma energética desde su discusión y después de su entrada en vigor, sí existe un «encuentro»: la incertidumbre que se ha generado a partir de la entrada en vigencia la reforma constitucional de 2013. Sin embargo, la manera de abordar dicho problema es notoriamente distinto. Por una parte, para la obra coordinada por Cárdenas Gracia, el problema de la incertidumbre se destaca principalmente por el rol que asumirán las empresas transnacionales, si actuarán de una manera u otra, haciendo énfasis respecto a si se registran y presentan malas prácticas que se han proyectado en el pasado mexicano, así como en otras partes del mundo, por lo cual, el problema de la incertidumbre se enfoca en si las empresas privadas cumplirán con las obligaciones dispuestas en la reforma, especialmente sobre el artículo 27 constitucional, que dispone que la propiedad sobre el subsuelo y los recursos valiosos, son y siguen siendo parte de la nación.

Por otra parte, la obra editada por Payán, la mayoría de sus colaboradores destacan técnicamente lo contrario, es decir, no se somete a análisis qué posibles consecuencias negativas se pueden presentar al liberar el mercado de energía a empresas que tienen un pasado oscuro y que han recurrido notoriamente a malas prácticas, sino que el cuestionado es al Estado mismo, el cómo sus instituciones están acostumbradas a una labor que no se compromete con el Estado de derecho, por lo que el esquema del Estado y su funcionamiento acapara la atención, condicionando el éxito de la reforma a la buena labor de los funcionarios públicos. De ahí, por lo mismo, se entiende que una de sus premisas fundamentales sea la noción de «reglas claras», como si la reforma constitucional en materia energética se tratara de un posible engaño para el sector privado, ya que el control y ventajas de la reforma, se estima ahí, se conservarán para las «empresas productivas del Estado».¹²⁹

¹²⁹ Grunstein Dickter, M. (2016) “La coordinación de los reguladores del sector de hidrocarburos: ¿es óptima para el Estado de derecho?, en Payan, T. et al. (ed.) *Estado de Derecho y Reforma Energética en México*, Tirant lo Blanch, México Center, Escuela de Gobierno y Transformación Pública: Tecnológico de Monterrey (ITESM), University of Houston (Law Center), CIDAC, Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL): México, pp. 172 y ss.

En fin, no pretendo entrar en más detalles, ya que el material de ambas obras resulta interesante. Aunque si bien considero son obras antagónicas, no pretendo generar un conflicto que no existe entre los autores, sino, más bien, postular que son nociones distintas y destacables para un estudio integral que resulta imprescindible para entender la reforma energética de un modo justo, principalmente porque es por medio de ellas que se visualizan ciertas aristas que son necesarias atender. Por ejemplo, el análisis que se realiza respecto a la función de las universidades para ofrecer programas y estudios geográficos relacionados con el sector energético,¹³⁰ así como las colaboraciones que realizarán con los gobiernos locales respecto a estudios de campo,¹³¹ son implicaciones para llevar a buen término la reforma energética, pues se trata de un esfuerzo en conjunto.

Ahora, antes de concluir, quiero dejar clara cuál es mi posición respecto a por qué se dio paso a una reforma energética. Para ello, trataré de conciliar entre las dos posturas que he mencionado y analizado atrás. Considero, por tanto, que la principal razón por la cual se necesitaba una reforma energética, era por una contradicción ineludible. Me explico mejor: uno de los puntos cruciales para el sector privado es lograr maximizar sus ganancias, como bien menciona Rodríguez Padilla: “para una compañía petrolera guiada por el lucro y la ganancia jamás habrá incentivos que la llenen, siempre pedirá más y más [...]”,¹³² esto significa que cualquier empresa pretende dominar el mercado en que se desarrolla. Por tanto, ¿cómo es posible que no existan beneficios en la industria energética, si las empresas del Estado, tanto como PEMEX y CFE, gozan de un monopolio? La respuesta sencilla a esto es porque, antes de la reforma, no se veían ni eran tratadas como empresas privadas, de ahí que ahora se consideren «empresas productivas del Estado». Sin embargo, no me parece que esa haya sido la causa para maniobrar en ese sentido, sino que es el factor de la corrupción el que provocaba que el capital y los beneficios de la industria, se fueran por un caño, de modo que no era necesaria una reforma constitucional como finalmente se realizó, sino que era más

¹³⁰ Rodríguez Ibáñez, P. (2016) “El rol de los gobiernos locales en el sector energético y las implicaciones de la reforma energética para los gobiernos locales”, en Payan, T. *et al.* (ed.) *Estado de Derecho y Reforma Energética en México*, Tirant lo Blanch, México Center, Escuela de Gobierno y Transformación Pública: Tecnológico de Monterrey (ITESM), University of Houston (Law Center), CIDAC, Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL): México, pp. 385 y ss.

¹³¹ *Ídem.*

¹³² Rodríguez-Padilla, V., *óp. cit.*, p. 251.

elocuente optar por una reforma que pudiera combatir esta clase de vicio que está presente en muchas instituciones del Estado, de ahí, igualmente, que el mayor punto de encuentro se centre en la debilidad de las instituciones públicas y, en general, del Estado de derecho.

Pues bien, no pretendo alargar más este punto, por lo que solo queda por concluir que es así como doy forma a estos puntos de encuentro y desencuentro entre ambas obras. Aún quedo pendiente por analizar qué medidas o mecanismos jurídicos contempla la legislación mexicana (y al caso, también la internacional) para la salvaguarda de derechos adquiridos tras la publicación de la reforma constitucional de 2013, lo cual constituye la noción de incertidumbre que he estado desarrollando hasta ahora.

2. Medidas constitucionales para el resguardo de la reforma energética de 2013

Al margen de lo ya comentado líneas arriba, me parece que es momento ahora de analizar las medidas constitucionales que contempla la legislación mexicana para el resguardo no solo de la reforma energética, sino de cualquier tipo de atentado frente a la ley suprema de la nación: la Constitución federal, con el fin de combatir la reciente ola de incertidumbre frente a los cambios (resultados) políticos que han ocurrido en los últimos años —elecciones de 2018 y de 2021—, acción con la cual, al mismo tiempo, será posible generar (o recuperar) dos principios fundamentales del derecho procesal: el debido proceso y la seguridad jurídica.

Por lo mismo, como ya he analizado en el Capítulo I, actualmente se vive un estado de incertidumbre respecto a qué pasará con la reforma energética; ello principalmente respecto al cambio de gobierno (y fuerza política) que se presentó tras los comicios de 2018. La llegada a la presidencia de una nueva fuerza política, relativamente nueva, y que opacó por completo a las otras, es la razón principal que ha generado la incertidumbre actual. Entonces, la incertidumbre no se trata ya de un factor que esté relacionado con los puntos mencionados en el subcapítulo anterior, sino que son dependientes de una decisión política: confeccionar una contrarreforma que tenga por fin cancelar o dejar sin efectos la actividad jurídica o actos jurídicos que nacen a raíz de la reforma constitucional de 2013.

Antes, quiero precisar un poco el por qué esta alternancia en el poder es el principal factor que genera el problema que he venido comentando. Por una parte, entiendo que esta incertidumbre es inevitable toda vez que uno de los actores políticos que se opuso

rotundamente al cambio de reforma constitucional de 2013, actualmente ocupa el cargo del ejecutivo federal. Además, la posibilidad de que exista un enfrentamiento con el Congreso de la Unión es muy poco probable, ya que, junto a él, se encuentran un cúmulo de diputados y senadores que lo respaldan —tanto a su llegada al poder, como en las elecciones intermedias— esto provoca que la figura del presidencialismo cobre nuevamente fuerza, y, de alguna u otra manera, su protagonismo cobre exceso. Por ejemplo, durante la actual administración pública federal, se han aprobado mediante *fast track* algunas propuestas de reforma planteadas por el ejecutivo federal, entre las cuales se encuentran modificaciones a la Ley de la Industria Eléctrica y a la Ley de Hidrocarburos. Ello ha preocupado tanto al sector privado como a la oposición política, no solo por estas modificaciones —las cuales pretenden fortalecer las empresas del Estado, es decir, son acorde a la posición nacionalista que ya he comentado en el punto inmediato anterior— sino también por las recientes reformas en el rubro del Poder Judicial Federal, por lo que se entiende que estas medidas van en un sentido como se expone en *Estado de Derecho y Reforma Energética en México*, ya que, lejos de generar confianza en las instituciones, se crean más dudas, de modo que, como bien estimó Fix-Fierro: “[...] los elementos centrales del presidencialismo autoritario permanecen esencialmente intactos”.¹³³

Sin embargo, si bien lo anterior es correcto, me parece necesario matizar un poco más la información. Primeramente, es cierto que durante la LXIV Legislatura es posible observar cierta dependencia hacia el ejecutivo federal, y su trabajo legislativo se ha traducido en la modificación de 55 artículos de la Constitución —hasta mayo 28 de 2021. No obstante, estas reformas a dichos artículos son respecto a la Constitución, y no respecto a legislación común. En cuando a reformas a la constitución, solo cinco de ellas han sido promovidas por ejecutivo federal, con lo cual, esto puede ser considerado como un argumento sólido para contraargumentar el discurso que denuncia una regresión a los tiempos del partido de Estado y del presidencialismo despótico, donde el ejecutivo federal era el legítimo facultado para promover iniciativas de ley y reformas constitucionales.

Menciono que es un argumento sólido porque, como se indicó en el párrafo anterior, el Poder Judicial Federal, si bien también ha sido objeto de una reforma reciente, ha mantenido

¹³³ Fix-Fierro, H., *óp. cit.*, p. 40.

el equilibrio de las cosas, de manera que si bien los jueces no gozan de buena fama en México, como mostraré con distintas cifras en el Capítulo V, han dado muestra de un activismo judicial, de modo que recientemente un juez federal ordena no una suspensión definitiva, sino tres suspensiones, con efectos *erga omnes*, contra el Decreto¹³⁴ mediante el cual se anuncian los cambios a la Ley de la Industria Eléctrica, a pesar de que la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución (o Ley de Amparo) estipula el *principio de relatividad* —también conocido como *fórmula Otero*— es decir, que los efectos de las sentencias del juicio de amparo son meramente particulares, mas no generales. Por lo mismo, el hecho de que el ejecutivo federal únicamente haya propuesto cinco iniciativas para reformar la constitución, da la pauta para que sea posible promover medios de impugnación constitucional en contra de reformas no constitucionales, como pueden ser el juicio de amparo (contra leyes), la controversia constitucional o la acción de inconstitucionalidad.

Sin embargo, existe cierto escepticismo frente a cómo actuarán los tribunales federales, de manera que recientemente se han tomado algunas medidas diplomáticas para hacer frente a algunas decisiones que se han adoptado por la actual administración pública federal. Por ejemplo, en el pasado mes de enero de este año (2021) se hizo pública una carta que los secretarios de Estado, de Energía, y de Comercio de los Estados Unidos enviaron a sus homólogos del gobierno de México, la cual contiene un mensaje oficial claro y directo en defensa de los intereses estadounidenses en el sector energético mexicano desde que el actual ejecutivo federal ordenó congelar la implementación del marco constitucional y legal en materia de energía y dictar una serie de medidas regulatorias y administrativas que inhiben la competencia de la inversión privada, extranjera y nacional, a las empresas estatales: PEMEX y CFE. Dicha carta contempla una serie de preocupaciones, entre las cuales se encuentra: el trato regulatorio indebido a favor de PEMEX y CFE, así como las afectaciones a inversiones por cientos de millones de dólares realizadas con financiamiento de la banca de desarrollo estadounidense, lo que ha generado incertidumbre acerca del cumplimiento de los compromisos pactados en el T-MEC, y que fueron aceptados por el Estado mexicano, curiosamente, por esta misma administración pública federal. Por un lado, estas inquietudes se justifican por las nuevas reglas implementadas en diciembre de 2020, las cuales dificultan,

¹³⁴ DOF: 9/03/21.

para el sector privado —como ya mencioné— la obtención de permisos de importación y exportación de petrolíferos y gas natural; por otro lado, los largos e injustificados cierres en dependencias como la Secretaría de Energía (SENER) y la CRE.

Pero, como ya he indicado, esta no es la única preocupación que motivado aportar por vía política, antes que una jurídica, ya que, sumado a esta carta, están las medidas diplomáticas que presentaron tanto Canadá, como la Unión Europea a mediados del año pasado (2020), en protesta por la suspensión de pruebas en centrales eléctricas eólicas y solares, la cual fue ordenada por el Centro Nacional de Control de Energía (CENACE), y por la política de confiabilidad eléctrica de la SENER.

Hasta ahora, la única respuesta conocida del gobierno de México fue emitida por la SENER, la cual, mediante un comunicado no oficial, pero publicada por su cuenta verificada en redes sociales, señaló que la relación con Estados Unidos dentro del T-MEC, en materia de energía, es de respeto a las normas constitucionales de cada país. Se extraña una argumentación más concreta que recogiera los contenidos del Capítulo 8 del T-MEC, el cual reitera normas constitucionales mexicanas, pero que también se hiciera cargo de otros capítulos del tratado que establecen obligaciones para el Estado mexicano de imparcialidad regulatoria frente a sus propias empresas, de respeto a las inversiones, entre otras, como trataba el Capítulo XI del TLCAN. No obstante, a pesar de erigirse un escepticismo frente a la actividad judicial, la realidad es que, en los últimos meses, el poder judicial de la federación ha suspendido, y, en algunos casos, ha declarado la inconstitucionalidad de varias de las medidas impulsadas por el ejecutivo federal en el sector energético.

Aunque, a pesar de la llamativa declaratoria de suspensión definitiva al Decreto presidencial, antes citado, el Segundo Tribunal Colegiado Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, revocó dicha suspensión tras resolver el incidente en revisión, con folio 131/2021, al considerar que las modificaciones a la Ley de la Industria Eléctrica son «actos inciertos»; además, que no se establecen obligaciones directas e inmediatas que puedan ser suspendidas, y menos aún con efectos generales.

Sin embargo, considero que una de las razones de ser de los reguladores económicos es corregir las fallas de determinados mercados y así promover su desarrollo eficiente, por lo que favorecer a un actor económico, genera un desequilibrio. Por lo mismo, este tipo de órganos han proliferado en las últimas décadas en todo el mundo, con el fin de proteger a

consumidores y usuarios de ciertos productos y servicios, verbigracia, frente a condiciones de monopolio natural o legal. Por ende, la idea ha sido ofrecer un piso parejo para que las empresas reguladas compitan en un ambiente equilibrado, además de garantizar el acceso abierto a las infraestructuras de redes.

Con esto dicho, en México, uno de los objetivos de la CRE es promover el desarrollo eficiente de las actividades *midstream* y *downstream* de los hidrocarburos y petrolíferos, y de la cadena de valor de la industria eléctrica. Ahora bien, a pesar de la apertura a la inversión privada que permitió la reforma energética de 2013, en aquel entonces se decidió no privatizar a las entidades paraestatales del sector —es decir, no vender sus activos—, sino convertirlas en «empresas productivas del Estado» (que actuarán como empresas privadas, sin serlo) de modo que pudieran competir en igualdad de circunstancias con los actores privados, tanto nacionales como extranjeros.

No obstante, como ya he mencionado un poco más arriba, en los últimos meses se ha observado en México una reacción contraria a estas nociones por parte de las empresas productivas del Estado —PEMEX y CFE— al impulsarse una política contraria a lo que denota la reforma constitucional en materia energética de 2013: la postura nacionalista, con la llegada de la alternancia política en el ejecutivo federal. Esto ha provocado, por tanto, que aún sin impulsar reformas constitucionales o legales, pero empoderadas por el talante de la nueva administración pública federal, las empresas estatales han presentado ante la CRE sus respectivas listas de peticiones. Entonces, tras solicitarlo oficialmente como parte de un paquete de medidas de fortalecimiento, Pemex Transformación Industrial (Pemex TRI) consiguió que, el pasado 16 de diciembre de 2019, la CRE emitiera el acuerdo A/043/2019, el cual dejó sin efectos la metodología para determinar los precios de ventas de primera mano y en terminales de almacenamiento de petrolíferos. Con esto, la CRE ha eliminado una medida que mitigaba el poder dominante de Pemex TRI en esos mercados. Ello a pesar de que el artículo transitorio décimo tercero de la *Ley de Hidrocarburos* ordena que la regulación asimétrica debe continuar hasta en tanto se logra una mayor participación de agentes económicos.¹³⁵ Ante esto, por un lado, me causa cierta sorpresa que la CRE haya considerado que ocurrió este supuesto, cuando, por ejemplo, durante noviembre de 2019,

¹³⁵ DOF: 19/05/21, T: XIII.

PEMEX, junto con sus empresas subsidiarias y filiales, logró importar el 82% de las gasolinas y el 64% del diésel en los puntos de internación a territorio nacional.

Por otro lado, a finales de diciembre de 2019, se hizo público un documento denominado *pliego petitorio*, que la CFE habría enviado a la CRE, el cual incluso motivó la publicación de un artículo en el *Financial Times* con un encabezado dramático que auguraba el desmantelamiento del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM).¹³⁶ Pero, en realidad, si bien el *pliego petitorio* toca ciertos aspectos importantes del MEM, varias de las acciones enlistadas perjudicarían, sobre todo, a los proyectos con contratos legados bajo la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica de 1992 y, en particular, a las sociedades de autoabastecimiento. Uno de los puntos más delicados del pliego petitorio sería la actualización de los cargos por el servicio de transmisión de energía eléctrica (*porteo tipo estampilla postal*) que la CFE aplica a las sociedades de autoabastecimiento que utilicen fuentes renovables de energía. Estos cargos fueron establecidos en 2010 por la CRE, dando cumplimiento a la ley de 2008, en materia energética, por la que el Estado mexicano determinó la utilidad pública del aprovechamiento de las energías renovables y el uso de tecnologías limpias, para promover la sustentabilidad energética y reducir la dependencia de los hidrocarburos. Esta medida, entre otras, también estrictamente regulatorias, fue determinante para las decisiones de inversión que dieron lugar al primer florecimiento de la generación eólica en el país.

Hasta ahora, ha sido un tanto débil la defensa política de los avances en materia energética ocurridos en las últimas tres décadas, especialmente por parte de quienes los concibieron en su momento. De cualquier forma, en caso de que la CRE atendiera ciertas peticiones de PEMEX y la CFE, y con ello vulnerara los derechos de otras empresas, estas tendrían argumentos legales válidos para la legítima defensa de sus intereses ante los tribunales, como el juicio de amparo, tal cual se han venido presentando en los últimos meses, y que han desembocado incluso en suspensiones con efectos *erga omnes*.

A esto último, en mi particular opinión, añadiría una cuestión más: tal es el caso del activismo judicial, el cual suele confundirse con el fenómeno del *protagonismo judicial*,¹³⁷ por lo que la acción de decretar una suspensión definitiva con efectos *erga omnes*, puede

¹³⁶ Lujambio, J. M. & Riojas A. (2020) “Peticiones de Pemex y CFE a la CRE”, en *EnergíaHoy*.

¹³⁷ Wolfe, C. (1997) *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?*, Rowman & Littlefield Publishers Inc.: Estados Unidos de América, pp. 103 y ss.

interpretarse como una acción en donde el rol de juez cambia, para convertirse en un derogador de leyes. Por ende, ya no juzga, sino que realiza una acción legislativa, es decir, viola el principio de división de poderes, por ende, al *protagonismo judicial* se le suele llamar también «gobierno de los jueces».¹³⁸ En cambio, el *activismo judicial*, el cual abordaré con mayor ahondamiento en el Capítulo V, bien podría justificarse cuando existen cuestiones relacionadas con el medio ambiente, como lo son las energías limpias.

Ahora bien, a pesar de la marcha atrás que ha supuesto la revocación de la suspensión con efectos *erga omnes*, decretada por el Segundo Tribunal Colegiado Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, como ya he comentado, esto no evita que sean improcedentes futuros juicios de amparo, ya que se entra en la categoría ya tratada en el Capítulo I, respecto a los actos heteroaplicativos, por lo que tal situación era completamente predecible. Por tanto, es posible obtener futuras suspensiones frente a actos de autoridad que se deriven, por ejemplo, de la Ley de la Industria Eléctrica. Además, a esto hay que sumar las acciones que ha promovido la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), pues mediante una controversia constitucional trata de dejar sin efectos las modificaciones a la ley citada, argumentando que violenta la competitividad y libre concurrencia. Frente a este caso, habrá que atender cómo resuelven los tribunales federales este asunto. Mientras, insisto, no obtener una sentencia favorable en este momento, no significa que, en un futuro, cuando se realice un acto de autoridad acorde a esta ley, no sea posible promover un nuevo juicio de amparo, pero esta vez por un acto heteroaplicativo.

En fin, en el ambiente político-jurídico, se han originado ciertas dudas que de cierta manera pueden calificarse de legítimas, pero que invocan igualmente el pasado. Por lo mismo, si bien, en los últimos años, el sector energético mexicano ha sido objeto de una reestructuración substancial derivada de la reforma constitucional de 2013, la actual administración pública federal ha buscado implementar una política energética de corte nacionalista, lo que ha provocado que se lleven a cabo diversas acciones para favorecer a las dos empresas productivas del Estado en el sector energético, como son PEMEX y CFE, aunque, hasta la fecha, ninguna de estas acciones ha implicado la reforma de la Constitución,

¹³⁸ Bergalli, R. (1994) “Protagonismo judicial y representatividad política”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 15-16, pp. 430 y ss.

pero sí a leyes, como la Ley de la Industria Eléctrica y la Ley de Hidrocarburos; cuestiones que ya he analizado más atrás.

No obstante, ahondando un poco más, en materia eléctrica, la acción de la actual administración que ha tenido mayor impacto es el acuerdo por el que se emite la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional, publicado por la SENER el pasado 15 de mayo de 2020. Dicho acuerdo establece un régimen diferenciado que afecta sobre todo a centrales eléctricas eólicas y solares fotovoltaicas, tanto las que están en desarrollo como las que están en operación, dado que, entre otras cosas, pretende entorpecer la obtención de permisos y autorizaciones, así como limitar el número de centrales eléctricas limpias por zona, región y sistema. Además, instruye a la CRE y al CENACE modificar la regulación para que se ajuste a los lineamientos del *acuerdo*.

Sin embargo, el problema es que el *acuerdo* fue expedido sin seguir el debido procedimiento regulatorio para emitir actos generales, y la SENER invadió la esfera competencial de la CRE, como órgano regulador, y del CENACE, como operador del sistema. Ante esto, se esperaba una inconformidad tanto de generadores, desarrolladores, organizaciones no gubernamentales, entidades federativas, y hasta organismos públicos, las cuales han dado una respuesta contundente. Estos actores han empleado diversos medios de control constitucional para impugnar el *acuerdo* que, hoy por hoy, se encuentra suspendido.

Entre tales medidas se encuentran, en primer lugar, varias decenas de juicios de amparo, promovidos por distintos desarrolladores de centrales eléctricas y generadores. Ante ello, diversos juzgados de distrito han concedido la suspensión definitiva de determinadas secciones del *acuerdo*, según corresponda, lo que significa que la SENER no puede aplicar las disposiciones suspendidas a esas empresas hasta que no se sustancie el juicio principal. No obstante, y contrario a los otros casos que ya he comentado, en esta ocasión, la suspensión del acto reclamado solamente beneficia a aquellos que presentaron las demandas.

Pero bien, y, en segundo lugar, no solo se han promovido juicios de amparo por quienes tienen un agravio personal y directo (interés jurídico), sino también por otros organismos. En este caso en particular, al menos dos ONG, cuyo objeto es la protección al medio ambiente, han promovido juicios de amparo indirecto en contra del *acuerdo*. Dado que estos organismos no resienten una afectación directa, sino que cuentan con un «interés legítimo» colectivo por la afectación que representa el *acuerdo* para la reducción de emisiones de

carbono y la mitigación del cambio climático, la suspensión en estos juicios es más amplia e impide que la SENER y demás autoridades ejecuten el *acuerdo* en su totalidad, como ya se ha dicho, hasta que los juicios terminen.

Por último, la COFECE y distintas entidades federativas, como: Colima, Jalisco, Nuevo León y Tamaulipas, han promovido controversias constitucionales en contra del *acuerdo*, al estimar que se invadieron sus ámbitos de competencia. En el proceso de la COFECE, el ministro instructor de la Suprema Corte de Justicia ordenó la suspensión por completo del acto reclamado; esto es relevante pues, si bien en los casos de las ONG ya se había suspendido todo con efectos generales, tiene más fuerza política que lo haya ordenado un ministro del máximo tribunal del país, lo cual confirma que el poder judicial se ha venido desempeñando de manera correcta e imparcialidad.

Como se puede observar, dos de los tres tipos de suspensiones parecen tener efectos generales e incluso benefician a aquellas empresas que no hayan promovido juicios particulares. No obstante, aunque estas noticias pueden ser tomadas con cierto optimismo, no debe desestimarse que todas las suspensiones son susceptibles de ser revocadas (como en el caso anterior que he comentado) mediante algún medio de impugnación que contempla la legislación. Por tanto, la SENER, tiene la oportunidad, y como es común, de interponer recursos de revisión en contra de cada una de las suspensiones concedidas; recursos que aún no han sido resueltos. Por tanto, está pendiente que el Pleno de la SCJN y los TCC, en la materia, resuelvan si las suspensiones otorgadas se mantendrán en sus términos.

Entonces, conforme a lo anterior, si bien por una parte se acusa que el presidencialismo ha vuelto, también sería válido establecer que el discurso desarrollado en contra del ejecutivo federal, en realidad, no es nada novedoso (incluso algo predecible), ya que su origen se remonta a los comicios de 2006 —la llamada *guerra sucia* y el posterior fraude electoral— con lo cual *se evitó el fin de las instituciones* (incluido, entre ellas, por supuesto, al poder judicial), de acuerdo a dicho discurso. Ahora, con esa misma retórica, se estima que es inevitable una contrarreforma, la cual tendrá efectos retroactivos, y, por ende, los actos jurídicos, por ejemplo, de contratación y de otra índole que se han efectuado en los últimos años y designado a empresas privadas, queden en la nada jurídica, por lo que se configuraría un estado de indefensión para los particulares afectados. Con palabras más precisas, lo que quiero decir con todo esto es que, si bien el actual ejecutivo federal da pautas para crear

incertidumbre, esta no solo es generada por él, sino también por grupos y agentes que no forman parte de la actual administración pública federal, los cuales suelen exagerar sus dichos y con ello, generan incertidumbre.

Ahora, por otra parte, a pesar de que la incertidumbre que se ha generado se puede interpretar de una manera exagerada, como acabo de mencionar, esta no puede extinguirse del todo, ya que la reforma energética de 2013 corre el riesgo de tener la misma suerte que la reforma educativa de 2013, la cual fue modificada en el sentido de lo que se entiende como una contrarreforma, aunque, en estricto sentido, dichas modificaciones no tuvieron un sentido negativo, como se argumentaba al suprimir el Sistema Nacional de Evaluación Educativa y el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, ya que, en su lugar, se creó el Sistema Nacional de Mejora Continua de la Educación. No obstante, la incertidumbre sigue intacta, principalmente porque la cuestión aquí radica en si se contempla una reforma con efectos retroactivos. Además, a esto hay que sumar lo dicho por el ejecutivo federal, quien plantea la posibilidad de una reforma que defina, en rango constitucional, las modificaciones previstas a la Ley de la Industria Eléctrica y la Ley de Hidrocarburos, en caso de que estas no prosperen (se declaren inconstitucionales), como ya comenté con los ejemplos anteriores.

Ante esto, sería inevitable un problema procesal, ya que, de acuerdo a la Ley de Amparo, el juicio de amparo es improcedente ante reformas constitucionales —al igual que los otros dos medios de control constitucional—, que, de hecho, suele ser la primera causa de improcedencia. Por tanto, si bien no es comparable frente a lo estipulado por Cárdenas Gracia cuando aseveró que “[...] en ningún caso puede la reforma constitucional ser utilizada para modificar los principios supremos de la Constitución existente”,¹³⁹ apoyándose en Schmitt,¹⁴⁰

¹³⁹ Cárdenas Gracia, J., *óp. cit.*, p. 316.

¹⁴⁰ Schmitt, C. (1982) *Teoría de la constitución*, Alianza Editorial: Madrid, pp. 119 y s.

Marbury,¹⁴¹ Mortati,¹⁴² Ramírez,¹⁴³ del Castillo Velásco,¹⁴⁴ Rabasa,¹⁴⁵ de la Cueva,¹⁴⁶ Fix-Zamudio y Valencia,¹⁴⁷ Carpizo,¹⁴⁸ y Burgoa,¹⁴⁹ para concluir con: “[...] conviene preguntarse, si un sistema constitucional puede destruirse desde su propia constitucionalidad y legalidad”,¹⁵⁰ sí es sopesable, ya que, en este caso en particular, sería evidente el poder que puede ejercer el ejecutivo federal para hacer valer su voluntad. Aunque, por supuesto, todo esto está condicionado a cómo decida actuar el Congreso de la Unión, así como las legislaturas de los Estados: para el primero, es sería necesario contar con una mayoría calificada para dar pie a una eventual reforma constitucional, pero que primero debe negociar para lograr dicha mayoría, la cual no logra alcanzar el partido en el poder, junto con sus aliados; y, para las segundas, se necesita una mayoría absoluta. En todo caso, si se logra realizar dicha reforma constitucional, sería imposible promover un medio de impugnación para evitar sus efectos, tal como pasó con la reforma energética de 2013, pero que, en dicho caso, sí se trastocaron principios fundamentales de la misma constitución, especialmente: «el principio de que los hidrocarburos son de la nación».¹⁵¹ Pero que, de existir algo más que mero positivismo jurídico, habría sido posible realizar alguna acción para evitar dicha

¹⁴¹ Marbury, W. L. (1919-1920) “The limitation upon the amending power”, en *Harvard Law Review*, n. 33.

¹⁴² Mortati, C. (2000) *La Constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid.

¹⁴³ Ramírez Cleves, G. (2003) *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita: Bogotá, pp. 129 y s.

¹⁴⁴ Castillo Velásco, J. M. del (1871) *Apuntamientos de derecho constitucional mexicano*, Imprenta del Gobierno: México, pp. 350 y ss.

¹⁴⁵ Rabasa, E., *La constitución...*, *loc. cit.*

¹⁴⁶ Cueva, M. de la (1982) *Teoría de la Constitución*, Porrúa: México, pp. 126 y ss.

¹⁴⁷ Fix-Zamudio, H. & Valencia Carmona, S. (1999) *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa: México, pp. 106 y ss.

¹⁴⁸ Carpizo, J. (1969) *La Constitución mexicana de 1917*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): México, p. 158.

¹⁴⁹ Burgoa, I. (1979) *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa: México, pp. 323 y ss.

¹⁵⁰ Cárdenas Gracia, J., *óp. cit.*, p. 320.

¹⁵¹ *Ibidem.*, p. 314 y ss.

reforma, lo cual no descarto que hoy pueda presentarse esa posibilidad, siempre y cuando se recurra a una tradición jurídica distinta, como a la hermenéutica.

En fin, ante esto, considero que también es necesario tomar en cuenta lo que ya he indicado al inicio de esta disertación, es decir, para la actual administración pública federal, recurrir a una acción retroactiva de aplicación de la ley (así como recurrir a la expropiación), no parece ser buena medida para lograr sus fines. Por lo mismo, se ha recurrido a renegociaciones que permitan, poco a poco, difuminar la incertidumbre y, al mismo tiempo, generar mayor confianza poco a poco. Sin embargo, la posible puesta en marcha de una contrarreforma sigue latente y por ello, es necesario atender de igual manera la figura de la incertidumbre a partir de los encuentros y desencuentros que ya se abordaron en el subtítulo anterior.

Por todo, resulta un tanto notorio que el poder judicial tendrá un papel preponderante, en cuanto a resolver estos conflictos; como mencionó en su momento Fix-Fierro:

[...] toca al Poder Judicial de la Federación y, en particular, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación producir criterios de decisión que pueden orientar de manera efectiva la actuación de los tribunales inferiores a fin de garantizar seguridad jurídica a los actores políticos y económicos involucrados.¹⁵²

Efectivamente, en los tiempos del Estado constitucional se espera que el poder judicial sea un poder protagonista, pero no en el sentido del *protagonismo judicial*, como ya he expuesto, sino como un *activismo judicial*, especialmente en el tipo de controversias que involucren cuestiones e implicaciones del medio ambiente, de ahí que sea vital analizar el fenómeno del *activismo judicial* —no obstante, no será sino hasta el Capítulo V en que detalle al respecto de este punto. Por ahora, estimo más importante exponer los medios de impugnación que contempla la legislación mexicana para el resguardo de la reforma energética, como: el proceso de reforma constitucional; los medios de control constitucional (juicio de amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad), así como el arbitraje internacional contemplado en el T-MEC —esto último lo analizaré en el Capítulo IV.

¹⁵² Fix-Fierro, H., *óp. cit.*, p. 44.

3. Proceso de reforma constitucional

Expuesto lo anterior, toca ahora exponer el contenido constitucional que contempla el proceso de reforma constitucional, esto con el fin de combatir directamente la noción de incertidumbre que se ha estado analizando. Por tanto, si la incertidumbre radica en una posible contrarreforma, es imprescindible analizar cuál es el proceso de reforma constitucional.

Este proceso está contemplado en el artículo 135 de la Constitución federal, el cual establece que, para iniciar el proceso de reformar la constitución, es necesario que el Congreso de la Unión debe aprobar las modificaciones con una mayoría calificada, es decir, el 66% de votos. Además, se debe tener una mayoría absoluta en los Congresos locales y la Ciudad de México.

De lo anterior, no habría problema alguno, ya que, parece ser un proceso complejo. Sin embargo, como ya he mencionado, una de las principales inquietudes que surgen respecto a la contrarreforma no solo radica en su posibilidad, sino que el actual ejecutivo federal tiene un respaldo firme en ambas cámaras. Con otras palabras, la inquietud principal es la posibilidad de que regrese la postura nacionalista para el trato con los hidrocarburos, pues esta postura la que contempla la actual administración pública federal.

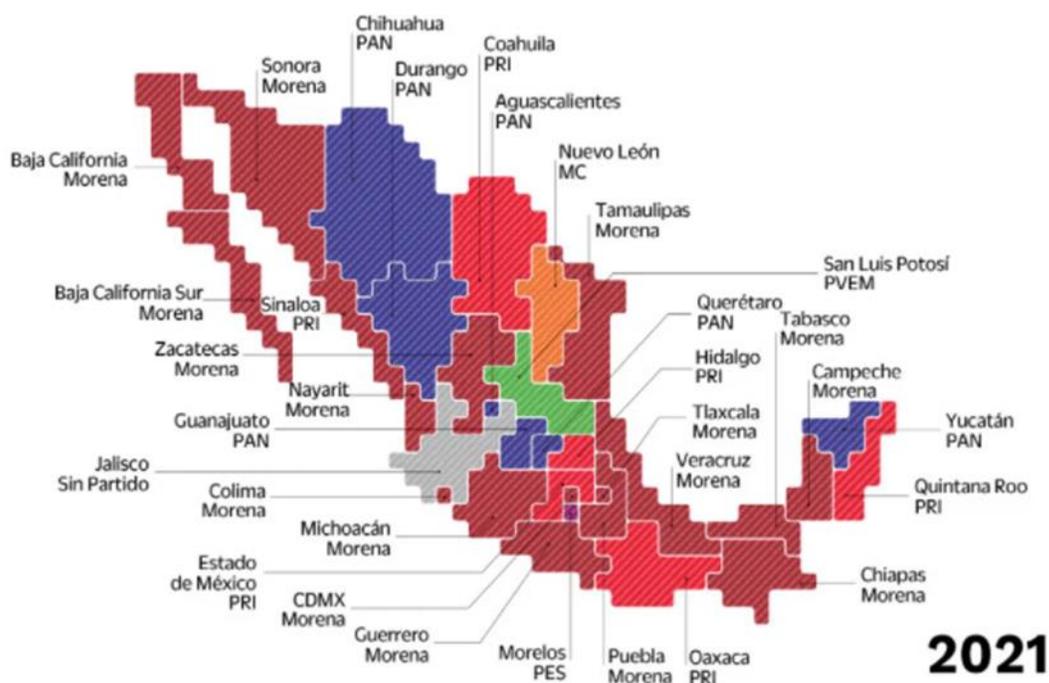
Pero bien ¿se justificable afirmar que el Congreso de la Unión obedece a intereses del ejecutivo federal? Me parece que esto ya ha sido aclarado en los dos subcapítulos anteriores, por ende, la pregunta aquí debe ser otra: ¿es justo poner un alto a la postura nacionalista? Para responder a esta interrogante, en primer lugar, es necesario analizar cómo está integrado el Congreso de la Unión. En la gráfica 2, se muestran los resultados de los comicios de 2018, donde existe una clara ventaja del partido ganador y que encabeza la actual administración federal; en este caso, obtiene mayoría en la Cámara de Senadores.

Antes de continuar, considero preciso aclarar una cuestión importante. Por una parte, si bien es cierto que en los últimos años se ha optado por confrontar el presidencialismo mexicano, con el fin de evitar este tipo de detalles que comento; por otra parte, esto mismo no se ha realizado con los ejecutivos de las entidades federativas, de manera que si a nivel federal se ha trabajado para, de alguna manera, procurar que el ejecutivo no exceda en sus funciones y se dé oportunidad a las llamadas «cuotas de partido», los gobernadores siguen

No obstante, respecto a los resultados de los comicios del presente año, el mapa cambió radicalmente, y se confirma que los resultados de hace tres años, no fueron un accidente, por lo que se reafirma el dominio electoral y de preferencia política que tienen los ciudadanos con lo que es ahora la primera fuerza política del país. Como muestra el mapa 2, el partido hegemónico, pasa de tener cinco gubernaturas, a tener diecisiete.

Por todo, esto puede considerarse como una variable importante, de manera que la aprobación por parte de los congresos locales respecto a las modificaciones que se den a la constitución federal, no sea una preocupación para el ejecutivo federal, en caso de proponer una contrarreforma a la reforma energética.

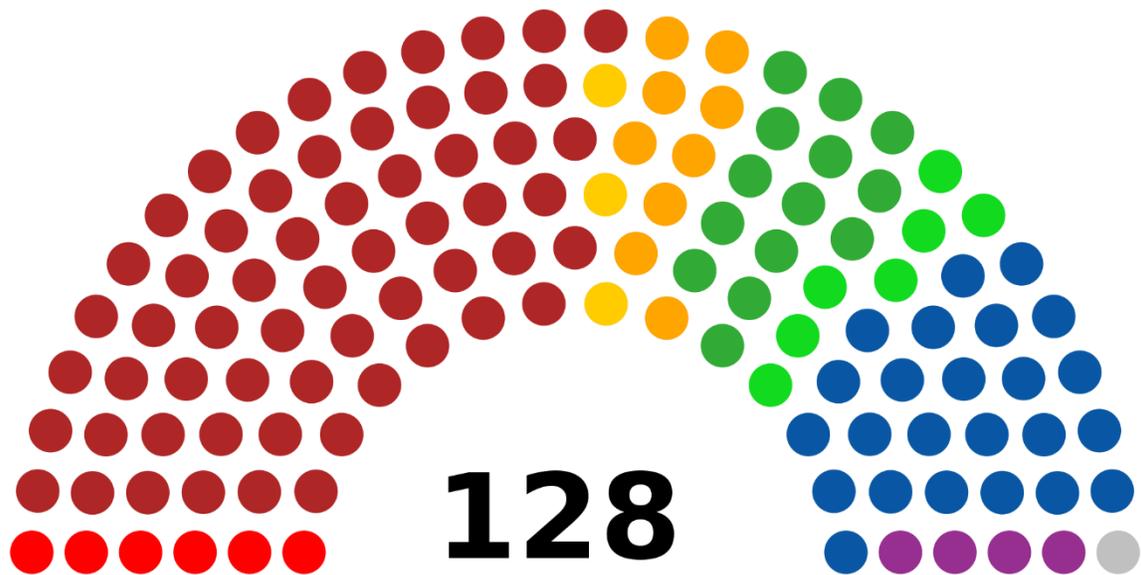
Mapa 2



Pues bien, aclarado este asunto, o variable, me interesa volver al cómo está integrado el Congreso de la Unión, el cual representa el primer filtro para cumplir con el proceso de reforma constitucional. Los resultados se muestran a continuación:

Gráfica 2

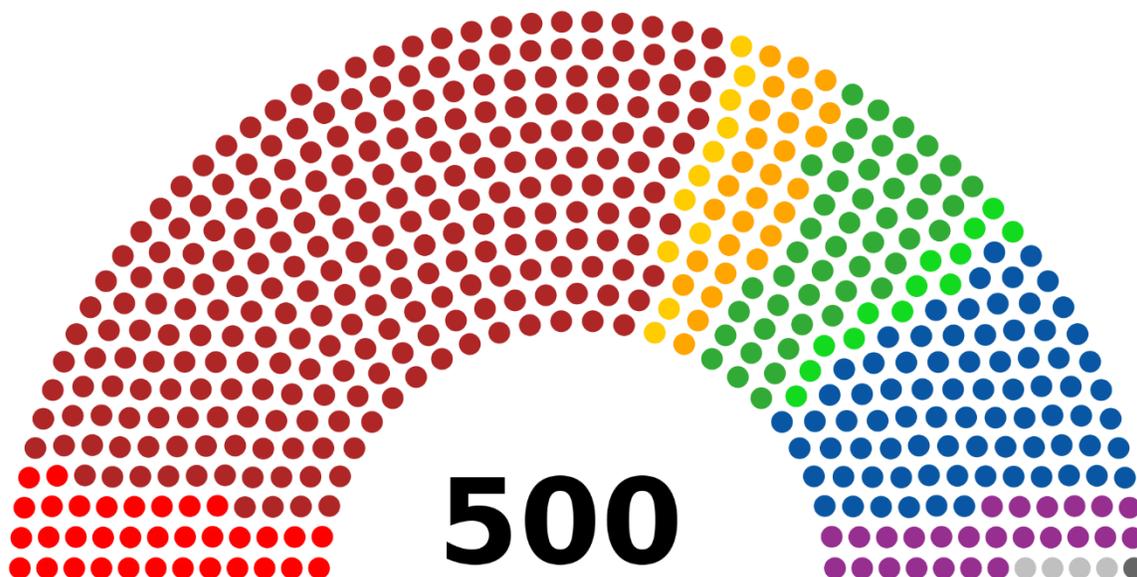
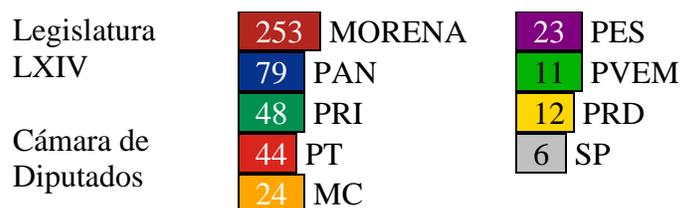
LXIV Legislatura Cámara de Senadores	61	Morena	6	PT
	25	PAN	4	PES
	13	PRI	4	PRD
	8	MC	1	SP
	7	PVEM		



Fuente: Senado de la República

Mientras, en la gráfica 3, se muestran los resultados para la Cámara de Diputados. Aquí, al igual que en la Cámara de Senadores, el partido que encabeza la actual administración federal, también obtiene mayoría.

Gráfica 3



Fuente: H. Cámara de Diputados

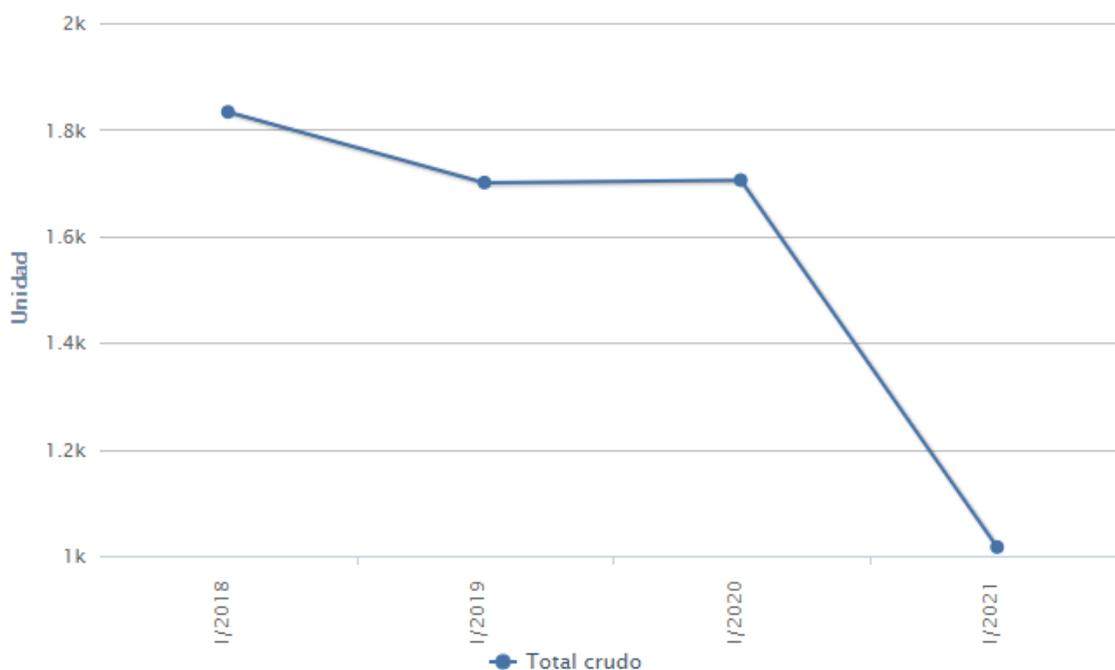
Por tanto, es un tanto entendible la inquietud que representa la latencia de una contrarreforma, pues el hecho de tener un Congreso a favor, facilita mucho la actividad del ejecutivo federal. A mi forma de ver las cosas, esto me recuerda a la sentencia de Rabasa: “[...] es bien sabido que una legislatura hace una ley en dos horas cuando en ello hay interés”.¹⁵³ Sin embargo, es importante reiterar que, para el proceso de reforma constitucional, se requiere de una mayoría calificada, como ya he señalado; algo que, por sí solo, el partido en el poder no logra, incluso sumando a sus aliados, por lo que necesita generar acuerdos (negociar) con las otras fuerzas políticas para dar el primer paso a una reforma constitucional —como fue con la reforma de la Guardia Nacional, en 2019— algo que, en el actual escenario político, se muestra muy poco probable, ya que la oposición (tal cual, según se dice, ocurrió en los tiempos de la

¹⁵³ Rabasa, E., *El derecho de la propiedad...* p. 153.

aprobación de la reforma energética en 2013)¹⁵⁴ se muestra inflexible a los cambios constitucionales que se pretenden desde Palacio Nacional, donde preside el actual ejecutivo federal. No obstante, igual de complicado era una contrarreforma en materia educativa, y, al final, terminó por aprobarse.

Ahora bien, en segundo lugar, a este punto, me parece que queda claro que la primera cuestión que se planteaba con la aprobación de la reforma energética de 2013 (aumentar la producción petrolera), no se ha cumplido. En la gráfica 4, queda asentado este hecho. Así como se mostró en la gráfica 1, a la entrada de la nueva administración pública federal, la caída en la producción siguió su curso.

Gráfica 4: Producción petrolera anual (mbd): 2018-2021



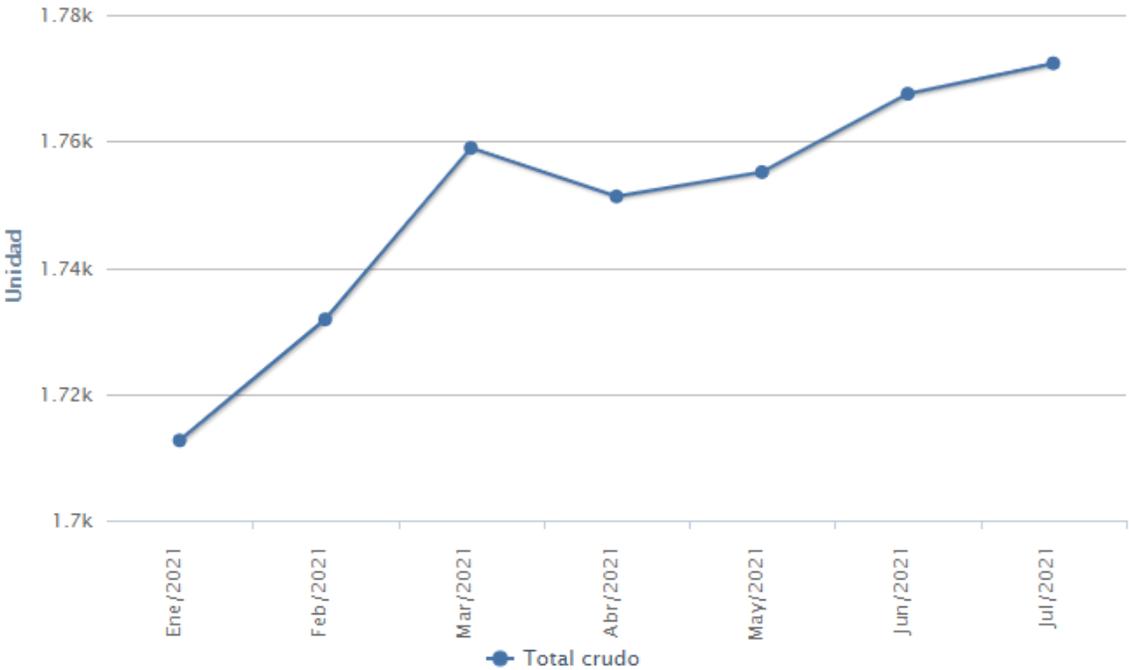
Fuente: Sistema de Información Energética (con información de Petróleos Mexicanos)

No obstante, como la misma gráfica muestra, de 2019 a 2020, por un lado, existió un ligero repunte en la producción; la gráfica 5, por otro lado, muestra cómo en los últimos meses se

¹⁵⁴ Del Tronco, J., *óp. cit.*, p. 102.

ha recuperado paulatinamente para llegar casi a los dos millones de barriles diarios. Parte de ello se debe gracias a la implementación de la postura nacionalista que postula la nueva administración pública federal, como ya he mencionado más arriba. Por tanto, es necesario aclarar exactamente en qué hay que poner un alto a la postura nacionalista. Esto no será otra cosa más que respetar las reglas de juego vigentes, por lo que, si bien, la postura nacionalista, al parecer, sí ha cumplido con la promesa de aumentar la producción petrolera después de poner en marcha su plan nacional, no debe obviarse que se han realizado algunos atropellos a la libre competencia, tal como ya he abordado líneas más arriba. Esto implica que la política de fortalecer a las empresas productoras del Estado, es, en realidad, un favoritismo que entorpece la competencia justa, y, por ende, violatoria de derechos de particulares.

Gráfica 5: Producción petrolera 2021



Fuente Sistema de Información Energética (SIE)

Por lo mismo, para hacer frente a este tipo de violaciones, recurrir a los medios de control constitucional es una acción imprescindible. Estos mismos los mencionaré a continuación.

4. Medios de control constitucional

Pues bien, los medios de control constitucional que contempla la legislación mexicana, son tres: el juicio de amparo (art. 103 y 107 constitucionales); controversia constitucional (art. 105, apartado A) y las acciones de inconstitucionalidad (art. 105, apartado B).

Ahora bien, no pretendo realizar un análisis a profundidad sobre estos medios de control constitucional, ya que citar el contenido normativo de la constitución me parece una empresa innecesaria en una disertación, si bien es necesario conocer el contenido estipulado en la legislación. Por tanto, a lo que me ceñaré aquí no radica en describir estos medios, sino en qué momento son clave para su promoción.

Por una parte, cuando hablé sobre la situación actual sobre la industria eléctrica, hice mención a cómo varios particulares han presentado juicios de amparo, esto con la finalidad de, en primer lugar, obtener una suspensión del acto de autoridad, y, con ello, impedir la ejecución de ciertos actos que consideran perjudican sus intereses; y, en segundo lugar, recurrir a la protección de la justicia federal, para que no se les impida realizar actividades que les permite la ley —como es aportar por las energías limpias.

Por otra parte, también señalé cómo, en ese mismo contexto, no solo existen intereses particulares, sino también de entidades gubernamentales, o bien, de ciertas entidades federativas, las cuales no recurren a un juicio de amparo, sino al mecanismo de la controversia constitucional, la cual es una instancia que se promueve cuando existen ciertos conflictos o invasión en la esfera competencial de una autoridad, ante otra. En este caso, de la administración pública federal con estas entidades.

Por último, respecto a lo que concierne a las acciones de inconstitucionalidad, esta es una medida constitucional que se promueve por una tercera parte de los legisladores (33%), cuando consideran que una ley aprobada por la mayoría contiene elementos incompatibles con la constitución, es decir, que son inconstitucionales. Por tanto, se solicita a la SCJN que revise el contenido normativo, y se pronuncie sobre su constitucionalidad.

Ahora bien, en el Capítulo I, hice mención respecto a la necesidad de fundar un derecho procesal energético, esto debido a que, por una parte, considero necesario reducir un poco la responsabilidad que tiene la SCJN. Si bien el juicio de amparo es un mecanismo que puede ser competencia de los tribunales federales, siendo la materia energética un asunto de interés

nacional, se espera que las decisiones importantes respecto a las controversias, sean atraídas por la Suprema Corte. Ante esto, considero relevante el hecho de que en México no hay tribunales especializados en materia energética, de manera que los asuntos en este rubro no son atendidos por tribunales especializados en el área, sino en otra, como son los tribunales administrativos de competencia económica. Por tanto, estos tribunales únicamente se pronuncian frente a cuestiones de su competencia; por lo cual, ante otras cuestiones relevantes, se dejan fuera de análisis. Por lo mismo, para tratar de llenar ese vacío, los asuntos terminan por llegar a la SCJN, sean ya por resolver un recurso de revisión o bien porque accione su facultad de atracción.

Además, y, por otra parte, el tema energético es un asunto de interés nacional, y muy controvertido, principalmente por los múltiples factores e intereses jurídicos alrededor. Por tanto, que las controversias le sean ajenas a la Suprema Corte, no parece ser una buena opción como para convertirse en una práctica común. La era del Estado constitucional necesita de un Tribunal Constitucional, y en México no se tiene. Bien la SCJN realiza ciertas acciones y se comporta como uno, pero, en estricto sentido, queda corto al seguir atendiendo asuntos de legalidad. Por lo mismo, en materia energética no solo son cuestiones que tienen que ver por razones de contrato, sino que también implican a terceros que pueden verse perjudicados, como ya mencioné en el Capítulo I. Esto provoca que la SCJN tenga que pronunciarse sobre temas muy delicados: el derecho a la consulta, el derecho al agua, al medio ambiente sano, pero también al derecho a la propiedad, de competencia económica, entre otros.

En fin, tales son los mecanismos de control constitucional que ofrece la legislación mexicana, y las razones por las cuales insisto en la necesidad de contemplar un derecho procesal energético. Más adelante analizaré lo que corresponde a la figura del arbitraje internacional, al revalorar ciertos casos en donde se han visto involucradas las empresas productivas del Estado.

CAPÍTULO III

MARCO JURÍDICO VIGENTE EN REGULACIÓN DE ENERGÍA ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES EN MATERIA ENERGÉTICA

1. Repaso histórico en regulación energética

Llegando a este punto, me parece es momento de tratar con cuestiones técnicas respecto a los hidrocarburos tanto en su parte jurídica como química, con el fin de dimensionar qué pueden significar para el derecho procesal constitucional. Por ende, para los efectos de esta disertación, comenzaré por tratar de definir el término petróleo, a efecto de precisar a qué me refiero con este término.

Como es costumbre, primero recurriré a la cuestión de la etimología. Aquí, la palabra petróleo, castellanizada del latín *petroleum* (de *petra*: piedra y *oleum*: aceite) significa: aceite de piedra. Por tanto, segundo, su definición sería más o menos así: el petróleo es un compuesto complejo de hidrocarburos, es decir, una combinación de carbono e hidrógeno exclusivamente, el cual, en ocasiones, puede contener, mezcladas, algunas impurezas como oxígeno, azufre y otros elementos químicos.

También, existen algunas variaciones, como los elementos químicos en el petróleo crudo. Con lo ya dicho, el petróleo es un compuesto de carbono e hidrógeno con ciertas mezclas oxigenadas y sulfuradas. Además de lo ya señalado, también se han encontrado huellas de compuestos de hierro, níquel, vanadio y otros metales.¹⁵⁵ Por ende, al analizar petróleos de procedencias diversas, se puede decir, de una manera general, que lo forman los siguientes elementos, como se muestra a continuación en la siguiente tabla 1:

¹⁵⁵ Petróleos Mexicanos (1966) “El Petróleo”: publicación editada por Pemex en 1966.

Tabla 1

Elemento	Porcentaje
Carbono	76% a 86%
Oxígeno	10% a 14%
Azufre	0.01% a 3%
Azoe	Menos de 0.05%

Fuente: Petróleos Mexicanos

Ahora bien, la industria petrolera clasifica el petróleo crudo según su lugar de origen (e.g. *West Texas Intermediate* o *Brent*) y también con base en su densidad o gravedad API (*American Petroleum Institute*) sea ya en: súper ligero, ligero, medio, pesado, o extra pesado.

Esta clasificación, a nivel internacional, se determina en los siguientes términos:

- Brent Blend, 38 API compuesto de quince crudos procedentes de campos de extracción en los sistemas Brent y Ninian de los campos del Mar del Norte, este crudo se almacena y carga en la terminal de las Islas Shetland.
- La producción de crudo de Europa, África y Oriente Medio sigue la tendencia marcada por los precios de este crudo.
- West Texas Intermediate (WTI) 39 API para el crudo estadounidense.
- Dubái se usa como referencia para la producción del crudo de la región Asia-Pacífico.
- Tapis (de Malasia), usado como referencia para el crudo ligero del Lejano Oriente.
- Arabia Ligero de Arabia Saudita, 40 API
- Bonny Ligero de Nigeria
- Fateh de Dubái 31, API
- Itsmo de México (no-OPEP)
- Minas de Indonesia
- Saharan Blend de Argelia
- Merey de Venezuela
- Tia Juana Light de Venezuela
- Maya (pesado) 21 API
- Itsmo (ligero) 33API
- Olmeca (súper ligero) 38 API

Por una parte, son miles los compuestos químicos que constituyen el petróleo, y, entre muchas otras propiedades, estos compuestos se diferencian por su volatilidad (dependiendo de la temperatura de ebullición). Las curvas de destilación TBP (del inglés *true boiling point*, es decir, *temperatura de ebullición real*) distinguen los diferentes tipos de petróleo y definen los rendimientos que se pueden obtener de los productos por separación directa.

Por otra parte, y, como ya he mencionado, la industria mundial de hidrocarburos líquidos clasifica el petróleo de acuerdo con su densidad API (parámetro internacional del *Instituto Americano del Petróleo*, que diferencia las calidades del crudo).

En la tabla 2, se puede advertir los diferentes tipos de petróleo en el mundo, de acuerdo con datos del Instituto Mexicano del Petróleo.

Tabla 2: tipos de petróleo

ACEITE CRUDO	DENSIDAD (g/cm ³)	DENSIDAD grados API
Extrapesado	>1.0	10.0
Pesado	1.0 – 0.92	10.0 – 22.3
Mediano	0.92 – 0.87	22.3 – 31.1
Ligero	0.87 – 0.83	31.1 – 39
Superligero	<0.83	> 39

Por último, otro dato relevante respecto al petróleo, es su clasificación en el tema de la exportación. En México, se preparan tres variedades de petróleo crudo:

1. Itsmo: ligero, con densidad de 33.6 grados API y 1.3% de azufre en peso.
2. Maya: pesado, con densidad de 22 grados API y 3.3% de azufre en peso.
3. Olmeca: superligero, con densidad de 39.3 grados API y 0.8% de azufre en peso.

Como ya he mencionado en los dos capítulos anteriores, la historia moderna de la explotación y extracción de hidrocarburos, en México, inicia con el siglo XX, durante el porfiriato, por medio de operaciones de diversas compañías extranjeras, las cuales extraían del subsuelo el preciado oro negro (1901). La evolución respecto de la regulación de esas actividades también ha estado asociada al riesgo del inversionista en las labores asociadas con el producto. La tecnología ha provenido de países occidentales, los cuales han aprovechado dichos avances, concurren a los sitios en donde se encuentran o localizan los mayores yacimientos del hidrocarburo.

Históricamente, en México, el marco regulatorio del petróleo es relativamente corto:

- Ley de Petróleo: 24 de diciembre de 1901.
- Ley Minera de los Estados Unidos Mexicanos: 23 de noviembre de 1909.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: 5 de febrero de 1917.

Asimismo, previo al evento de la expropiación petrolera, existen diversos momentos regulatorios manifestados principalmente por medio de decretos presidenciales y antecedentes legislativos, donde destacan, entre otros decretos:

- Acuerdo de fecha 20 de marzo de 1920.
- Acuerdo de fecha 10 de julio de 1923.

Respecto a los antecedentes legislativos, destacan:

- Proyecto de fecha 26 de abril de 1923 —relacionado con la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo.
- Ley Reglamentaria de fecha 26 de diciembre de 1925 —del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo,
- Ley de Expropiación: 23 de noviembre de 1936.

Las empresas que iniciaron los trabajos de explotación y extracción aprovechaban las ventajas de pagar bajos impuestos y reducidos salarios. De esa tensa relación surgió el

conflicto obrero-patronal que condujo a la nacionalización de la industria petrolera, en respuesta al desacato de las transnacionales al laudo emitido por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. Es así que mediante, un decreto expropiatorio, de fecha 18 de marzo de 1938, se declara la expropiación, por causa de utilidad pública, de los bienes muebles e inmuebles de dieciséis empresas que explotaban el hidrocarburo.¹⁵⁶

Una vez iniciada la explotación y extracción de hidrocarburos por medio del Estado mexicano, se crea el marco regulatorio que da sustento a dichas actividades, destacan entre otros los siguientes:

- Acuerdo de fecha 19 de marzo de 1938, que crea el Consejo Administrativo del Petróleo.
- Decreto de fecha 7 de junio de 1938, que crea la institución pública denominada Petróleos Mexicanos y la distribuidora de Petróleos Mexicanos, mismos que se fusionan con Pemex en el mes de agosto de 1940.
- Decreto de fecha 9 de agosto de 1940, que deroga los acuerdos que crearon la distribuidora de Petróleos Mexicanos y la Administración General del Petróleo Nacional y modifica el que creó la institución pública denominada Petróleos Mexicanos.

Como una necesidad a las actividades ahora llevadas a cabo por medio de esta empresa paraestatal —ahora empresa productora del Estado— destacan algunas leyes, las cuales fueron expedidas después de la expropiación, por causa de utilidad pública, de la industria petrolera, entre estas se encuentran:

1. Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo: 2 de mayo de 1941.
2. Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo: 27 de noviembre de 1958; así como sus reformas: 29 de diciembre de 1971.

¹⁵⁶ Fernández Ruiz, J. (2013) “Expropiaciones emblemáticas en México”, en *Los procedimientos administrativos expropiatorios. Tutela frente a las actuaciones de la Administración Pública*, Bosch: España pp. 745 y ss.

3. Reglamento de la Ley reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo: 16 de diciembre de 1941.
4. Reglamento de la Ley reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo: 14 de noviembre de 1950.
5. Reglamento de la Ley reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo: 24 de agosto de 1959.
6. Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, publicada el día 6 de febrero de 1971.
7. Reglamento de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, publicada el 10 de agosto de 1972.

Ahora bien, durante 1982, se reforma la constitución federal en sus artículos 25, 26 y 28 respecto de las atribuciones del Estado para la orientación de la economía nacional, en un régimen de economía mixta. Esto por algunas razones específicas; por ejemplo, con la finalidad de:

1. Fortalecer la industria petroquímica básica
2. Desregular el gas y la apertura para la distribución del mismo.

Por lo anterior, el 1 de mayo de 1995, se publica la reforma a la *Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en el Ramo del Petróleo*, para permitir el desarrollo de un marco regulatorio del gas natural.

Como he reiterado en múltiples ocasiones, la legislación energética, en México, ha tenido una evolución variada, cuyos “[...] aspectos técnicos jurídicos son muy importantes pero no pueden ser entendidos sino están atrás de ellos los conceptos políticos o geopolíticos. Sin ese contexto, el análisis se reduce a exponer una serie cambios jurídicos que no entenderíamos”.¹⁵⁷ Entonces, por una parte, ha presentado momentos históricos destacados, como la expropiación de la industria petrolera de 1938, que marcó un hito en la normativa energética nacional y la expropiación de la industria eléctrica en 1960; como dijo Meyer:

¹⁵⁷ Barlett, M. (2015) “Reforma energética”, en Cárdenas Gracia, J. (coord.) *Reforma Energética. Análisis y Consecuencias*, Tirant lo Blanch, Universidad Nacional Autónoma de México: México, p. 359.

[...] es el primer gran triunfo frente a Estados Unidos, es entonces el hacer de este triunfo un industria nacional que queda en manos de mexicanos para siempre y que se demuestre que México es capaz de administrarla, de tener éxito en su administración y usar esa renta petrolera para propósitos definidos por un Estado que se supone, es mucho suponer, pero en fin, que representa el interés de la mayoría de los mexicanos, esto no tiene precedentes en ese mundo de 1938.¹⁵⁸

En conjunto, se entiende que “con la Revolución, el petróleo para los ferrocarriles pasó a ser cosa de niños. El petróleo se va a explotar, se va a dedicar al resto del mundo”.¹⁵⁹ Por tanto, el éxito de México en la industria, se debieron a acciones concretas que eran prioritarias en su momento, pero que, con el paso de los años, se fueron abandonando, de tal suerte que el negocio del petróleo, en México, consistía en mera exportación de crudo, lo cual le obligaba a importar combustibles:

[...] porque nos decimos muy soberanos pero hoy por hoy importamos más del 50% en la gasolina no la estamos produciendo acá, nos decimos, claro nos decimos muy soberanos pero hoy por hoy importamos más del 34% del gas que tenemos aquí, que consumimos en nuestro país lo traemos del exterior, nos decimos muy soberanos e importamos más del 65% de la petroquímica básica secundaria [...]¹⁶⁰

Por tanto, la idea era sencilla: si nuestro país en los últimos años le ha sido imposible depender de importaciones, especialmente de Estados Unidos, abrir las puertas al sector privado es una buena opción para minimizarlas. Si se permite la inversión de la industria privada, entonces, no habrá necesidad de exportar para después importar, ya que otorgar contratos para la exploración y la explotación de los recursos del subsuelo, permitirá que los hidrocarburos sean tratados aquí mismo, y, por tanto, lo que se produce en el país, será consumido por los mismos ciudadanos. O al menos era eso lo que se pensaba.

¹⁵⁸ Meyer, L., *óp. cit.*, p. 388.

¹⁵⁹ *Ibidem.*, p. 383.

¹⁶⁰ Lavallo Maury, J. L. (2015) “Renta petrolera y destino de la renta petrolera”, en Cárdenas Gracia, J. (coord.) *Reforma Energética. Análisis y Consecuencias*, Tirant lo Blanch, Universidad Nacional Autónoma de México: México, p. 372.

Por esa razón, ahora por otra parte, es por la que menciono que se ha llegado a presentar un desfase entre la legislación, el contexto político-económico internacional y la inversión extranjera en ambas industrias, como ya señalé en el primer capítulo de esta disertación. Si bien, la importancia de la seguridad energética es una prioridad, el cómo afrontar ese problema es lo verdaderamente importante. Por tanto, tal acción conlleva, entre otras cosas, a una reestructuración de negocio, pero no a cambiar el modelo estatista a uno de competencia, sino a apostar por energías limpias, y dejar paulatinamente las fósiles. Caso que ha pasado, por ejemplo, con los Rockefeller y recientemente con la empresa estatal noruega (Equinor), los cuales han empezado a trazar una transición energética, de modo que sus inversiones no se destinan a la exploración, sino a la investigación para generar energías limpias.

Insisto, lo que llevó a plantear la necesidad de reformar la constitución en materia energética, no fue precisamente la transición energética, sino la intención de aumentar la producción petrolera de hace unos años, de manera que existe una cierta contradicción entre los principios rectores de la reforma energética, entre los cuales se encuentran:¹⁶¹

1. Los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación;
2. Libre competencia y competencia entre empresas del Estado y empresas privadas en igualdad de condiciones;
3. Maximizar los ingresos del Estado y el desarrollo de largo plazo del país;
4. Fortalecimiento de los órganos reguladores;
5. Transparencia y rendición de cuentas;
6. Sostenibilidad y protección al medio ambiente.

De esto se concluye, pues, que “[...] en el panorama internacional, los países están buscando la forma de reducir el consumo de combustibles fósiles y no de aumentarlo [...] el tema central no es cómo aumentar la producción sino como mantenerla o incluso reducirla”.¹⁶² Por

¹⁶¹ Acuña Zepeda, M. S. (marzo 28, 2017) “La reforma energética en México”: Conferencia dictada en la Barra Mexicana de Abogados, Capítulo Nuevo León.

¹⁶² Sheinbaum Pardo, C., *óp. cit.*, p. 104.

ende, nuevamente se presenta un desfase entre la legislación, el contexto político-económico internacional y la inversión extranjera en ambas industrias.

Esto mismo se refleja en la tabla 3, donde se destacan las bases constitucionales vigentes en materia de regulación energética, incluyendo los títulos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que tratan sobre la materia de análisis en este trabajo.

Mientras, en la tabla 4, se destacan las modificaciones derivadas de la publicación del Decreto de fecha 20 de diciembre de 2013.

Tabla 3: Marco constitucional vigente en regulación de energía

MARCO CONSTITUCIONAL VIGENTE EN MATERIA DE REGULACIÓN DE LA ENERGÍA

Titulo Primero	Titulo Tercero		Titulo Cuarto	Titulo Sexto	Titulo Séptimo
Capítulo I	Capítulo II		De las Responsabilidades de los Servidores Públicos, Particulares Vinculados con Faltas Administrativas Graves o Hechos de Corrupción, y Patrimonial del Estado.	Del Trabajo y la Previsión Social	Previsiones Generales
De los Derechos Humanos y sus Garantías	Del Poder Legislativo			Artículo	Artículo
Artículos	Sección III	Sección IV		123	134
2,4,25,27,28	De las Facultades del Congreso	De la Comisión Permanente		Artículos	
	Artículos	Artículo		108, 110, 113	
	73, 76	78	89, 90, 93		

Tabla 4: Modificaciones derivadas del decreto de fecha 20 de diciembre de 2013

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS						
Modificó						
Mediante decreto publicado en el DOF el 20 de diciembre de 2013						
Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos						
Artículo	Artículo				Artículo	
25	27				28	
ESTABLECIÓ						
Artículos Transitorios						
1	2	3	4	5	6	7
8	9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21

También, en la tabla 5, se advierten las distintas regulaciones en diversas materias, derivadas de la publicación del decreto de reforma energética de 2013. Destaca, para el análisis del presente trabajo de investigación, lo relativo a la *Ley de Hidrocarburos*, misma que es ley reglamentaria de los artículos 25, párrafo cuarto; 27, párrafo séptimo y 28, párrafo cuarto de la constitución federal, en materia de Hidrocarburos.

Tabla 5: Creación y armonización de leyes secundarias

REFORMA ENERGÉTICA				
CREACIÓN Y ARMONIZACIÓN DE LEYES SECUNDARIAS				
Publicadas en el DOF el 11 de agosto de 2014				
SIMBOLOGÍA		HIDROCARBUROS	PRESUPUESTO	AGENCIA NACIONAL DE SEGURIDAD INDUSTRIAL Y DE PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE DEL SECTOR HIDROCARBUROS
N	Leyes nuevas	N Ley de Hidrocarburos	A Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria Ley General de Deuda Pública	
A	Leyes Armonizadas	A Ley de Inversión Extranjera Ley Minera Ley de Asociaciones Público Privadas	REGULADORES Y LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL	
ELÉCTRICA			N Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética	A Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos
N	Ley de Industria Eléctrica		A Ley Orgánica de la Administración Pública Federal	
EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO			FISCAL	GEOTERMIA
N	Ley de Petróleos Mexicanos Ley de Comisión Federal de Electricidad		N Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos	N Ley de Energía Geotérmica
A	Ley Federal de las Entidades Paraestatales Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas		A Ley Federal de Derechos Ley de Coordinación Fiscal	A Ley de Aguas Nacionales
			LEY DEL FONDO MEXICANO DEL PETRÓLEO PARA LA ESTABILIZACIÓN Y EL DESARROLLO	
N			Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo	

En la tabla 6, se destacan los momentos anterior y posterior a la reforma energética, así como las fechas de los respectivos decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación.

Tabla 6: leyes secundarias vigentes en materia de regulación energética

LEYES SECUNDARIAS VIGENTES EN MATERIA DE REGULACIÓN DE ENERGÍA			
LEYES ANTERIORES A LA REFORMA ENERGETICA		LEYES POSTERIORES A LA REFORMA ENERGETICA	
LEY	PUBLICACIÓN EN EL DOF	LEY	PUBLICACIÓN EN EL DOF
Ley de Expropiación	DOF 25-11-1936	Ley de Transición Energética	DOF 24-12-2015
Ley que Declara Reservas Mineras Nacionales los Yacimientos de Uranio, Torio y las demás Substancias de las cuales se Obtengan Isótopos Hendibles que puedan Producir Energía Nuclear	DOF 26-01-1950	Ley de Vertimientos en las Zonas Marinas Mexicanas	DOF 17-01-2014
Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Nuclear	DOF 04-02-1985	Ley Federal de Competencia Económica	DOF 23-05-2014
Ley Minera	DOF 26-06-1992	Ley Federal de Zonas Económicas Especiales	DOF 01-06-2016
Ley de Energía para el Campo	DOF 30-12-2002	Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos	DOF 12-01-2016
Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas	DOF 21-05-2003		
Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos	DOF 01-02-2008		
Ley Federal de Responsabilidad Ambiental	DOF 07-06-2013		
Ley Federal de Consulta Popular	DOF 14-03-2014		

2. Cronología energética e implicaciones de la reforma energética de 2013

Partiendo de un ejercicio cronológico, respecto de las fechas más importantes en materia del derecho energético en nuestro país, salen a la luz los siguientes datos como los más trascendentes para ubicar el actual entorno en esta materia.¹⁶³

1. 1938: Expropiación Petrolera.
2. 1960: Cierre total (monopolio de Petróleos Mexicanos) a la inversión privada, nacional y extranjera. Nacionalización de la industria eléctrica.
3. 1990: Ciertas actividades en la industria energética abiertas a la participación privada.
4. 2008: Introducción de contratos de servicios, apertura a inversiones.

Cabe destacar que, de 2008, a la fecha, la inversión privada y pública se ha incrementado, pero la producción de hidrocarburos y sus derivados ha decaído. Ante esto, se vuelve imprescindible revisar algunos aspectos relevantes de la reforma energética instrumentada en el año 2008.¹⁶⁴

- Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 28 de noviembre de 2008.
- Resulta relevante la abrogación la *Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios* (de 1992) por la expedición de la *Ley de Petróleos Mexicanos*.
- En ella se incorporaron nuevas reglas de gobierno corporativo para PEMEX y sus organismos subsidiarios, de tal manera que se asimilaran a empresas del sector privado. El consejo de administración de PEMEX tenía como mandato de ley la «creación de valor económico, en beneficio de la sociedad mexicana».
- También, se estableció un marco regulatorio especializado para la contratación de adquisiciones, arrendamientos, obras y servicios que realicen estas entidades,

¹⁶³ Lujambio Irazábal, J. M. (2015, webinar, abril 15) “Doing business in Mexico. Oil and Gas Industry”.

¹⁶⁴ Hurtado Acosta, I. (2016, febrero 4) “Política energética y Regulación”: Conferencia dictada en la Barra Mexicana de Abogados, Capítulo Nuevo León.

atendiendo a sus funciones y actividad, aplicable a actividades sustantivas de carácter productivo.

En la actualidad, México ocupa el sexto lugar mundial en reservas de gas. La demanda nacional se ha incrementado. En el año 2013, el 30% del consumo de gas provino de carburante importado, por ende, la intención y alcance de dicha reforma es la de liberar el mercado energético con participación del Estado y regulación solo donde sea necesario. Por tanto, por una parte: ¿qué implicó dicha reforma constitucional?

- Redacción de veintiún artículos transitorios para guiar las reformas legislativas.
- Creación de nueve leyes, modificación de doce leyes existentes (agosto 12, 2015 inicio de vigencia)
- Nuevas regulaciones presidenciales (noviembre 1, 2015)

Por otra parte, ¿quiénes son los principales actores en la ejecución de dicha reforma constitucional?

1. La Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) participando en la regulación de: (a) contratos de servicios, (b) licencias, (c) contratos de producción y utilidad compartida, (d) regulación de esquemas de ganancias compartidas.
2. La Secretaría de Energía (SENER) participando en la creación de condiciones técnicas para la ejecución de la reforma constitucional.
3. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) participando en las actividades financieras relacionadas con dicha reforma.
4. El Fondo Mexicano del Petróleo.
5. El Banco de México.

Ahora bien, en lo referente a PEMEX, su situación actual es la siguiente:

- Petróleos Mexicanos (Pemex) fue creada como una empresa pública paraestatal petrolera, en 1938.

- El régimen constitucional vigente hasta diciembre de 2013 le permitía la explotación de los recursos energéticos (principalmente petróleo y gas natural) en territorio mexicano y en el extranjero.
- Además, era la encargada de administrar la exploración, explotación y ventas del petróleo.
- Fue la mayor compañía Latinoamericana y de México hasta mediados del 2009.
- Pemex tenía ventas superiores a los 106.000 millones USD al año.
- Como consecuencia de la reforma constitucional de 20 de diciembre de 2013, Pemex dejó de ser una empresa pública paraestatal para convertirse en una empresa productiva del Estado (artículo 25 constitucional).

Es sabido que Pemex desde el año de 1993 invertía en un *joint venture* con la trasnacional petrolera Shell en la refinería *Deer Park Refining, Limited Partnership*, ubicada en el estado de Texas, y esta fue adquirida en su totalidad en 2021, como ya se explicó en el Capítulo II. No obstante, cuando PEMEX era copropietaria, por medio de la figura del *joint venture* internacional:

[...] esta figura atiende simplemente al ámbito de aplicación o ejecución de la empresa conjunta. Basta que uno de los *venturers* sea extranjero —lo cual dependerá del lugar en el que se esté implementando el *joint venture*— para que el *joint venture* adquiera carácter internacional [...] ¹⁶⁵

También es conocido que las seis refinerías administradas por PEMEX en nuestro país se encuentran al tope de su operación. Sin embargo, como ya se expuso en el capítulo anterior, la presente administración pública federal ha optado por desarrollar un plan que rehabilite estas refinerías, de modo que puedan aumentar su capacidad de refinamiento y demás actividades. Además, se espera aumentar aún más sus operaciones una vez esté finalizada la refinería de Dos Bocas, en Tabasco.

¹⁶⁵ Vega Carrillo, R. (2007) *Las ventajas fiscales del joint venture*, Escuela Libre de Derecho de Sinaloa: México, p. 49.

A manera de ejemplo, Pemex como copropietaria de la refinería *Deer Park* llegó a pagar a esta aproximadamente \$12,290,000,000 millones de dólares por concepto de las importaciones de gasolina hechas por PEMEX en los años de 1993 a 2012.¹⁶⁶

En materia de gas natural las cifras son particularmente interesantes:

- La demanda de gas en nuestro país crecerá a un ritmo de 3.8% anual durante los próximos catorce años (particularmente para la generación de electricidad a través de los Ciclos Combinados localizados en diferentes partes del país).
- Pemex Gas y Petroquímica Básica (PGPB) sigue dominando el mercado.
- Alertas críticas en 2011 al 2013 por problemas de suministro en el Noreste y Oeste de México.
- Dichas alertas fueron cubiertas importando gas natural a través del puerto de Manzanillo.
- El Centro Nacional de Control de Gas Natural (en lo sucesivo “CENAGAS”), creado en septiembre de 2014, será el operador de la red sistemática de gas en México.
- CENAGAS asumirá la administración de los ductos y contratos de Pemex (PGPB).
- Para el año 2018 se espera la ejecución de dieciocho nuevos proyectos, totalizando 10,000 kilómetros de ductos.

Por último, no quiero pasar por inadvertidos los tratados internacionales firmados y ratificados por México, en materia energética, entre los más importantes, se encuentran:

- Convención sobre la Plataforma Continental.
- Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.
- Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos, 1990 (Protocolos y enmiendas).
- Acuerdo entre México y los Estados Unidos relativo a los Yacimientos Transfronterizos de Hidrocarburos en el Golfo de México (adopta sistema de

¹⁶⁶ Redacción (2014, enero 1) “Pemex paga 12 mil 290 mdd por gasolina a refinería de Texas”, en *El Universal*.

unificación de yacimientos) —probado por el Senado— abril de 2012 (y tratados previos), asimismo, —se expide el Decreto por el cual se promulga el Acuerdo y es publicado en el Diario Oficial de la Federación, con fecha de 18 de julio de 2014.

- Protocolo de Kioto.
- Convención Marco de las Naciones Unidas Sobre el Cambio Climático, de 1992.

3. Algunos conflictos procesales del ahora

Ahora bien, ¿cómo estaba México en el pasado inmediato, en materia de aprovechamiento de hidrocarburos en México? Pretender encontrar una respuesta a esta pregunta inevitablemente lleva a la construcción teórica de la observación de la reforma energética en materia de hidrocarburos como un fenómeno jurídico.

Hablar de los hidrocarburos, en México, por tanto, es un tema que por muchos años formó parte del nacionalismo evocado con la expropiación de la industria petrolera en 1938, en ese entonces. Dicho nacionalismo continuó manifestándose en nuestros días según se advierte de las encuestas aplicadas en el mes de junio de 2013, dos meses antes del 12 de agosto, cuando el ejecutivo federal, de aquél entonces, hizo pública su propuesta; una iniciativa de reforma constitucional para modificar los artículos 27 y 28 de la constitución federal, y dar así pie a configurar su reforma energética¹⁶⁷.

Conforme a los resultados de la encuesta del Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE): 65% de los mexicanos se opuso a tal medida, por lo que “el baluarte del nacionalismo mexicano sigue siendo la energía, en particular el petróleo: 47% está en contra de permitir la inversión extranjera en el sector eléctrico y 65% en el petróleo”.¹⁶⁸ No obstante estos resultados, llama la atención el contraste que se mostró en las calles, donde no existió gran movilización, como se había presentado anteriormente en otros asuntos de gran importancia, en pasado reciente.

Ahora bien, ¿en dónde estamos hoy en materia de regulación energética del sector hidrocarburos, en México? La reforma constitucional en materia energética es el cambio más significativo que se ha realizado al sector energético mexicano en más de cincuenta años. El

¹⁶⁷ Vera, R. (2013) “Rechazo Popular”, en *Proceso*, pp. 9 y ss.

¹⁶⁸ CIDE (2012-2013) “Américas y el Mundo”.

nuevo modelo energético mexicano se sustenta en tres ejes principales (a) regulación firme y autónoma, (b) transparencia y rendición de cuentas y (c) sustentabilidad y visión a futuro. En materia de hidrocarburos, destaca que:

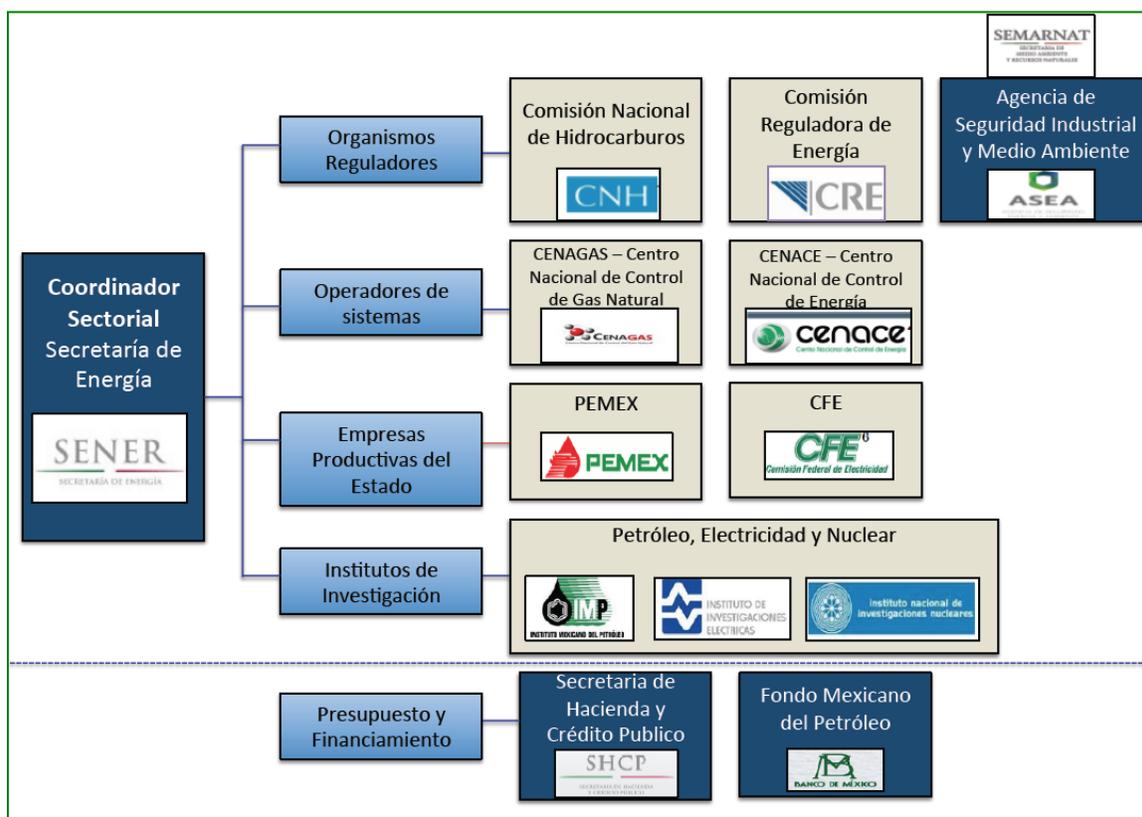
1. Mantiene la propiedad originaria de la Nación.
2. Permite la concurrencia en el sector.
3. Fortalece el contenido nacional.
4. Amplía las opciones para los consumidores.

Pretendiendo de lo anterior, significa generar más competencia para aumentar la producción. Por lo mismo, dicha reforma constitucional se concentró en los artículos 26, 27 y 28 de la constitución federal, utilizando una técnica legislativa que se cataloga de innovadora, pues se introdujo, a la par de dicha reforma constitucional, un marco jurídico basado en 21 artículos transitorios —cuyos propósitos ya han sido expuestos en el capítulo que antecede. Evidentemente, dicha reforma implicó crear legislación secundaria nueva (9), así como reformar algunas actuales (12). Sin embargo, estos cambios legislativos han provocado algunas problemáticas procesales.

Pondré un ejemplo. En su parte conducente, el artículo 28 de la constitución federal, se contempla la regulación en materia energética, de la cual se encargan los órganos reguladores en nuestro país (la CNH y CRE). De tal acción se establece una legislación secundaria, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 14 de agosto de 2014, con el cual se expide la *Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética*.

En la figura 1 a continuación se destaca la organización institucional que actualmente prevalece en el sector energético mexicano.

Figura 1. Marco institucional del Sector Energético Mexicano¹⁶⁹



En la primera línea de dicho esquema se advierte el papel preponderante de los órganos reguladores en materia de hidrocarburos, y, con ello, se prospectan dos casos de posible colisión procesal en la interpretación de los artículos relacionados con su operación.

Primero, la interpretación como elemento de colisión de intereses jurídicos en la aplicación de los criterios de regulación de la *Ley de Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética* y la *Ley de Hidrocarburos*, en sus artículos 27 y 51 respectivamente.

Entonces, para el primer caso de prospección, se da por el artículo 27 de la *Ley de Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética*. Papel preponderante destaca a la CRE, la CNH y la ASEA respectivamente y a esta última como órgano vinculado a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT). Por tanto, a manera de prospección

¹⁶⁹ Tunstall, T., et. al. (2015) *Economic Impact and Legal Analysis of the Shale Oil and Gas Activities in Mexico*, University of Texas at San Antonio, Universidad Autónoma de Nuevo León: México.

(pros y contras) se destacan los riesgos respecto de las tareas encomendadas a la CNH y a la CRE en materia de regulación de hidrocarburos.

- Una de las fallas que podría presentarse sería la regulación excesiva y que esta entorpeciera la obtención de permisos y autorizaciones. Tendría que buscarse la implementación efectiva de la normatividad sin saturar al operador petrolero.
- Existe la posibilidad de excederse en el uso de sus facultades respecto al tiempo de resolución y las formas debido a la limitada oportunidad y medios de defensa que señala el artículo 27 de la *Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética*, al establecer que los actos u omisiones de los órganos reguladores coordinados en materia energética solo podrán ser impugnados mediante amparo indirecto, y que, además, no serán objeto de suspensión y que tampoco podrán alegarse daños o perjuicios en la esfera económica, entre otros.
- Si bien, no puede negarse que el legislador hizo muy bien en dotarle de más autonomía técnica y operativa a los órganos reguladores coordinados en materia de energía, así como de seguridad presupuestal, también hay que mencionar que se les ha dotado con demasiadas obligaciones y facultades que pudieran repercutir en ambos órganos. Pues, de manera general, ambos se encargarán de la regulación y de la supervisión de los contratos de exploración y extracción de hidrocarburos, prestar asesoría técnica, realizar licitaciones, otorgar permisos, adjudicar y suscribir contratos, así como administrarlos y supervisarlos.
- Si bien, la CRE tiene un enfoque en el sector eléctrico, también tiene gran injerencia en el sector de hidrocarburos, por lo que será un gran reto para ambos órganos el poder cumplir con todas las facultades otorgadas, sobre todo, en las conferencias otorgadas por universidades (entre ellas, la UANL) se ha hecho de manifiesto de falta de mano de obra, debido a la gran carga de trabajo que se tiene, entonces no es de dudar que estos dos organismos se saturen en actividades.

Segundo caso de prospección, se da por el artículo 51 de la *Ley de Hidrocarburos*. A manera de prospección (pros y contras) se destacan los posibles riesgos que enfrentarían los

operadores petroleros respecto de la colisión de intereses jurídicos en la interpretación de la ASEA y la CRE respecto de un permiso.

- Al detectar la ASEA que no se cumplen con las condiciones adecuadas para la realización de las actividades objeto del permiso, que se presenta un riesgo en materia de seguridad industrial, operativa o daño al medio ambiente, llevará a suspender actividades, lo cual generaría un costo alto para el operador petrolero, debiendo dar aviso a la CRE quien fue la autoridad que emitió el permiso, pudiendo interponer un recurso de revisión contra dicha determinación.
- Conforme a la *Ley de Órganos Reguladores Coordinados en Materia de Energía* la CRE emite sus actos y resoluciones con autonomía técnica, operativa y de gestión.
- Por lo que las resoluciones de la ASEA son más de observancia, que de obligatoriedad; por otra parte, es la misma CRE quien emite el permiso.
- Por otra parte, en la misma ley de los órganos, se emiten que la CRE tiene la siguiente facultad: (a) vigilar el cumplimiento de la regulación y disposiciones administrativas; (b) solicitar a los sujetos regulados información, así como ordenar y realizar visitas de verificación, inspección o supervisión. Para ello, emitirán resoluciones, acuerdos y demás actos administrativos necesarios para el cumplimiento de sus funciones e impondrán sanciones económicas y no económicas; esto último es lo realmente interesante.
- Al tener la ASEA, la facultad de interpretar el artículo 51 de la *Ley de Hidrocarburos*, podría darse el supuesto que los órganos reguladores (CNH o CRE), concedan un permiso, y la ASEA, emita una opinión contraria, en el sentido de que bajo su criterio, ese asignatario o contratista, ha incumplido determinada regulación, de modo que habría resoluciones contradictorias que podrían generar una incertidumbre jurídica, incluso, partiendo de la base de que conforme al artículo 27 de la *Ley de los Órganos Reguladores* (CRE y CNH), las resoluciones de estos, solo son impugnables por medio de juicio de amparo indirecto, mientras que las de la ASEA, de conformidad con el artículo 24 de la ley de la ASEA, las resoluciones de esta, serán impugnables, a elección del agraviado, ya sea mediante el recurso de revisión conforme a la *Ley Federal de Procedimiento Administrativo*, o mediante el juicio de nulidad, conforme

a la *Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo*, es decir, las resoluciones jurisdiccionales de los órganos reguladores, será dirimida por el poder judicial federal, mientras que las de la ASEA, lo serán por Tribunales administrativos del poder ejecutivo, que más allá del poder al que pertenezcan, podrán coexistir ambas resoluciones, lo que, desde luego, podría llegar al absurdo que dada su contrariedad, el proyecto objeto del contrato o asignación, no se lleve a cabo.

4. Retos técnicos jurídicos procesales con el *fracking* y *shale* gas

Ahora bien, un ejemplo *in situ* de colisión de intereses jurídicos, respecto de la aplicación de la reforma energética en materia de órganos reguladores coordinados: la extracción de *shale* gas (lo cual he tratado a profundidad en otra parte)¹⁷⁰ y el impacto del uso y disponibilidad del agua en las operaciones de extracción de gas de lutita en la región noreste de México.

Como segundo antecedente, es necesario mencionar que la CNH aprobó la segunda convocatoria, de la ronda dos, de licitaciones de hidrocarburos en campos terrestres (publicada en el DOF el 24 de agosto de 2016, Segunda Convocatoria CNH-R02-C02/2016), de las 12 áreas contractuales, 9 bloques están ubicados en las áreas petroleras de la Cuenca de Burgos, en Nuevo León y Tamaulipas. Dichas áreas de exploración y extracción cuentan con gas húmedo y seco en la Cuenca de Burgos. Además, se han identificado reservas de aceite y gas contenidos en lutitas en los estados de Coahuila, Nuevo León, Tamaulipas, San Luis Potosí, Querétaro, Veracruz, Hidalgo, Puebla, Oaxaca, Tabasco y Chiapas.

Asimismo, en fecha 2 de marzo de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Tercera Convocatoria número CNH-R03-C03/2018, para el Proceso de Licitación Pública Internacional CNH-R03-L03/2018, respecto de la Ronda 3. Dicha convocatoria comprende, áreas terrestres convencionales y no convencionales; lo anterior respecto de los contratos de licencia para la exploración y extracción de hidrocarburos.

¹⁷⁰ López Castañeda, O. A. (2016, enero-junio) “Trascendencia de la Guía de Criterios Ambientales para la exploración y extracción de hidrocarburos contenidos en lutitas, publicada por la SEMARNAT”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, a. 10, n. 19, 2ª Época, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica: Monterrey, México.

La tercera convocatoria está integrada por 9 áreas contractuales bajo la modalidad de contrato tipo licencia, con una superficie aproximada de 300 km², las cuales se ubican al norte del Estado de Tamaulipas. Estas áreas se encuentran en la Provincia de Burgos, con potencial exploratorio en los *plays* identificados como no convencionales del Jurásico Superior y Cretácico Superior.

La *Energy Information Administration* (EIA) del gobierno estadounidense publicó, en el año 2013, su estimación (para México) de recursos técnicamente recuperables en 545 billones de pies cúbicos de gas y 13 billones de barriles de aceite contenido en lutitas. Dicha estimación sitúa a nuestro país entre el sexto y octavo con reservas probables para este tipo de hidrocarburos en el mundo.

La técnica de *fracking* para extraer *shale* gas (roca denominada esquisto o lutita), como ya he comentado en otra ocasión, es una técnica desarrollada en Estados Unidos de Norteamérica a mediados del siglo XX, con el propósito de mejorar el caudal de los pozos de muy baja productividad. Dicha técnica requiere del uso masivo de fluidos de fracturamiento, siendo los más comunes los fluidos en base de agua, base de aceite, las emulsiones y los sistemas espumados. A nivel mundial, el agua es comúnmente utilizada como el componente principal del fluido de fracturamiento, por su bajo costo, fácil manejo y excelentes propiedades. Pero, además, no hay que olvidar que el agua actualmente constituye un derecho humano, de manera que el *fracking* en México representa un reto de derecho procesal energético, al colisionar directamente con un derecho fundamental y más aún, cuando esta técnica de perforación se planea desarrollarse en los estados al norte del país, en donde se tienen problemas con el vital líquido; esto lo trataré poco más adelante. Por ahora, quiero retomar el punto técnico de lo que es el *fracking*.

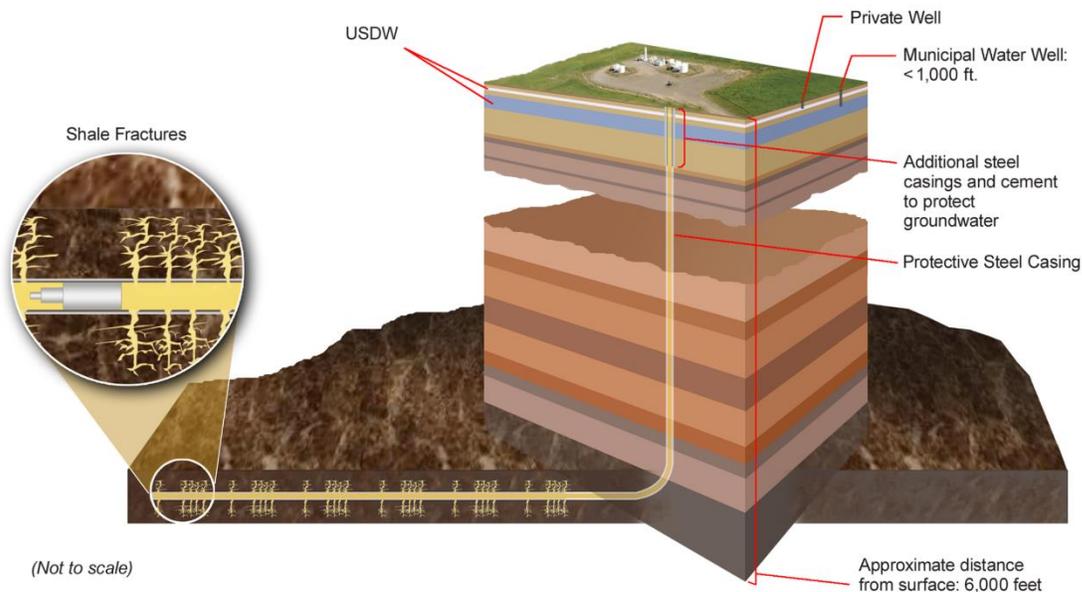
Para ese efecto, es necesario analizar un documento esencial, el cual fue publicado el pasado mes de marzo de 2015, por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), mediante su Dirección General de Energía y Actividades Extractivas, la cual publicó la primera edición de la *Guía de Criterios Ambientales para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos contenidos en Lutitas*.

Curiosamente, la publicación de este documento se produjo justo antes de que la nueva Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, también conocida como Agencia de Seguridad, Energía y Ambiente (ASEA),

asumiera plenamente sus competencias; sería bueno analizar esta curiosidad, pero por cuestiones de espacio y temática, tendré que dejarlo para otra ocasión. Pues bien, en la *Guía de Criterios Ambientales para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos contenidos en Lutitas*, se sistematizan obligaciones ambientales establecidas en leyes, reglamentos y normas oficiales mexicanas relacionadas, y se emiten recomendaciones como resultado del análisis y discusión de un grupo de trabajo conformado por especialistas de diferentes ámbitos en los sectores de la energía y el medio ambiente.

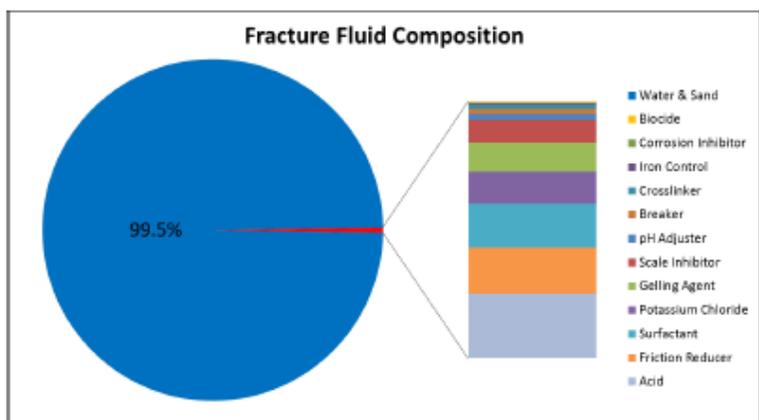
Como es sabido, en la etapa de perforación para la exploración y extracción de hidrocarburos asociados a lutitas, se llevan a cabo tres actividades fundamentales: la perforación vertical, la perforación horizontal y la fracturación hidráulica (*fracking*). Si bien esta técnica aún se encuentra en perfeccionamiento, hace poco menos de una década, tuvo sus avances más considerables, dando lugar a una auténtica revolución en la producción de hidrocarburos, fundamentalmente en los Estados Unidos, como ya se mencionó. Los desarrollos actuales se centran en la consecución de pozos mucho más largos en su sección horizontal (de secciones originalmente de 100 metros de longitud a más de 4 kilómetros), lo cual permite maximizar la eficiencia en la producción de aceite y gas natural.

Figura 2. Fracturación hidráulica y perforación horizontal



El agua es comúnmente utilizada como el componente principal del fluido para la fracturación de la roca, por su bajo costo, fácil manejo y excelentes propiedades. A manera de ejemplo, la perforación de un solo pozo utilizando las técnicas de *fracking* puede demandar la utilización masiva de entre 9 y 29 millones de litros (29 mil metros cúbicos) de agua, en función de la profundidad, extensión y permeabilidad del yacimiento. Por ello, como parte de los estudios básicos de sus proyectos, los operadores petroleros en México deberán definir la fuente que suministrará el agua, consultando la disponibilidad del recurso en las cuencas o acuíferos, determinada y publicada por la Comisión Nacional del Agua (CONAGUA). En caso de que la disponibilidad sea nula o insuficiente, los operadores podrán optar por la adquisición de derechos, el uso de agua residual o la importación de agua desde cuencas o acuíferos circunvecinos.

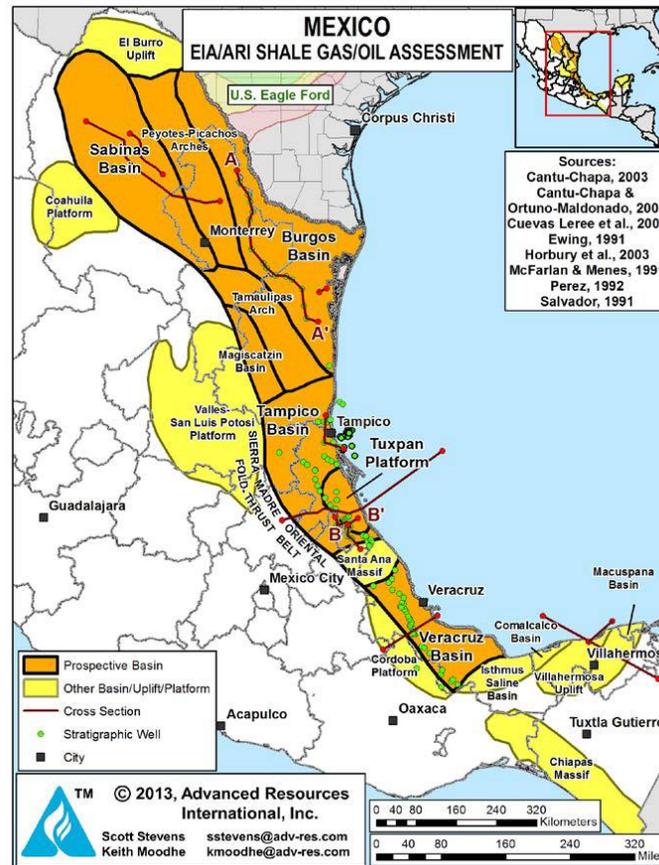
Figura 3. Composición del fluido de fracturación



Entre otras zonas de México, en la región noreste, la cual comprende los estados de Coahuila, Nuevo León y Tamaulipas, se han identificado importantes reservas de aceite y gas contenidos en lutitas, que suelen encontrarse en el subsuelo a profundidades de entre mil y cinco mil metros. De acuerdo al Sistema Nacional de Información del Agua (SINA), la cuenca hidrológica del Río Bravo, que comprende dichos estados, es de las cuencas con menor disponibilidad del recurso hídrico. En esta región hidrológico-administrativa se tienen identificados 102 acuíferos, de los cuales 18 se identifican como sobreexplotados y 8 se encuentran bajo el fenómeno de salinización de suelos y aguas subterráneas salobres. Y es que en esta zona del país el clima es predominantemente seco, con una temperatura media de

20° C, y la precipitación pluvial es escasa e irregular, registrándose una media anual de 480 mm. (38% menor que la precipitación media anual nacional).

Figura 4. Prospección de recursos de *shale* gas en México



La SEMARNAT señala en la *Guía* que, para determinar la existencia de acuíferos no identificados por la CONAGUA, los operadores petroleros pueden realizar exploración geofísica 3D, realizar registros geofísicos de pozos y caracterizar el subsuelo desde la superficie hasta la profundidad total de la perforación, para conocer la estratigrafía, la litología y la estructura geológica. La exploración geofísica permitirá definir el grado de fracturación natural de las formaciones comprendidas entre los estratos de lutita y los acuíferos. A fin de evitar controversias con la autoridad, la SEMARNAT recomienda proporcionar los resultados de la exploración geofísica a la CONAGUA para identificar los acuíferos y los posibles riesgos de afectación o, en su caso, la posibilidad de explotación de

los mismos para la actividad. Inclusive, en el documento se recomienda que los operadores petroleros soliciten a la CONAGUA que los datos obtenidos en la exploración y en la perforación exploratoria sean interpretados conjuntamente por personal especializado del proyecto y de la CONAGUA.

La SEMARNAT indica a los operadores petroleros que lleven a cabo actividades precautorias para definir el *estado base* de los aspectos hídricos, entre otras: (a) levantar el censo de los pozos, describiendo sus características constructivas y régimen de operación, así como los cuerpos y corrientes de agua existentes en la zona, recabando datos conforme lo determine la CONAGUA; (b) determinar, mediante ensayos de laboratorio, las características físico-químicas del agua, y (c) construir e instrumentar pozos de monitoreo de agua con las características que fije la CONAGUA.

En caso de que los resultados del programa de exploración de los operadores petroleros revelen la existencia de acuíferos, deberán caracterizar la calidad del agua dentro de la profundidad total programada. La CONAGUA definirá si se trata de fuentes de agua apta para otros usos o si puede ser captada para alimentar a los pozos de extracción de hidrocarburos contenidos en lutitas.

Para la etapa de fracturación del pozo, una vez obtenida la autorización en materia ambiental y, en su caso, el cambio de uso de suelo forestal, y habiéndose comprobado la disponibilidad del agua, los operadores petroleros deberán solicitar a la CONAGUA las concesiones sobre los volúmenes de agua subterránea o superficial requeridos para la fracturación y demás usos inherentes a la extracción de hidrocarburos, así como los permisos para la construcción de infraestructura hidráulica como los pozos necesarios para suministrar el agua.

La SEMARNAT recomienda que el agua residual de la fracturación no se descargue en cuerpos receptores, aun cuando haya sido tratada. La disposición que se le dé tendrá que ser la reutilización para la estimulación de pozos de extracción o, en su caso, el depósito en pozos de inyección o en formaciones geológicamente estables, de acuerdo a la normatividad aplicable. La autoridad recomienda que el 90% del fluido de retorno se recicle en el proceso y se reutilice para fracturación.

Asimismo, la SEMARNAT señala, en el mismo documento, que es conveniente que los operadores mantengan un monitoreo de los pozos de inyección, así como de la calidad del

agua de los acuíferos circundantes, cada año y hasta por un periodo de 10 años posterior al cierre y abandono del proyecto. Y no se debe ignorar que la fracturación hidráulica presenta riesgos adicionales advertidos por los científicos, por ejemplo, en materia de venteo de metano e impactos diversos a las comunidades vecinas.

La extensión geológica de la cuenca de Eagle Ford hacia México, en particular en su zona de influencia en la zona noreste que comprende los estados de Nuevo León, Coahuila y Tamaulipas, permite abrir un amplio abanico de posibilidades técnico-jurídicas para desarrollar campos de extracción en esta zona del país. Además de lo anterior, la innegable experiencia de los operadores petroleros que contribuyeron con el *shale boom*, en la cuenca de Eagle Ford, abre la posibilidad de que inviertan en campos no convencionales para la extracción de hidrocarburos provenientes de lutitas. Sin embargo, como lo señala Bueno:

Las compañías estadounidenses [...] son las primeras en reconocer el clima regulatorio favorable que existe en Texas, en contraste con otros estados [...] Texas tiene décadas regulando la extracción de petróleo y gas y recientemente ha ido creando regulaciones específicas aplicables a la extracción de hidrocarburos provenientes de campos de lutitas [...] El *shale boom* se ha desarrollado con la colaboración estrecha de industria y reguladores, quienes comprenden la operación y las condiciones que requiere el proceso [...] Por su parte, México cuenta sin duda con recursos atractivos en sus yacimientos, que lo sitúan entre el cuarto y el sexto lugar en el mundo en términos de reservas de petróleo y gas de lutitas.¹⁷¹

Sin embargo, la participación activa de los órganos reguladores, en Texas, ha propiciado que los operadores petroleros actúen conforme a las normas, especificaciones técnicas y regulaciones acordadas por los diferentes actores de la industria. Las diferencias entre los sistemas jurídicos de ambos países, representa un reto adicional a los técnicamente ya identificados, tales como: (a) una base de datos confiable en materia de geología y formaciones rocosas; (b) disponibilidad del agua como recurso hídrico para las operaciones extractivas. A manera de ejemplo, destaco la observación de Bueno respecto de dichas diferencias:

¹⁷¹ Bueno, A. “Los Retos de la Inclusión de Recursos no Convencionales en la Ronda Uno”, en: *Boletín Mexican Energy Law*, no. 5, abril 2016, Cacheaux, Cavazos & Newton, LLP.

[...] es la enorme diferencia jurídica entre Estados Unidos y México donde, en el primero, los particulares son por lo general los dueños de los derechos minerales y de superficie, mientras que en México siempre se tendrá que tratar al menos con dos actores: el Estado mexicano respecto a los derechos minerales, y los dueños de las superficies. Esta diferencia impacta la operación en gran medida. En Estados Unidos el proceso inicia comprobando con el regulador (en el caso de Texas, la *Railroad Commission*) que existe un contrato válido para operar, también conocido como el *lease*, entre el dueño de los derechos minerales y el operador. Es entonces cuando se otorgan los permisos correspondientes e inicia la perforación y fracturación, lo que hoy en día puede tener una duración menor a los 55 días (es importante notar que un permiso será requerido por cada pozo a perforar). En México, sabemos que el proceso inicia con la licitación de el o los bloques y la subsecuente firma del CEE, que implicará a su vez la aprobación por la CNH del programa mínimo de trabajo y del plan de desarrollo; y posteriormente sigue la negociación para la ocupación superficial que requiera la operación. Dado que la actividad extractiva tendrá prioridad por ser de utilidad pública, los operadores terminarán trabajando en los bloques asignados mediante la celebración de un contrato con los dueños de los derechos de superficie o, en caso de no llegar a un acuerdo entre las partes, mediante resolución judicial o administrativa. Aun si no se presentaran complicaciones en la ocupación de las superficies, sin duda estas diferencias implicarán al menos una buena dosis de adaptación de las prácticas a las que está acostumbrada la industria en los Estados Unidos.¹⁷²

En algunos municipios de Nuevo León, concretamente en los municipios de Hidalgo y Mina, grupos de ciudadanos se están organizando para un frente común en contra de las actividades del fracking (fracturación hidráulica). La intención de estos grupos es sumar otros 24 municipios del estado de Nuevo León que se ubican en las cuencas de Burgos y Sabinas-Piedras Negras, contempladas por la Comisión Nacional de Hidrocarburos para extraer gas.

Si se reconoce a nivel constitucional el derecho humano de acceso al agua, es indispensable que, si no se observa, los afectados se movilicen socialmente para exigir del gobierno su responsabilidad de proveer de agua potable y saneamiento (aunque haya privatización en servicios públicos).

El derecho al agua se considera como un derecho fundamental según diversos tratados internacionales de derechos humanos, como ya mencioné poco más arriba. Por lo que respecta a nuestra constitución, está previsto en el artículo 4, párrafo sexto —a partir del 8 de febrero de 2012.

¹⁷² *Ídem.*

En el foro jurídico se acepta el hecho de que los sistemas jurídicos no contienen del todo una tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales que trascienden a la persona, que corresponden a todo un grupo social o colectividad, y que resultan afectados por autoridades de la administración pública y particulares en cuanto al daño a los recursos naturales y ecosistemas.

Como aspectos esenciales en el manejo de los bienes hídricos, es indispensable que en cualquier momento para un proyecto de desarrollo local se tomen en cuenta (a) el medio ambiente, (b) implementación de acciones, (c) evaluación y seguimiento y, (d) coordinación social.

Para lograrlo, va a ser indispensable que constantemente el Estado mexicano verifique la eficacia de sus instituciones en el tema de desarrollo sustentable —lo que he venido indicando de alguna manera—, para que, en caso de conflictos, se cuenten con órganos judiciales especializados que les puedan dar cauce legal —de ahí que se insista en un derecho procesal energético. Lo anterior, con el acompañamiento de una ley procesal ambiental que dé rumbo adjetivo a cualquier acción legal.

Algún sector de los estudiosos del Derecho Ambiental menciona que, para el caso específico del agua, sería deseable tener un órgano competente que conociese de asuntos relacionados con el vital líquido. Similar a lo que trato de proyectar en estas líneas, solo con la diferencia que sería para materia energética, en donde se analicen los efectos que puede producir la fracturación hidráulica, como medida de explotación de lutitas, con el fin de obtener producción de gas.

En términos jurídicos el derecho al agua se considera como un derecho fundamental según diversos tratados internacionales de derechos humanos, sin dejar de hacer hincapié en lo que prevé la Constitución Mexicana en cuanto a los elementos naturales del Estado Mexicano. Siendo que ese ente tendrá que hacer cumplir el orden jurídico en materia de agua y los principios ambientales que se encuentran en el *Ley General del Equilibrio Ecológico*, así como en la *Ley de Protección al Ambiente* y otros ordenamientos jurídicos ecológicos. Sin obviar algunos principios jurídicos como el *pro homine*,¹⁷³ así como algunos otros criterios judiciales de la actual época, como el derecho a la consulta, el cual ya comenté en el capítulo

¹⁷³ TA: 179233.

primero, o bien, como he mencionado en este apartado, el derecho al agua.¹⁷⁴ Como lo afirma Posadas y Buono:

es difícil saber con exactitud lo que significan estas designaciones o cómo estas podrían ser conciliadas por los tribunales si las necesidades de desarrollo energético chocan con los reclamos sobre el derecho humano de acceso al agua o con las cuestiones relativas a la asignación de recursos. Por ahora, existe un conflicto potencial entre la energía como una prioridad estratégica, (1) el derecho humano al acceso al agua y (2) las decisiones de asignación del agua como un asunto de interés público o, potencialmente, de seguridad nacional.¹⁷⁵

Sobre esto de los principios, abordaré a continuación. No sin antes reiterar que todas estas medidas respecto a la fracturación hidráulica (o *fracking*) necesitan de una serie de estudios que analice qué consecuencias ambientales, además del tema del agua que ya he analizado, representan para la sociedad, ya que, recientemente, en el Estado de Nuevo León, por ejemplo, se ha presentado actividad sísmica, aunque leve, en algunos de sus municipios, algo de lo cual no se tenía registro hasta entonces se permitió, aunque por poco periodo, la actividad del *fracking*, la cual, a decir del actual ejecutivo federal, actualmente es una actividad que no se permite.

5. Los principios generales del derecho: su utilidad procesal en la argumentación y el discurso jurídico

Pues bien, una vez tratado cuestiones técnicas, así como jurídicas, toca ahora hablar respecto a los principios generales del derecho —cuestiones indispensables para asuntos jurídico procesales— para lo cual, de alguna manera, es remontarnos a las clases de derecho romano, introducción al estudio del derecho y, por supuesto, a la filosofía del derecho, principalmente. Por lo mismo, los principios generales del derecho se encuentran en el selecto grupo de las fuentes formales del derecho y como tales, sus enunciados son determinantes para cualquier argumento y discurso jurídico.

¹⁷⁴ TA: 2012269.

¹⁷⁵ Posadas, A. y Buono, M. R., *óp. cit.*, p. 476.

Mas allá de hablar de principios en las relaciones de sociedad, también es remontarse a los cuatro grandes órdenes normativos que, como Kant definiera, son órdenes a los cuales el individuo tiene una relación intrínseca con ellos y deviene a influir en su comportamiento en la sociedad.¹⁷⁶ Cuando recordamos la comparación de los atributos de la Moral *versus* el derecho que Kant definiera de manera brillante, también es aceptar que la realidad moral del individuo trasciende al derecho y que este último, lo concentra en un sistema jurídico que, en nuestro caso, lo es dentro de un marco jurisdiccional constitucional.

Hoy en día se habla de principios constitucionales que se encuentran contenidos en la ley suprema y que deviene a ser fuente formal de nuestro derecho para distinguirlos en las diferentes materias o ramas del conocimiento jurídico. Asimismo, la SCJN, se ha ocupado, en sus distintas épocas, de la interpretación de los postulados constitucionales y, por ende, de los principios contenidos en ella.

Por lo mismo, partiendo del supuesto de que la constitución establece las bases de varias categorías de normas que tienen por objeto resolver los conflictos de carácter constitucional, no es posible ignorar la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, la cual amplía la tradicional perspectiva de que el Estado era el que concedía los derechos, opacando, de esta manera, el carácter positivista que caracterizaba al sistema jurídico mexicano, por lo que, ahora, los derechos fundamentales se consideran como sustentos intrínsecos al individuo, por lo que el Estado los reconoce como tal.

Asimismo, y, en relación a dicha trascendental reforma, es importante considerar los principios de interpretación constitucional, considerando en particular de este último, al de la interpretación comparada de la constitución, en el campo de los derechos fundamentales.

Partiendo de una analogía basada en la construcción de un inmueble, podríamos decir que los *principios* son la cimentación del edificio que se pretende construir con materiales como lo son el concreto y la varilla que podríamos comparar, a estos últimos con las *reglas* y *actos* que existirán en el objeto de la materia. Aquí es donde, nos detendremos a revisar y prospectar bajo la reciente reforma energética en materia de hidrocarburos en México, la utilidad práctica de construir argumentos jurídicos basados en los principios constitucionales que, en nuestro caso —por la materia abordada—, tendrán que considerar a los principios de

¹⁷⁶ Kant, I. (1993) *Metafísica de las Costumbres*, trad, Adela Cortina Orts, Altaya: Barcelona.

interpretación constitucional en materia de derecho administrativo y bajo una interpretación comparada de la Constitución en materia de hidrocarburos.

Todo esto lo abordaré en el siguiente capítulo. Ahondando, sobre todo, en cuestiones en donde el Estado mexicano se ha involucrado en controversias en materia de hidrocarburos. Analizaré, por tanto, una cuestión práctica en donde sea posible entender, ubicar, analizar, proponer, sistematizar, comparar, trazar y aplicar principios constitucionales que se han venido invocando en los últimos años.

CAPÍTULO IV

PUENTES DIALÓGICOS PROCESALES

ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES EN MATERIA ENERGÉTICA

1. Retos inmediatos tras la reforma energética en México

Como he venido sosteniendo a lo largo de esta disertación, el aspecto sociológico, político del país, principalmente, no puede ser ajeno a los alcances en la implementación del andamiaje jurídico que significó la reforma constitucional de 2013. La prospección en su aplicación prometía, en la propaganda oficial, del anterior sexenio 2012-2018, que los precios de los combustibles y el costo de la electricidad bajarían, una vez que se empezaran a asentar en nuestro país los cambios derivados de la reforma constitucional y la modificación y creación de las leyes secundarias.¹⁷⁷ Sin embargo, desde su implementación y regulación secundaria, los resultados no han sido los óptimos, pero, al mismo tiempo, esto no es definitivo, toda vez que la nueva administración pública federal ha desarrollado un viraje a la visión nacionalista. Por ende, los resultados obtenidos deben ser considerados con cautela.

Resulta cierto, no obstante, que las promesas de incremento en la producción petrolera, algo que se afirmaba reiteradamente en los debates en las cámaras, era una promesa que igualmente se asentaba que se volvería una realidad una vez que se haya permitido la apertura a inversiones, pero, como ya analicé en el Capítulo II, esto no fue así. En realidad, la producción petrolera bajo y fue en picada, pero que, con el *Plan Nacional de Refinación*, proyectado por la nueva agenda nacional, se ha ido revirtiendo y ha aumentado (o estabilizado) en los últimos meses.

Por lo mismo, esto ha provocado que el debate se extienda más allá del 2013, y obliga a plantearse nuevas cuestiones, y, por supuesto, nuevos retos procesales, como ya abordé en el primer capítulo respecto al derecho a la consulta, o bien, el capítulo anterior, sobre el derecho al agua. Entonces, con ese matiz, se vuelve imprescindible volver a los puntos de interés, de

¹⁷⁷ Hernández, M. A. (2015) “Reforma energética y cambio climático. Algunos puntos de desencuentro”, en Cárdenas Gracia, J. (coord.) *Reforma Energética. Análisis y Consecuencias*, Tirant lo Blanch, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): México, p. 125.

tal suerte que, por una parte, la apertura del mercado energético de México hacia el exterior, es un factor destacable; como ya he analizado, algunos consideran que fue un error, y otros tantos que era necesaria —incluso catalogada como tardía— empero, incluso después que el Estado mexicano se «dobló» y mostró su debilidad institucional, al otorgar diferentes beneficios para inversores, principalmente en el aspecto fiscal, no se ha logrado levantar optimismo entre las grandes compañías petroleras y los inversionistas nacionales y extranjeros; esto puede deberse a múltiples factores, el principal sería que los hidrocarburos son elementos no renovables, por lo que la apuesta a energías renovables y limpias, marcan la pauta a un futuro con energías más eficientes; al mismo tiempo, más amigables con el medio ambiente y que, por tanto, los combustibles fósiles quedan en desuso.

Por lo mismo, y como ya he señalado, el cambio de gobierno a partir del 1 de diciembre de 2018 y su viraje en la política energética —fortalecer las empresas productoras del Estado— ha producido algún *impasse* en la aplicación e implementación de la reforma energética —tal cual se mencionó— tomando modelos de las mejores prácticas a nivel internacional, es decir, la implementación de un modelo que apuesta por energías limpias; principalmente en lo que respecta a la industria eléctrica.

Pero no solo eso; en el aspecto de regulación, los dos principales órganos administrativos encargados de la regulación energética, la CRE y la CNH, han enfrentado recortes presupuestales importantes y amenazas a su autonomía como órganos reguladores del sector energético —como abordé en el Capítulo II. Sin embargo, esto, como lo anterior, tampoco es definitivo, ya que, para fortalecer los argumentos esgrimidos con anterioridad, sería interesante realizar una comparativa entre los resultados anteriores (sin recortes presupuestales) de estos órganos, con los actuales resultados (con recortes presupuestales) con el fin de validar dicho análisis, es decir, de establecer una relación real entre recursos y eficiencia. Algo lógico si se tiene en cuenta que uno de los problemas importantes de estos órganos reguladores es su densa lista de facultades.¹⁷⁸

A lo anterior, se suma el cambio en los cuadros consejeros de la CRE y la polémica que rodeó a la elección de nuevos candidatos, a fin de conformar ternas para ir sustituyendo a los consejeros que por terminación de su encargo tendrían que salir del órgano regulador, lo cual

¹⁷⁸ Cárdenas Gracia, J., *óp. cit.*, pp. 313 y s.

es importante resaltar, ya que es un reto inmediato, pues una de las razones por las cuales se convirtieron en órganos reguladores, fue para darles un carácter más institucional, y, principalmente, que no fueran dependientes del ejecutivo federal en turno.

Al margen de esto último, lo cual ya analicé en esta disertación, durante los últimos veinticinco años, la CRE pasó de ser una oficina de apoyo técnico de la SENER, en 1993, a ser un órgano regulador en pleno. El marco constitucional y legal aprobado entre 2013 y 2014 implicó una transformación de fondo para la CRE, ya que se cuadruplicaron sus atribuciones y su base de regulados creció, aproximadamente, de 1,000 a más de 22,000, en 2019. La CRE participó activamente en la realización de tres subastas de energías limpias a largo plazo, con el resultado que se están desarrollando 53 nuevas centrales eléctricas en 19 entidades federativas en México. Al mes de junio de 2019, ya han entrado en operación 15 centrales, las cuales representan el 66% y el 37% de la capacidad total comprometidas en la primera y segunda subastas. Las subastas, por ende, han sido un parteaguas para el sector eléctrico, pues los costos —cada vez menores— de las energías solar y eólica han permitido que las energías renovables compitan —sin subsidios— con tecnologías fósiles convencionales, lo cual se empieza a traducir en menores precios para los consumidores —uno de los objetivos principales de la reforma energética en México.

Ahora bien, en 2017, se aprobó la regulación vigente sobre la generación distribuida, la cual facilita el despliegue de los techos solares en México. Más de 95 mil instalaciones en hogares y pequeños negocios dan cuenta de la presencia de esta opción entre los consumidores. Actualmente, se encuentra en consulta pública un nuevo proyecto regulatorio que habilita la generación distribuida colectiva, es decir, permite que un techo solar abastezca a múltiples usuarios, y que a cada uno se le asigne un porcentaje de la energía generada —lo cual, de aceptarse, sería un paso más en la transición energética en nuestro país.

Ante esto último, ya en materia de tarifas eléctricas, la CRE emitió una nueva metodología de cálculo que permitió transparentar los costos para cada una de las actividades de la industria eléctrica. Asimismo, en los años recientes se aprobó el inicio del régimen permanente de reserva de capacidad de gas natural, permitiendo poder elegir al comercializador que ofrezca las mejores condiciones de precio de la molécula, pagando por separado su transporte por medio de una tarifa regulada por la CRE. En paralelo, se eliminó el precio máximo de venta de primera mano de gas natural, de tal modo que se empezaron a

publicar índices de precios nacionales y regionales y se propició la entrada de un gran número de comercializadores. No obstante, en la actual administración pública federal, en el año presente (2021) se crea un nuevo proyecto: *Gas Bienestar*,¹⁷⁹ la cual es una empresa administrada por PEMEX —menciono que es, porque ya se encuentra en funciones al momento en que se escribe esta disertación— y cuyo objetivo es ofrecer *gas LP* a un menor costo que la oferta privada, con precios más accesibles para el consumidor, ante la ola de aumento de precios.¹⁸⁰

Hay cinco empresas grandes que distribuyen casi el 50% de gas LP en el país. Y se están quedando con márgenes de utilidad muy altos. PEMEX, les vende a un precio y ellos venden al consumidor a un precio muy elevado. Mientras se establece un mecanismo de precio máximo (que lo vamos a establecer); también, ya estamos preparando la creación de una empresa para distribuir gas a precio justo: *Gas bienestar*, se va a llamar. Y se van a vender cilindros de gas — de 20, 30 kilos— a precios bajos, en las colonias. Sin que estas otras empresas particulares dejen de participar, pero va a haber competencia porque no hay [...] Estas grandes distribuidoras tienen, a su vez, control en los territorios a través de una especie de subcontratación que son los que manejan todo lo que tiene que ver con la venta de gas, e incluso, no dejan que haya competencia [...]¹⁸¹

En cuanto a gasolinas y diésel, se diseñó y entró en vigor, por primera vez en la historia del país, una Norma Oficial Mexicana, limitando así los impactos ambientales y de salud pública de los combustibles. Se liberalizaron los precios de las gasolinas y el diésel, al tiempo que se propiciaron nuevas cadenas logísticas. Se pasó de una marca de gasolinera, a casi 70 marcas diferentes, que, en el papel, han fomentado la competencia para beneficio del consumidor —actualmente, sin embargo, las distancias en los precios son mínimas.¹⁸²

En términos legales a sus resoluciones, la CRE recibió 3,600 demandas de amparo promovidas por empresas permisionarias, tanto públicas como privadas; la totalidad de las sentencias judiciales han confirmado la solidez de los criterios y la legalidad de las resoluciones de la comisión, lo que, a su vez, ha propiciado mayor certeza jurídica en el sector

¹⁷⁹ Milenio (2021) “Conferencia matutina de AMLO, 7 de julio de 2021”, en *Youtube*.

¹⁸⁰ PROFECO (s/a) “Quién es quién en los precios de Gas LP”.

¹⁸¹ Milenio, *supra*.

¹⁸² PROFECO (s/a) “Quién es quién en el precio de la Gasolina”.

energético —opacando, de cierta manera, la constante especulación sobre el presidencialismo exacerbado. La CRE, por tanto, se ha consolidado como un órgano regulador técnico y autónomo del más alto nivel, indispensable para el desarrollo energético en México, por lo que el fortalecimiento de las instituciones no se ha detenido.

Ahora bien, por lo que respecta al caso de la CNH, desde su creación —poco más de una década— ha sido la autoridad encargada de regular y supervisar el aprovechamiento de los hidrocarburos del país, con el objetivo de que su exploración y extracción se lleven a cabo en beneficio del Estado —una visión de largo plazo.

En conjunto con las secretarías de SENER, SHCP y SE, así como de ASEA y el Fondo Mexicano del Petróleo, la CNH ha sido instrumento para el desarrollo de una nueva industria de exploración y extracción de hidrocarburos. En nuestro país, ya operan 74 empresas petroleras de 20 nacionalidades, de las cuales 36 son nuevas empresas mexicanas.

A la fecha, la CNH ha otorgado a los nuevos contratistas la aprobación para la perforación de 23 pozos de exploración en 2019, lo que representa un incremento del 65% en el esfuerzo exploratorio costa afuera (*offshore*) en relación con lo observado entre 2010 y 2013 (previo a la caída en los precios del petróleo).

Por último, quiero referirme a los resultados de la reforma energética de 2013 en materia de electricidad. Según lo reportado en 2019 por el *Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional* (PRODESEN 2019-2033) se indican datos duros como los siguientes:

- La regulación en materia de permisos de generación de electricidad —se autorizaron 1188 permisos para generadores privados, por un total de 84,491 MW, cantidad que incluye a los productores independientes de energía y 165 permisos por 45,558 MW para la empresa productiva del estado (CFE)— en el marco de la ley de la industria eléctrica, le ha generado a la CFE pérdidas por 7,820 millones de pesos en 2018. Dichos contratos, serán vigentes hasta 2039; de continuar con la tendencia de pérdidas, esta estima pérdidas de hasta 160,000 millones de pesos. Todos los permisos mencionados anteriormente fueron otorgados por la CRE.
- Por lo que se refiere a los Productores Externos de Energía (PEE), introdujo a empresas privadas bajo el esquema de producción independiente, para su venta

exclusiva a la CFE. La empresa productiva del estado ha venido comprando electricidad a partir del año 2000.

- Actualmente existen 31 centrales con capacidad de 14,104 MW, las cuales tienen asegurada su venta de electricidad a la CFE durante 25 años.
- Los costos totales de generación de las centrales de CFE con contratos legados en 2018 fueron de 358, 872 millones de pesos.
- El costo reconocido por la CRE como costo total de generación fue de 313,300 millones de pesos.
- La CRE fijó tarifas sobre la base de este costo de generación, que no corresponde al costo real total.
- En consecuencia, las tarifas establecidas, al no reconocer el costo total real, le provoca a la CFE una pérdida por un monto de 45,572 millones de pesos en un año.

Es de destacar el hecho de que la CFE apostó a utilizar gas natural como fuente primaria para la generación de electricidad en los ciclos combinados que se encuentran a lo largo y ancho del país. Para lo anterior, se apostó al costo del gas natural en la zona de Texas, reportándose como de los más bajos en muchos años. La red de ductos de gas natural para alimentar a los ciclos combinados del país implicó inversiones que, hasta este momento, muchas han sido suspendidas o bien no han avanzado por diversos problemas asociados a los pasos de dichos ductos, por zonas de propiedad privada o bienes comunales. La red de gasoductos se construyó por inversionistas privados bajo un contrato de arrendamiento a un periodo de 25 años, impactando financieramente la generación de electricidad con este combustible.

El informe PRODESEN concluye, con una sentencia cruda y directa, que la reforma energética, en materia de electricidad, tuvo, como resultado principal, reducir las capacidades operativas, financieras, de inversión y de servicio de la empresa productiva del estado, lo que demuestra el imperativo de su rescate mediante una política energética fundada en el principio del interés general público y nacional, lo cual le permita participar en igualdad de condiciones, algo que ya he analizado conforme a la obra *Reforma Energética. Análisis y Consecuencias*.

En fin, en los puntos subsiguientes abordaré algunos casos prácticos que se derivan a partir de la implementación de la reforma energética. Hasta ahora, me he limitado a exponer

algunos casos relevantes, pero nada profundidad. Por tanto, me parece justo analizar de lleno, en este apartado, lo referente a cuestiones procesales actuales que estén relacionadas con la operatividad jurídica que se lleva en la actualidad, la cual resulta muy interesante para la presente investigación, sus objetivos y análisis de derecho procesal constitucional y energético.

2. Aspectos procesales para la solución de controversias derivado de la aplicación de la reforma energética en México

Pues bien, como he indicado, ha sido un largo recorrido respecto a las cuestiones de incertidumbre que se han provocado tanto en desde los tiempos en que estuvo en discusión la reforma constitucional de 2013, así como en la actualidad. Por lo mismo, la reforma constitucional de 2013 y la creación del andamiaje jurídico relacionado con leyes secundarias, reglamentos, órganos desconcentrados, órganos reguladores, etc., ofrecen un innumerable abanico de posibilidades relacionadas con las controversias que pudieran surgir entre el Estado mexicano (por medio del ejecutivo federal y sus órganos administrativos) y los gobernados (operadores petroleros, compañías extractoras de hidrocarburos, suministradores de electricidad, proveedores de gas natural, etc.) por los efectos propios de la aplicación de la reforma energética.

Hasta ahora, insisto, he repasado diversas cuestiones que interesan en el rubro de lo que implica la reforma energética de 2013, pasando desde cuestiones meramente normativas, cuya relevancia se relaciona con los procesos constitucionales que están a disposición para atender controversias entre el Estado y particulares, es decir, en general, en cuestiones de procesos constitucionales, así como cuestiones de orden meramente político, sea ya el cambio en la dirección de la política energética que ha planificado la nueva administración pública federal, desde 2018, sean ya las acciones para el proceso de selección de comisionados que integran los órganos controladores.

Ahora bien, para continuar con las cuestiones procesales que son mi principal punto de interés en esta disertación, a manera enunciativa, mas no limitativa, esbozaré brevemente la prospección respecto del surgimiento de dichas controversias procesales. Esto será, al mismo tiempo, de gran ayuda en cuanto sea posible observar, para el lector, las intenciones de

análisis que realizaré en los casos prácticos que trataré en este capítulo. Por ahora, me interesa tratar lo primero.

Para esto último, iniciaré lo que toca respecto a las controversias derivadas de la interpretación y aplicación de las leyes:

- Partiendo del principio de que el derecho de amparo (art. 107 constitucional) tutela acciones colectivas en beneficio de un número indeterminado de personas, superando con ello el principio de relatividad de las sentencias (*fórmula Otero*), considero que el campo de estudio, para el análisis de este supuesto, es amplio y puede ser robustecido bajo una tesis en donde se estudie a los sujetos del juicio. Las posibilidades son amplísimas desde el punto de vista del impacto social, impacto ambiental, intereses de las comunidades relacionadas con las actividades desarrolladas por los operadores petroleros, inversionistas, etc. Estimo que, de la práctica y precedentes del derecho minero, es posible aprender mucho a la hora de analizar los conflictos procesales que plantean las acciones colectivas.
- Análisis respecto de los elementos del acto de autoridad cuyas características a saber son: (a) unilateralidad, (b) imperativo, y (c) coercibilidad/coercitividad. Considero que el acto de autoridad es una relación de imperio de supra a sub-ordinación. En dichas relaciones no se requiere el consentimiento. Las resoluciones de los órganos reguladores respecto de las actividades llevadas a cabo por los operadores petroleros, suministradores de electricidad, etc., merecen un análisis exclusivo desde la perspectiva del derecho de amparo.
- Artículo 128 constitucional en donde se establece la procedencia de la suspensión, en temas ambientales, por ejemplo, el juez ponderará la afectación y el grado del mismo al orden público. Imaginemos proyectos de extracción, exploración, tendido de un ducto para transportar hidrocarburos, en los cuales intervengan alteraciones al orden público que afectarían, sin duda, los elementos básicos de la propiedad privada bajo

el esquema de la supremacía del tema energético como de prioridad primaria para la nación.¹⁸³

Ahora, en tanto a las controversias respecto del juicio contencioso administrativo y la constitución federal:

- Principio de racionalidad: ante las mismas situaciones de hecho, las mismas consecuencias de derecho (hecho notorio). Los principios generales del derecho no se contraponen entre sí, un principio general del derecho es parte de una conciencia colectiva por ser inobjetable; asumiendo que la conciencia es la trascendencia de la razón.
- Artículo 17 constitucional, ofrece el análisis del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, las posibilidades de aplicación a la resolución de controversias judiciales a la luz de ambos derechos humanos, ofrece al gobernado un amplio abanico de posibilidades procesales para litigar sus asuntos en contra del Estado o bien de sus órganos reguladores, que, aunque autónomos en su conformación y que obran materialmente como autoridades administrativas, resuelven desde la perspectiva de autoridades formalmente jurídicas, por lo que emiten actos de autoridad.
- Principio *iura novit curia*, con el cual, de conformidad con dicho principio, el juez conoce el derecho, de tal modo que para cumplir con la exigencia de fundamentación prevista en el artículo 16 de la constitución federal, no basta que un acto administrativo se funde en diversos preceptos legales que le den sustento, sino que es necesario que guarden correspondencia con los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir con claridad que sí procedía aplicarlos y, consecuentemente, que justifiquen con plenitud que la autoridad actuó en determinado sentido y no en otro. Considero, por tanto, que este principio será de gran utilidad para la solución de controversias derivadas de la aplicación de las leyes

¹⁸³ Pimiento Echeverri, J. A. (2021) *Responsabilidad del Estado por (de)limitación de la propiedad privada*, Tirant lo Blanch: Colombia, pp. 121 y ss.

surgidas de la reforma energética y, en concreto, en sus alcances en el juicio contencioso administrativo federal.

Por último, en lo que toca a las controversias y su solución por medio del arbitraje nacional e internacional, existen algunas cuestiones especiales, principalmente porque existen una serie de factores importantes que afectarían cuestiones de vital importancia. Me explico mejor, en no pocas disciplinas del derecho es tan clara la solución de controversias como por medio del arbitraje nacional e internacional en materia energética —el resto optan por el juicio de amparo, en materia de competencia económica, tratándose en cuestión energética. Por tanto, la intervención de operadores petroleros tanto nacionales como extranjeros ofrece, en primera instancia, un campo fértil para la solución de conflictos derivados de una relación contractual que tenga que ver con la extracción, exploración y distribución de hidrocarburos. Inclusive, en nivel internacional, se ha pugnado por señalar una disciplina análoga a la *lex mercatoria* en materia energética y denominada *lex petrolea*.

Ahora bien, por otra parte, a una década de creada la CNH forma parte del sistema de órganos reguladores junto con la CRE y la ASEA, todavía es prematuro prospectar qué cambios habrá en el nuevo diseño institucional de pesos y contrapesos respecto de la reforma constitucional del año 2013 y los cambios que invariablemente serán aplicados durante el nuevo gobierno. La SHCP, la SE y la SENER sin duda tienen nuevas atribuciones en su relación con:

1. Las empresas productivas del estado (PEMEX, CFE).
2. Los gestores técnicos para la creación de nuevos mercados en materia energética — CENAGAS y CENACE.
3. Los reguladores fortalecidos con las atribuciones que les fueron otorgadas con la reforma constitucional de 2013.

Sin duda, podría reconocerse que, en dicha reforma, se prospectó a partir de observar las mejores prácticas a nivel mundial, poniendo atención a la Asociación Nacional de Hidrocarburos (ANH) en Colombia, al Alberta Energy Regulator, en Canadá, a la Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) en Brasil y, finalmente, a la

Norwegian Petroleum Directorate y la International Energy Agency. Todos los anteriores modelos de regulación energética fueron tomados en cuenta para tomar lo mejor de sus diseños administrativos y de operación, a fin de replicar su éxito en los órganos reguladores de México.

Es sabido que, en materia de asignaciones, a la empresa productiva del estado (PEMEX) se le otorgó el 80% de las reservas y el 20% de los recursos prospectivos. A los operadores petroleros nacionales y extranjeros se le asignaron, mediante contratos de diversas modalidades, los recursos prospectivos restantes. A la fecha, en nuestro país, existen 76 empresas petroleras trabajando de 20 países diferentes del orbe. Las modalidades contractuales lo constituyen principalmente:

1. Licencias.
2. Utilidad compartida.
3. Servicios.
4. Producción compartida.

La empresa productiva del estado (PEMEX) fue dotada de herramientas específicas para participar de dicha reforma energética como: (a) licitante para adjudicarse un contrato de exploración y de extracción; (b) en asociación/*farmout* en compañía de un socio o en alianza; y (c) en el esquema de migración, en donde PEMEX desea migrar a una asignación sin socio de un contrato de exploración y de extracción. Apunto lo anterior porque pareciera que, en el discurso actual, PEMEX es la empresa productiva del estado «sacrificada» y en las peores condiciones de participación. En sentido estricto, pasó de ser un monopolio liso y llano, a una empresa más que tendrá que ser eficiente y productiva para lograr competir en el mercado nacional e internacional, porque inclusive puede participar en sociedad con otros operadores en proyectos en el extranjero y no solo limitados a nuestro territorio nacional.

De hecho, ya estas medidas ya las había realizado con éxito en la refinería *Deer Park*, en Pasadena, Texas, en donde en una sociedad tipo *joint venture*, con la trasnacional *Shell*, constituyeron una exitosa refinería productora de petrolíferos en el estado de Texas. Esta asociación con una empresa petrolera trasnacional, en nuestro país, era imposible antes de la reforma constitucional del año 2013, al menos en teoría, ya que hay que recordar que la nueva

administración pública federal tiene una política energética nacionalista, de modo que este tipo de sociedades no son esperadas, así como, por ejemplo, pasó con las decisiones tomadas para la construcción de una nueva refinería en Dos Bocas, Tabasco, en donde se optó por la no participación de ninguna empresa constructora de estas plantas a nivel mundial (al declararse desierta la licitación) ya que se incumplieron las bases de la licitación¹⁸⁴ —a este momento, la refinería va en un avance considerable.¹⁸⁵ Por ende, el proyecto de la nueva refinería quedaba en manos de PEMEX, bajo la dirección de SENER.

Vuelta al punto, en materia de hidrocarburos, al mes de enero de 2019, existían 415 asignaciones vigentes y 111 contratos vigentes. Lo anterior deriva de 13 procesos de licitación concluidos en tres rondas. Fueron puestas en licitación 161 áreas contractuales, de las cuales 157 fue por medio de las rondas y 4 en asociaciones con PEMEX. Hasta el año 2018, se aprobaron 90 planes de exploración. Para 2019 se esperaban aprobar 74 planes más. En ese mismo año, las inversiones comprometidas sumaron \$4,073 millones de dólares; la inversión aprobada fue de \$30,000 millones de dólares, estimándose una inversión total hasta el año 2025 de \$143,000 millones de dólares.

En relación con la empresa productiva del estado (PEMEX) —en los siguientes 6 años— requiere de inversiones anuales por casi \$17,000 millones de dólares para actividades de exploración y de extracción, sin considerar lo que se deba destinar para el pago de su deuda. Si se considera el pago de deuda y las obligaciones de beneficios a empleados, PEMEX requerirá inversiones \$28,000 millones de dólares en promedio, por año, en una prospección que va del año 2019 al año 2032. PEMEX tiene obligaciones dentro de balance por \$170,069 miles de millones de dólares —esta cifra incluye \$106,469 millones de dólares por deuda a largo plazo y arrendamiento financiero y \$63,600 miles de millones de dólares por beneficios a los empleados.

Actualmente, operan, en México, 76 empresas petroleras; de todas estas, PEMEX es la única que no tiene acceso al mercado de capitales para financiar sus inversiones. El acceso al mercado de capitales trae beneficios adicionales como transparencia y mejores prácticas de gobiernos corporativos. Lo anterior, plantea la necesidad de una reforma constitucional para que PEMEX pueda acceder al mercado de capitales (cotizar en Bolsa) sin que el Estado

¹⁸⁴ SENER (2019) “#ConferenciaPresidente 09/Mayo/2019”, en *Youtube*.

¹⁸⁵ SENER (2021) “Avance de Obra Refinería de Dos Bocas, 10 de septiembre 2021”, en *Youtube*.

pierda el control y la mayoría de la empresa productiva del Estado —es decir, como si fuera una empresa privada real, cuya naturaleza se pretendió al inicio de la reforma constitucional de 2013. El principal activo de PEMEX son las asignaciones otorgadas en ronda 0, ya que se le otorgaron más del 90% de las reservas probadas del país y las mejores áreas de exploración. Las asociaciones (*farmouts*) es una buena herramienta de apoyo para la capitalización. Siguiendo el modelo colombiano y chino, PEMEX podría capitalizarse y contar con las herramientas para canalizar capital suficiente a los proyectos de exploración y extracción asignados en la ronda 0. Actualmente, en nuestro país el 92% del consumo nacional de gas natural se importa —aunque ya se han tomado algunas medidas, incluso considerándose excedentes, una de las razones por la cual se creó *Gas Bienestar*. México es el único país que importa más del 90% de gas natural de un solo país: Estados Unidos de América.

La relación reserva-producción indica que las reservas de petróleo crudo equivalente son 8.5 años, 16.1 años y 25.4 años para las categorías 1P, 2P y 3P, respectivamente. La relación reserva-producción describe, en términos promedio, el número de años en el que las reservas totales o incrementales certificadas podrían sostener el ritmo de producción actual de un país. En las reservas del tipo (a) 1P, existe una probabilidad de al menos 90% de que las cantidades a recuperar sean iguales o mayores a este valor, (b) 2P, existe una probabilidad de al menos 50% de que las cantidades a recuperar sean iguales o mayores a este valor (la suma de las reservas probadas más las reservas probables, conforman la reserva 2P) y finalmente (c) 3P, existe una probabilidad de al menos 10% que las cantidades a recuperar sean iguales o mayores a este valor (la suma de las reservas probadas más reservas probables, más reservas posibles, lo anterior constituye las reserva 3P).

Las cifras anteriores son muy importantes, ya que se establece claramente que habría condiciones para que existan controversias entre los operadores petroleros que participaron en las asignaciones y contratos y que pudieran tener escenarios de solución de controversias bajo la figura del arbitraje nacional e internacional.

La idea de incluir una cláusula de arbitraje en un contrato es la de simplificar las controversias y solucionarlas de manera amistosa; en el arbitraje, existe el diálogo entre las partes.¹⁸⁶ El laudo arbitral es ejecutable en más de 150 países. Las grandes empresas

¹⁸⁶ Cavazos Villanueva, G. (2016) “Arbitraje y protección a la inversión en el contexto de la reforma energética en México: una primera aproximación desde los casos *COMMISA vs PEMEX* y *KBR vs México*”, en Payan, T.

petroleras incluyen cláusulas arbitrales en sus contratos de exploración y extracción de hidrocarburos. Incluso, la flexibilidad en el desarrollo del arbitraje permite que inclusive las audiencias puedan desarrollarse vía telefónica.

Por ejemplo, pensemos en la problemática que podría representar la importación de gasolinas en México, actualmente de un 60% a un 70% de las gasolinas que se consumen en el país son importadas, principalmente de Estados Unidos de Norteamérica —aunque se tiene proyectado que, para mayo de 2022, se sea autosuficiente. Al igual que en el gas natural, nuestro país ha generado una tremenda dependencia del consumo de energéticos provenientes del país del norte.

La empresa productiva del estado (PEMEX) recientemente enfrentó un caso en contra de la empresa filial de KBR denominada Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. (COMMISA), de dicha controversia se generaron: (a) laudos arbitrales, (b) amparos en materia administrativa y, (c) un juicio entre KBR y el Estado mexicano.¹⁸⁷ En este caso en particular se puede distinguir: (a) el arbitraje nacional —que en lo jurídico equivale al territorio nacional— y (b) el arbitraje en materia internacional, aquí el elemento extranjero es el comercio internacional, lo anterior cuando la sede del arbitraje designada no es nacional o que contrario sensu no corresponda a un arbitraje nacional.

A diferencia de un juicio tradicional —en donde el juez cuenta con los medios y las facultades para buscar la verdad— en el arbitraje, el árbitro no tiene dichas prerrogativas que la ley otorga a los jueces. Por tanto, el árbitro debe trabajar/probar los hechos con lo que tiene a su disposición. En el arbitraje comprobar es la esencia, comprende ir hasta el límite de la ley para buscar ganar el caso. El árbitro no tiene fuerza pública por no ser autoridad *per se*. Por lo que, y regresando al caso de KBR vs México, esta invocó cláusulas del Tratado de Libre Comercio (TLC) alegando la violación a un tratado internacional —Capítulo XI—¹⁸⁸ tan solo en dicho litigio el Estado mexicano fue condenado a pagar e indemnizar a KBR por la cantidad de \$750 millones de dólares, sumando los \$350 millones de dólares pagados a su

et al. (ed.) *Estado de Derecho y Reforma Energética en México*, Tirant lo Blanch, México Center, Escuela de Gobierno y Transformación Pública: Tecnológico de Monterrey (ITESM), University of Houston (Law Center), CIDAC, Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL): México, pp. 347 y ss.

¹⁸⁷ *Ibidem.*, pp. 354 y ss.

¹⁸⁸ *Ibidem.*, pp. 360 y ss.

filial COMMISA por el arbitraje ya mencionado, lo cual constituyó el hecho de violar el contrato entre COMMISA y PEMEX (en su división de exploración y producción).

Algo que considero igualmente importante a destacar, no radica simplemente en la cuestión procesal en los que se han visto involucradas las empresas productoras del Estado, especialmente PEMEX; tampoco el hecho de cómo se han visto favorecidas por la nueva política en materia energética de la actual administración pública federal, entre otras cuestiones que, de una u otra manera, ya he tratado, si bien o con su debida profundidad, sí con el interés de resaltar cuestiones relevantes. En fin, a la cuestión a que hago alusión es el factor de las empresas productoras del Estado y sus acciones; la visión nacionalista indica que es importante apoyar a estas empresas porque configura, de alguna manera, patrimonio de los mexicanos, pero esta cuestión es estrecha, de tal manera que, al momento, únicamente se realizan valoraciones respecto a qué representan estas empresas para el Estado mexicano, obviando cuestiones de vital importancia, aunque no económicas, como se puede llegar a pensar. Me refiero, en efecto, a las cuestiones ambientales.

Respecto a este rubro, llama mucho mi atención el hecho de no revisar qué ha representado PEMEX respecto a esta cuestión ambiental, lo cual, si bien se puede argumentar que esta empresa productora del Estado representa gran parte de sus ingresos, me parece también es sumamente relevante cuáles han sido sus acciones frente al medio ambiente y en qué medida ha cumplido con su sustentabilidad, ya que, de no realizarse, no encuentro satisfactorio el argumento de la política nacionalista (o estatista) en materia energética, pues las distancias que se invocan para diferenciar la actividad temible de las grandes empresas transnacionales, en materia de hidrocarburos, no sería amplia, sino meramente estrecha.

Respecto a este último punto, me parece necesario realizar un estudio especializado que ahonde en dicho rubro. Por mi parte, me es imposible realizar tal empresa, no solo por cuestiones y objetivos que persigue el programa de doctorado de derecho procesal constitucional, sino porque es una cuestión que requiere de un esfuerzo y tiempo que es imposible trazar aquí. Sin embargo, me parece que es posible puntualizar sobre esta cuestión, principalmente porque es un tópico que se obvia, principalmente, por los defensores de la visión nacionalista, la cual ya he tratado en el Capítulo II de esta disertación. En ese sentido, es un poco incongruente realizar una crítica punzante a las actividades que realizan las empresas privadas, pero cerrar los ojos o evitar la crítica al tipo de actividades que resulten

perjudiciales para el medio ambiente, siempre y cuando sea una empresa productora del Estado.

En fin, quizá sea un trabajo que sea posible realizar en otra oportunidad. Tal cuestión, por supuesto, tiene un interés de derecho procesal, y, en específico, lo que he tratado a lo largo de este estudio: derecho procesal energético. Como menciono, esto es imprescindible, ya que, de otra manera, resulta obvia la preferencia que existe entre las empresas productoras del Estado, frente a las privadas, lo cual provoca un desajuste en la libre competencia.

Más o menos esto es lo que se produce respecto al último caso en que se ha visto involucrado PEMEX: la disputa por Zama. Un yacimiento petrolero en Tabasco, considerado como la última gran joya del petróleo, en aguas someras, en México.

En el siguiente punto abordaré sobre este caso en particular, y evaluaré si se trata realmente de un caso en donde se ha beneficiado a PEMEX, como producto de la política energética que se ha desarrollado por la actual administración pública federal. Asimismo, desarrollaré qué tipo de medidas pueden considerarse para tratar esta controversia.

3. Disputa por Zama: un caso práctico

Con lo ya he indicado antes, primeramente, considero necesario trazar algunos de los antecedentes a este caso, para, luego, realizar un análisis jurídico-procesal que lleva a considerar algunos aspectos hermenéuticos que pueden resultar de dicho análisis. Realizar esta acción puede considerarse como un puente dialógico procesal entre un caso práctico y lo que desarrollaré en el Capítulo V. Mientras, procuraré sintetizar lo más que pueda este caso práctico del yacimiento Zama, el cual considero relevante no solo por la cuestión que entra disputa, sino porque tiene un trasfondo político interesante, el cual puede desembocar en cuestiones de arbitraje internacional, e incluso de intromisión política de otros países (vía diplomática) —especialmente, Estado Unidos de América— como puede ocurrir respecto a las suspensiones provisionales que se han determinado por algunos tribunales federales en materia de competencia económica, en relación con la *Ley de la Industria Eléctrica* —mismo que ya he analizado en el Capítulo II. Además, con la misma suerte corren las modificaciones que se han realizado este año (2021) con la *Ley de Hidrocarburos*.

Pues bien, con la última reforma energética, en 2015, se firmaron 29 contratos para la explotación y extracción de hidrocarburos, perteneciente a la ronda 1, licitación 1.¹⁸⁹ En ese mismo año, el consorcio (*joint venture*) Talos-Premier-Sierra, previa licitación ganada,¹⁹⁰ firma un contrato (CNH-R01-L01-A7/2015) el 4 septiembre, con la CNH, el cual le permite realizar, por los próximos 30 años,¹⁹¹ trabajos para la exploración y extracción de hidrocarburos, bajo la modalidad de producción compartida.¹⁹² De acuerdo al contrato firmado, el consorcio con estas dos empresas está conformado de la siguiente forma: Talos Energy Offshore México 45%, Sierra Oil & Gas Exploración y Producción 45%, Premier Oil Exploración y Producción 10%.¹⁹³

Ahora bien, con este contrato, el consorcio liderado por Talos Energy, obtiene el bloque 7, en aguas someras, como resultado de la ronda 1, de la licitación 1.¹⁹⁴ Su ubicación, se muestra en la siguiente imagen:

¹⁸⁹ CNH-R01-L01/2014.

¹⁹⁰ DOF: 22/07/2015.

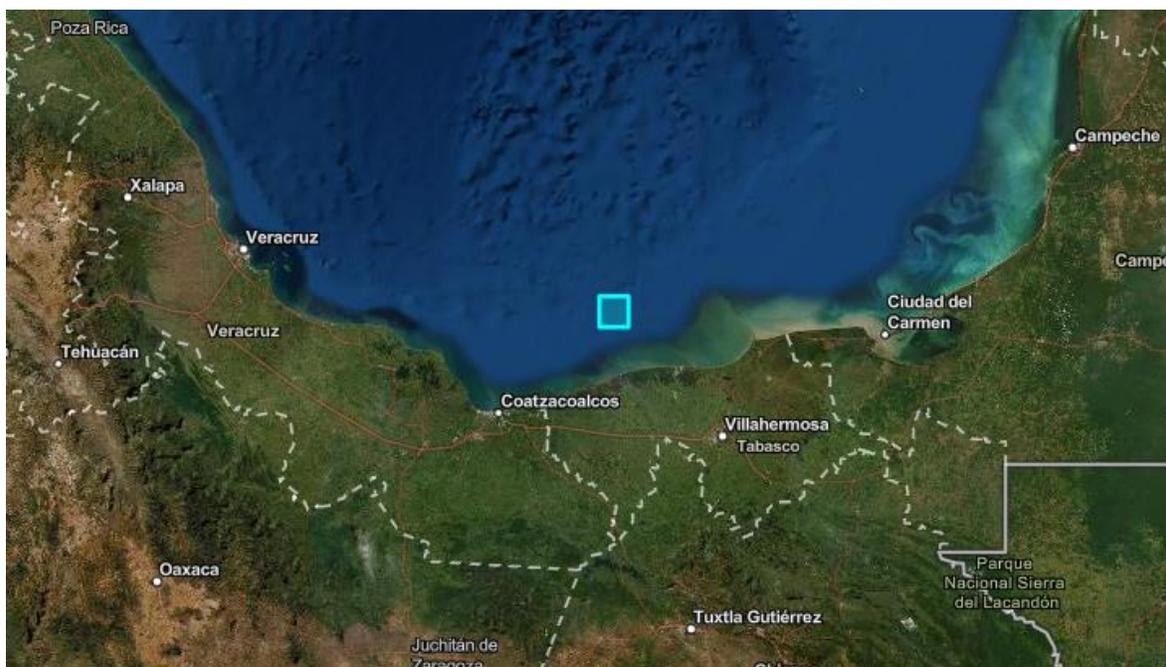
¹⁹¹ CNH-R01-L01-A7/2015, c. 3.2, p. 19.

¹⁹² *Ibidem.*, c. 2.1, p. 17.

¹⁹³ *Ibidem.*, c. 2.3, p. 18.

¹⁹⁴ Staff (2015) “Consortio Talos Energy, Sierra Oil, Premier Oil gana bloque 7 en licitación petrolera en México”, en *Reuters*.

Ubicación área contractual 7/2015



Fuente: IICNIH

Siguiendo con la línea del tiempo, en 2016, la CNH aprueba su plan de exploración,¹⁹⁵ derivado del reproceso e interpretación de información sísmica, y, con esto, obtener mayor conocimiento del subsuelo;¹⁹⁶ esto le permite iniciar operaciones de extracción.¹⁹⁷ Es así que, para julio de 2017, Talos Energy informa, a la CNH, el descubrimiento de un yacimiento de hidrocarburos, derivado de la perforación del pozo Zama-1, el cual se estimó tenía un volumen original *in situ* entre 1,400 y 2,000 millones de barriles, cuyo compuesto principal es crudo ligero entre 28 y 30 grados API.

Esto significa dos cosas: por una parte, el campo Zama es un área contractual ubicada en las aguas someras frente a las costas de Tabasco —como se muestra en la imagen de arriba— y es considerado el campo más importante desde la aprobación de la reforma energética de 2013, ya que contiene más de 670 millones de barriles de crudo ligero, lo cual lo convierte en el yacimiento más rentable en el país.¹⁹⁸ Además, dicho yacimiento se encuentra muy

¹⁹⁵ CNH.E.25.002/16.

¹⁹⁶ *Ibidem.*, pp. 20 y ss.

¹⁹⁷ CNH.UTEXP.011/2017.

¹⁹⁸ Redacción (2017) “Talos Energy, Premier Oil y Sierra Oil descubren yacimiento en México”, en *Expansión*.

cerca de lo que será la nueva refinería Dos Bocas —esto lo vuelve incluso más atrayente para el Estado mexicano y sus empresas productivas.

Zama, por otra parte, también se vuelve de gran interés rápidamente, ya que, a pesar de estar en aguas someras, se encuentra cerca de aguas profundas, lo que permite a Talos Energy seguir realizando actividades de extracción, pues la profundidad del pozo es de 170 metros más profunda para operar, por lo cual, la experiencia, la capacidad financiera y la infraestructura de Talos Energy, como empresa de exploración y extracción, la convierte en el socio indicado para que explote el yacimiento petrolero. Este descubrimiento, a su vez, y como se podrá deducir, provoca que el campo Zama sea el primer yacimiento no logrado por PEMEX, por obvia razón, en lo que lleva vigente la reforma constitucional, la cual da apertura a la inversión privada.¹⁹⁹

Desde la reforma energética de 2013, se crearon grandes cambios para la industria petrolera, como ya expuesto, con lo cual se terminó un monopolio que, durante años, desde 1938, se había presentado en la industria petrolera en el país —al menos en cuestiones de exploración y producción (o extracción). Por lo mismo, al permitir la apertura a la inversión privada para realizar otro tipo de operaciones que no tienen que ver con el transporte o almacenamiento de combustibles, provoca que PEMEX cambie de una empresa paraestatal, a empresa productiva del Estado, lo que ahora la convierte en una empresa más, la cual debe entrar en las reglas de la libre competencia —esto derivado de los cambios que se crearon (reforma constitucional y legislación secundaria) durante la administración pública federal de 2012-2018—, pues fue la competitividad en la exploración y producción, en donde las empresas nacionales e internacionales ahora competirán, y compitieron para conseguir un área contractual bajo el esquema de rondas y licitaciones.

Para realizar dichas rondas y licitaciones, cada área contractual fue previamente investigada por el cuarto de datos de la CNH, con las actividades de adquisición sísmica, 2D, 3D y 4D, en el que se previó la existencia de posibles hidrocarburos pueden contener dichas áreas, para luego realizar trabajos de extracción. No obstante, este esquema contractual de rondas y licitaciones tuvo una etapa previa, en la cual se dio prioridad a PEMEX, con lo cual se “[...] constituye el primer acto de implementación de la reforma

¹⁹⁹ González, L. M. & Amador, O. (2017) “Privados reportan su primer hallazgo de crudo mexicano”, en *El Economista*.

energética y el primer paso para el fortalecimiento esta gran empresa petrolera de todos los mexicanos”.²⁰⁰ De acuerdo con la información de SENER, los resultados de esta ronda son los siguientes:

Resultados de la Ronda Cero

Reservas y recursos prospectivos otorgados

Tipo	Volumen Otorgado (mmbpce)	Otorgado/Solicitado (%)	Superficie Otorgada (Km ²)	Reservas/Producción (años)
Reservas				
2P	20,589	100	17,010	15.5
Recurso Prospectivos	23,447	68	72,897	5.0*
Convencional	18,222	70.9	64,489	
No convencional	5,225	58.8	8,408	

* Se calculó con base en la reserva a incorporar

Fuente: SENER

Entonces, previo a que se iniciaran las rondas con las empresas nacionales e internacionales, la CNH, junto con la SENER, deciden otorgarle a PEMEX una ronda con áreas contractuales, con las cuales contará con el 83% de las reservas 2P y el 21% del recurso prospectivo de México.²⁰¹ De esta forma, se establece un piso para que PEMEX pueda producir del orden de 2.5 mmbd por los próximos 20.5 años, donde pueden explorar el posible hidrocarburo que se encuentra en dichas áreas. Como ya mencioné, esta etapa fue llamada ronda 0, en donde se encuentra el área Amoca-Yaxché,²⁰² la cual colinda con el campo Zama, área que pertenece al consorcio Talos-Premier-Sierra.

Ahora bien, el conflicto de este caso se origina principalmente por esto último, es decir, por cuestiones de colindancia en las áreas contractuales de la ronda 0 (Amoca-Yaxché), con

²⁰⁰ SENER (2014) “Resultados de la Ronda Cero”.

²⁰¹ *Ídem.*

²⁰² AE-0152-Uchukil.

la ronda 1 (Zama),²⁰³ como se muestra en la siguiente imagen. Un problema que, al menos, resulta en un inicio,²⁰⁴ pues el asunto comenzará en dictaminar si, efectivamente, ambos yacimientos colindan, ya que, posteriormente, la disputa se centrará determinar a qué empresa le corresponde realizar los trabajos de explotación del yacimiento, cada una alegando ser la empresa mejor calificada y poseedora de la mayor parte del yacimiento, por lo cual no llegan a un acuerdo;²⁰⁵ asunto en el que se involucrará la SENER, nuevamente.²⁰⁶

²⁰³ CNH.E.19.003/2020.

²⁰⁴ CNH (2020) “Dictamen técnico del posible yacimiento compartido del Capo Zama”.

²⁰⁵ Staff (2021) “Talos Energy dice proceso acuerdo de unificación de Zama con Pemex entrará en ‘próxima fase’”, en *Reuters*.

²⁰⁶ Redacción (2021) “Sener decidirá disputa de unificación del yacimiento ‘Zama’ entre Pemex y Talos”, en *Forbes*.

Yacimiento compartido Zama/Amoca-Yaxché

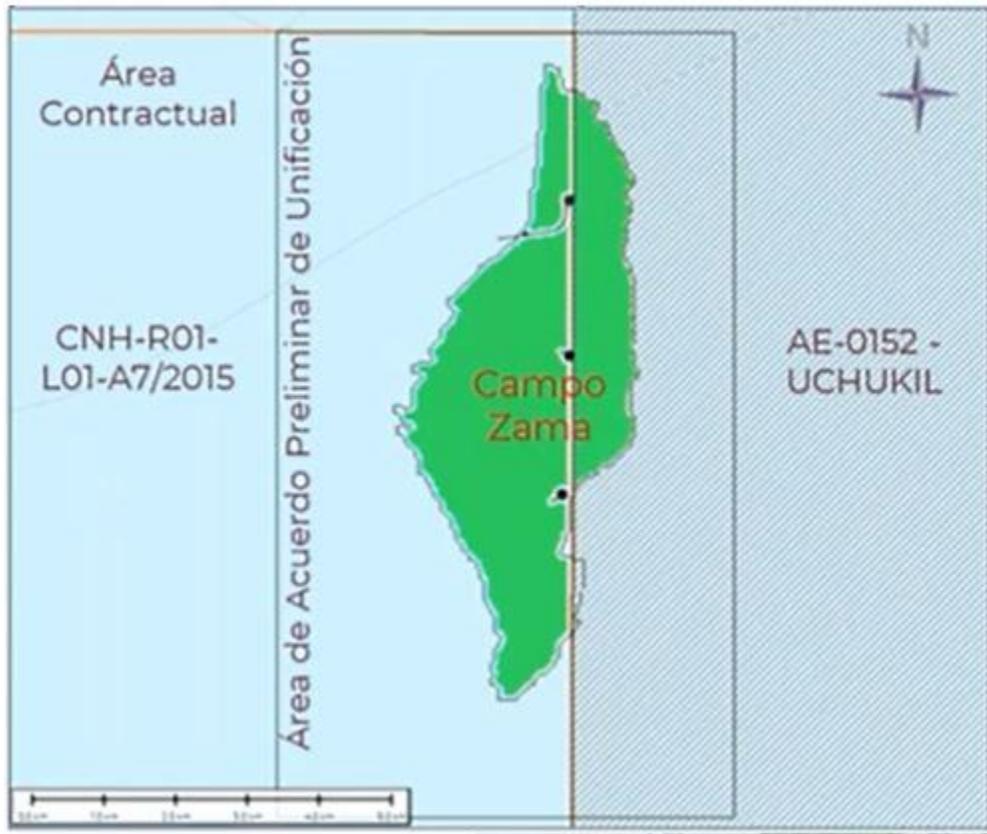


Figura 1.- Representación cartográfica del área de unificación y el posible yacimiento compartido. (Fuente CNH).

Fuente: SENER

Pero bien, en comparación con PEMEX, Talos Energy es una empresa internacional privada de exploración y producción de hidrocarburos; una empresa que, desde 2013, con la reforma energética, cuenta con operaciones en el Golfo de México, en aguas someras. Su objetivo principal es explorar, adquirir y desarrollar activos de hidrocarburos en aguas someras y profundas con infraestructura y, actualmente, su consorcio se compone de Talos Energy, Wintershall Dea y Premier Oil.

PEMEX, por su lado, ha sido la empresa productora del Estado que opera en la cadena de valor de toda la industria de México, con actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, refinación de petróleo, logística y comercialización del petróleo

Como ya he mencionado, no fue sino hasta el 11 de julio de 2017 cuando Talos Energy, siendo persona moral y empezando sus actividades de exploración en el área contractual 7, campo Zama, descubrió su gran potencial; el cual una estimación aproximada de 1,360 a 2,000 millones de barriles, de acuerdo a información de la misma CNH.²⁰⁷

He ahí el primer problema, pues cuando Talos Energy continúa con sus trabajos de exploración, se percata, en el año 2018, que el área contractual es fronteriza con el área Amoca-Yaxché —el área que fue otorgada a PEMEX en la ronda 0— por lo cual, Talos Energy notifica a la CNH sobre el área compartida, deteniendo sus actividades hasta la respuesta que emitiera el órgano controlador; esto último conforme a la cláusula 9 del contrato de exploración y producción que firmó la empresa cuando ganó la licitación del área contractual, el cual dispone que “el contratista deberá dar aviso a la Secretaría de Energía y a la CNH en un plazo que no exceda de los sesenta (60) Días Hábiles posteriores al haber reunido elementos suficientes que permitan inferir la existencia de un yacimiento compartido”.²⁰⁸

Ahora bien, después de los acontecimientos donde Talos Energy notifica a la CNH por el área fronteriza de Zama y Amoca-Yaxché, la CNH le comunica de la situación a PEMEX y la SENER, por lo cual, la empresa productiva del Estado realiza una investigación, la cual confirma que los campos eran compartidos. Por tanto, para el 20 de septiembre de 2018, con instrucción de los lineamientos por parte de la SENER,²⁰⁹ en los últimos meses de la administración pública federal pasada, Talos Energy, junto con PEMEX, suscriben un *Acuerdo Preliminar de Unificación y Operación Conjunta (Joint Operation Agreement)* también llamado APU, con una vigencia de dos años (hasta 2020) —esto de acuerdo con lo establecido en la misma cláusula 9 del contrato del área contractual (exploración y producción) número 7, denominado Zama, así como con el artículo 42, fracción II, de la *Ley de Hidrocarburos*— en relación a ciertos segmentos dentro de la asignación Amoca-Yaxché, convirtiéndolo en el primer *Acuerdo Preliminar de Unificación* en la historia de la industria petrolera en el país —aunque es algo muy común a nivel internacional. Este acuerdo permitió

²⁰⁷ CNH (2017) “Boletín de prensa 025/2017”.

²⁰⁸ CNH-R01-L01-A7/2015, c. 9.1, p. 28.

²⁰⁹ DOF: 15/03/18, art. 19 y 20.

que las dos petroleras compartieran información relativa al yacimiento y, así, evaluar la extensión de la asignación de PEMEX.

Con este acuerdo, ambas empresas inmediatamente establecieron un grupo de trabajo en el que colaborarían conjuntamente, para elevar sus recursos operativos e informáticos a altos niveles. El grupo de trabajo estuvo integrado por representantes legales y técnicos de cada una de las empresas. Asimismo, se definieron las actividades a realizar de cada parte para optimizar la adquisición de sísmica y reducir riesgos.

Asimismo, PEMEX se comprometió a perforar un pozo cercano para confirmar el porcentaje de recursos que le corresponderían a cada empresa; por otra parte, Talos Energy, junto con su socio comercial Premier Oil, expresó su capacidad tecnológica y de inversión para desarrollar el campo, y se declaró listo para comenzar, en corto plazo, con las actividades extracción del yacimiento.

No obstante, como resultado del cambio en la administración pública federal, en 2018, se origina una segunda parte de lo que es el actual conflicto entre ambas empresas, ya que se traza, desde sus primeros días, una nueva política energética, cuyo principal objetivo consiste en brindar un apoyo total a PEMEX, algo que, en realidad, no debería extrañar, ya que fue una de las banderas de campaña del actual ejecutivo federal en los comicios de 2018, por lo que el discurso de «rescatar a Pemex» no debería ser sorpresivo.²¹⁰ “fortalecer a Pemex no debería ser una propuesta polémica, independientemente de la visión que se tenga en la industria petrolera”.²¹¹ Además, a los pocos días de entrar en funciones, se presenta un *Plan Nacional para Producción de Hidrocarburos*, con lo cual se pretende alcanzar una producción de 2,400,000 de barriles para el fin de sexenio.²¹²

Por lo mismo, una de las primeras medidas que se toman a consideración para llevar a cabo este plan, es el combate a la corrupción en la administración de PEMEX —entre la más importante, combatir el huachicoleo— por lo que la nueva política energética de «rescate a

²¹⁰ Mentado, P. (2018) “49 acciones de AMLO para rescatar el sector energético, CFE y Pemex”, en *Energía Hoy*.

²¹¹ Jiménez Gutiérrez, J. (2015) “La fortaleza de PEMEX como eje rector de cualquier reforma energética”, en Cárdenas Gracia, J. (coord.) *Reforma Energética. Análisis y consecuencias*, Tirant lo Blanch: México, p. 221.

²¹² SENER (2018) “Mensaje del presidente Andrés Manuel López Obrador, durante la presentación del Plan Nacional para Producción de Hidrocarburos”, en *Blog*.

PEMEX» va en un sentido que si bien nacionalista, también proyecta algunas cuestiones que considero importantes respecto a la reforma energética, y que ya he mencionado, como el factor de haber analizado si era lo mejor realizar una reforma constitucional en materia energética, con la finalidad de abrir el mercado, pero no haber atendido los problemas estructurales que tenía (y sigue teniendo) PEMEX, derivados por cuestiones de corrupción.

Al margen de esto último, la nueva política energética por la actual administración pública federal (2018-2024), toma una dirección por la cual la apertura a las empresas privadas dentro del mercado energético se vio estancada, debido a su búsqueda por el fortalecimiento de las empresas productoras del Estado en el sector energético (PEMEX y CFE); por ejemplo, en el tema de los hidrocarburos, se suspendieron las subastas y licitaciones programadas que ya se habían determinado por la anterior administración pública federal (2012-2018), alcanzando solo hasta una ronda 3, con una licitación, con la cual se suscriben 16 contratos.

Entonces, teniendo en cuenta que uno de los cambios que se realizaron fue no seguir con las rondas petroleras, con lo cual se evitó que los particulares (tanto nacionales como extranjeros) pudieran participar en las siguientes licitaciones de aguas profundas, someras y terrestres, puede considerarse que el «rescate a PEMEX» es una política que, al momento, pretende dar preferencia a las empresas productoras del Estado; una cuestión que previó Grunstein,²¹³ y que ya he estudiado en el Capítulo II.

Ahora bien, otro cambio que ha intentado la actual administración pública federal, desarrollado en este año (2021), es realizar una reforma a la *Ley de Hidrocarburos*, la cual, como ya he analizado, se encuentra actualmente en suspensión, debido a la promoción de diversos juicios de amparo, pero que, de no estarlo, permitiría al gobierno mexicano suspender los permisos otorgados a empresas privadas, en caso de un «peligro para la seguridad nacional, seguridad energética, y la economía nacional».²¹⁴

En fin, estos son algunos cambios e intentos de cambio que confirman la nueva política energética sustentada por la nueva administración pública federal, la cual, como mencioné un poco más arriba, no debería extrañar, ya que fue una de las propuestas durante la campaña del actual ejecutivo federal. No obstante, lo que sí me llama un poco la atención no es tanto la prioridad y fortalecimiento que se ha venido sosteniendo en estos últimos años, sino la

²¹³ Grunstein Dickter, M., *óp. cit.*, p. 179.

²¹⁴ DOF: 04/05/2021, art. 59 bis.

generación de incertidumbre y la promesa de no presentar efectos retroactivos para las empresas privadas —de respetar los acuerdos ya pactados en la administración federal anterior (2012-2018). Todo esto ya lo he abordado en el Capítulo I de este estudio.

Por razones similares, entonces, puede entenderse que, para el 5 de julio de este año (2021), la SENER haya determinado que PEMEX fuera el titular del yacimiento de Zama, ya que, de acuerdo a la secretaría, la empresa productora del Estado era la empresa que tiene mayor capacidad financiera entre las dos, y, de igual manera, la mayoría del crudo ligero en el campo, así como la infraestructura para operar el yacimiento marino.²¹⁵

Debido a esta decisión de la SENER de tomar el control y revocar la asignación del área a la empresa, Talos Energy tiene pensado prepararse de manera legal y recurrir al arbitraje internacional contra el mismo Estado y el órgano regulador, por violación de derechos, ya que, conforme a la *Ley de Hidrocarburos*, Talos Energy estuvo siempre pendiente, notificando a la CNH de sus actividades, negociando con PEMEX el acuerdo unilateral, así como no tardar más de 180 días en entregar informes, ni violó la ley. Conforme al artículo 10 de la *Ley de Hidrocarburos*, la única forma de que la SENER pueda revocar la asignación de un área es, en efecto, faltando a todo antes mencionado.

En resumen, la controversia entre Talos Energy y el Estado mexicano, da origen porque el descubrimiento, en el campo de Zama, se extiende al bloque vecino de PEMEX, por lo que la SENER ordenó se iniciara un procedimiento de unificación, en cumplimiento del artículo 42, fracción II, de la *Ley de Hidrocarburos*. Asimismo, la Secretaría determinó como plazo máximo hasta el 25 de marzo de este año (2021) para que las dos partes llegasen a un acuerdo de unificación inicial, con el fin de establecer reglas sobre operaciones compartidas, así como para maximizar recursos operativos e informáticos; acuerdo que no pudo efectuarse.

Aunado a lo anterior, es importante aclarar que si bien PEMEX presentó su factibilidad y capacidad tanto operativa como económica, manifestando que tenía el apoyo de la SENER, compartiendo sus números reales para llevar a cabo dicho proyecto, es bien sabido que, además de encontrarse en una situación económicamente vulnerable, el presupuesto de PEMEX, no depende de sí mismo, sino que está en manos del Congreso de la Unión, por lo que es una debilidad, ya que su fuente de ingreso está en relación directa con cuestiones de

²¹⁵ Redacción (2021) “Sener entrega megacampo Zama a Pemex tras disputa con petrolera privada”, en *Forbes*.

política presupuestaria, la cual es impredecible e inestable, aunque su presupuesto, para 2021, fue de 544,600 millones de pesos,²¹⁶ lo cual se espera se siga aprobando un presupuesto similar; por supuesto, se mantendrá siempre y cuando siga el programa y política nacionalista de «rescate a PEMEX».

Por tanto, en el supuesto de que arribe una mayoría en el congreso por un partido distinto al actual (me refiero al ganador de los comicios de 2018 y las elecciones intermedias de 2021), podría dejar sin recursos al proyecto y la imposibilidad de continuar como operador, siempre y cuando la mayoría no comparta la misma política energética, queda claro. Además, que no sean aprobadas las reformas constitucionales que se tienen planificadas —la llamada contrarreforma. Todo esto ya ha sido tratado a profundidad tanto en el Capítulo I, como en el Capítulo II, por lo cual, la actual administración pública federal tiene planeado dejar un proyecto de nación que sea difícil de erradicar, por lo que se necesitaría de una unión política, aún mayor que los comicios de este año (2021) para hacer frente al partido hegemónico y, por ende, lograr una mayoría que proyecte una agenda nacional en política energética distinta a la que se maneja actualmente. Aunque, como indica Grunstein: “de la reforma en adelante, sería la capacidad de ejecución, y no su basamento constitucional, la que mantendría a PEMEX como un operador importante en el subsuelo mexicano”.²¹⁷ En el mismo sentido, como advierte Jiménez Gutiérrez: “[...] la única forma que tiene un Estado petrolero de salir bien librado en sus tratos con las petroleras privadas internacionales es contando con una gran capacidad de autoejecución”.²¹⁸ Por tanto, más que fijar la atención a las posibles reformas constitucionales, es preciso analizar la eficiencia del *Plan Nacional de Refinación*, el cual, según se afirma por el mismo ejecutivo federal, que “[...] no es un asunto ideológico. Es juicio práctico. Son datos duros”,²¹⁹ y cuyo objetivo principal es lograr la *seguridad energética* en el país.

Por tanto, lo que se espera de la disputa en mención, es que la autoridad federal reconsidere su actuar y que proyecte un acuerdo similar al sustentado en 2018, es decir, un acuerdo de

²¹⁶ DOF: 11/12/18.

²¹⁷ Grunstein Dickter, M., *óp. cit.*, p. 171.

²¹⁸ Jiménez Gutiérrez, J., *óp. cit.*, p. 207.

²¹⁹ SENER (2018) “El presidente Andrés Manuel López Obrador presenta el Plan Nacional de Refinación”, en *Blog*.

unificación, puesto que, para los intereses de Talos Energy, la decisión de la SENER violenta sus derechos contractuales, por lo que no se está actuando conforme a derecho, pues podría considerarse un caso obvio en donde “[...] la función principal de los distintos secretarios de Energía ha sido llevar a cabo la voluntad del presidente”,²²⁰ y, por ende, que esa voluntad esté violentando acuerdos internacionales pactados entre las naciones, tal como el T-MEC y BLUE-BIT (Tratado Bilateral de Inversiones entre los México y Unión Económica Belga-Luxemburguesa), ya que Talos Energy lleva 6 años de inversiones en el proyecto de Zama, por lo que decidir a favor de PEMEX, le ocasionan pérdidas —al momento, ha invertido casi un total de 350 millones de dólares.

Esto, a su vez, ha empezado a generar cierta inconformidad para el sector privado, en tanto a lo que es la seguridad jurídica, a pesar de obtener la protección de la justicia federal; como ha pasado en materia eléctrica, algunos particulares ya planean acudir a instancias internacionales para dirimir controversias. Cabe aclarar, sin embargo, que Talos Energy no renuncia a la opción de lograr un acuerdo justo y que beneficie a ambas partes. Por lo mismo, insisto en que la política adecuada para este caso, no es tanto la instancia judicial o el arbitraje internacional, sino realizar acuerdos nuevos.

Precisamente, es por este tipo de cuestiones que he argumentado el por qué a la actual administración pública federal no le es conveniente realizar actividades que puedan afectar a los particulares, sino que debe priorizar realizar nuevos acuerdos, tal como lo ha realizado en materia eléctrica, donde la CFE ha renegociado varios contratos de gasoductos, lo cual no solo ha generado certidumbre en el rubro, sino incluso ha representado algunos ahorros importantes.²²¹ Hacer lo contrario significaría que las instituciones en México son débiles, y, por lo tanto, necesita de modificaciones constitucionales (con carácter retroactivo) o actos preferenciales (que afectan la competencia) para lograr los objetivos que desea. Además, es importante resaltar que las instancias internacionales a las que ha sido sometido el Estado mexicano, aparte de ser instancias largas (de años), no han traído buenos resultados para el Estado, resultando condenado al pago de millones de dólares en concepto de indemnización.

En fin, hasta aquí los antecedentes que conforman este caso práctico, lo cual es llamativo, pues es posible que la nueva política energética sea la causante de este conflicto, ya que, con

²²⁰ Grunstein Dickter, M., *óp. cit.*, p. 186.

²²¹ Alegría, A. (2021) “Ahorra CFE más de 6 mil mdd al renegociar contratos de gasoductos”, en *La Jornada*.

la pasada administración pública federal (2012-2018), se llegó a trazar un acuerdo entre las partes, el cual, si bien no llegó a consumarse, iba acorde a lo dispuesto en la ley, es decir, a una política liberadora del mercado. Esto no quiere decir, sin embargo, que la actual administración vaya en contra o tenga una política antiextranjera, sino, más bien, que la política de «rescate a PEMEX» no permite que exista un piso parejo para los competidores, debido a que el Estado beneficia directamente a una empresa en particular, lo que provoca que la competencia no sea orgánica, sino artificial, en el sentido que se da prioridad a una empresa productora del Estado.

En el punto siguiente, dejaré esto último un poco más claro. Por ahora, queda así estructurados los puntos importantes de este caso práctico que es la disputa por Zama; un caso que engloba, hasta ahora, lo analizado en el trayecto de esta disertación.

4. Análisis jurídico-procesal del caso Zama

Pues bien, este cambio en la política energética por la administración pública federal, es lo que, de alguna manera, ha provocado el conflicto entre la empresa productiva del Estado (PEMEX) y Talos Energy, al decidir ya no trabajar en conjunto. Por tanto, la disputa entre las dos petroleras inicia cuando la intención de cada empresa es hacerse de la titularidad del campo. Por lo mismo, para el 25 de marzo de 2021, cuando ya se había vencido el término del acuerdo unilateral que PEMEX y Talos Energy habían pactado, es la fecha clave en este asunto, pues las empresas no llegaron a un acuerdo por quién sería el titular del campo, y debido a esto, de acuerdo con la legislación vigente, en caso de no lograrlo, sería la SENER la autoridad que tomaría la decisión de proponer los términos finales del acuerdo, por lo que la CNH queda en segundo plano.

Las cosas se dificultan aún más en el momento en que ambas partes decidieron contratar a una empresa para evaluar la participación del tracto inicial dispuesto en el acuerdo, por lo que concluyó que la empresa productiva del Estado (PEMEX), tenía la mayor participación bruta. Inconforme, el consorcio de Talos Energy, contrató a Netherland, Sewell & Associates, Inc.²²² para que llevaran a cabo una evaluación independiente, misma que determinó que el

²²² Staff (2021) “Pemex asegura que la mayoría de los hidrocarburos en Zama son suyos”, en *Oil & Gas Magazine*.

consorcio del bloque 7 posee el 59.6% y PEMEX posee el 40.4% de la participación en el yacimiento de Zama.²²³ Sin embargo, tiempo después se concluye que la mayor participación es de PEMEX, con un 50.4% y el consorcio con un 49.6%.²²⁴

Por lo mismo, en julio del presente año (2021), la SENER, confirmó que PEMEX sería la empresa que operará el mega yacimiento (en virtud de no llegar a un acuerdo entre las partes), basándose en información en debate, puesto que es clara la evidencia —es decir, alude a que los números que no concuerdan— lo cual, de acuerdo a lo que se ha analizado, parece ser más un tema político, en virtud de que Talos Energy proporcionó abundante información para avalar su dicho (capacidad técnica y operativa), cuestión que PEMEX ignoró, e incluso había ya previamente declarado en su plan de negocios del 2020-2021, el cual estaba considerando en tener y ejecutar la operación de este campo, es decir, sin antes haber obtenido una resolución final de las autoridades competentes —aunque concedora de poseer la mayor parte del yacimiento.²²⁵

Entonces, mientras que el consorcio liderado por Talos Energy, dentro de la amplia evidencia, perforó tres pozos delimitadores que extienden y dan una mejor idea del modelo petrofísico. Por el lado contrario, lo que corresponde a PEMEX, no se conocía muy bien qué tanta cantidad de crudo se extiende en los pozos correspondientes de su zona. Aquí es donde se presentaron datos curiosos sobre lo antes mencionado, ya que PEMEX, en su propio plan de negocios de 2021, establece que estaba considerando tener la operación de este campo para la creación de campos aledaños más pequeños y marginales, tales como el campo de Nikita, lo que da a entender que PEMEX había apostado una solución política para quedarse con la operación del yacimiento en disputa, en lugar de presentar las credenciales técnicas y operacionales ante las autoridades correspondientes.

Otro aspecto relevante es que PEMEX afirmaba también que contaba con el apoyo de la SENER y que también contaba un presupuesto de 14,000 millones de dólares, mostrando así una debilidad, ya que los presupuestos de PEMEX siguen siendo dominados por la parte del Congreso, y no como son los de una empresa privada. Cabe resaltar también que se creó un

²²³ Solís, A. (2021) “Talos Energy desdeña datos de Pemex sobre megacampo Zama”, en *Forbes*.

²²⁴ Solís, A. (2021) “Firma contratada por Talos Energy y Pemex dice que petrolera mexicana tiene la mayoría del megacampo Zama”, en *Forbes*.

²²⁵ Staff (2021) “Sener entrega el megacampo Zama a Pemex tras disputa con petrolera privada”, en *Forbes*.

conflicto de interés, ya que la propia titular de SENER, fue quién firmó un oficio en el que se le otorga a PEMEX la operación del campo compartido, pero se presume que lo hizo en función de que es la presidente del consejo de administración,²²⁶ lo cual puede ser una opción de impugnación por la cual es posible declarar una invalidez a esa decisión, al presentarse como parte de la estrategia legal en los tribunales mexicanos y, también, llegar al amparo por parte de Talos Energy, que es una empresa americana protegida por el T-MEC —sumado a la cláusula del contrato.²²⁷

Por tanto, el problema que se sustentó, en el proceso de toma de decisiones, fue que la SENER no presentó, en ningún momento, ninguna evidencia o recurso por el cual se validara que PEMEX fuera el mejor operador, lo cual constituye la cuestión más relevante, pues la capacidad de ejecución es lo que permite el aprovechamiento del yacimiento. Obviamente, y, por ende, este proceso de toma de decisiones da a pensar que tiene un interés político o incluso narrativo con respecto a la política energética que se está llevando a cabo. Se podría decir, por lo mismo, que es un campo minado respecto a la seguridad jurídica, por lo que se pone en entre dicho el conjunto de decisiones que ha tomado el gobierno en materia energética.

Aunado a esto, el campo de Zama está a una profundidad donde PEMEX no ha podido trabajar prácticamente; actualmente, su campo más profundo se encuentra a 135 metros, mientras que el yacimiento de Zama se ubica a una profundidad de 165 metros, por lo cual no cuenta con un récord comprobado que le permita acreditar, de forma técnica, que es el operador más eficiente para la toma de Zama.²²⁸ Por lo mismo, este tipo de acción se interpreta como una zancadilla que se le está dando al sector privado en materia de energía, debido a la actual política energética de la actual administración pública federal.

Otro problema es que PEMEX no presentó un modelo económico o al menos no lo presentó la SENER de manera suficiente, mediante el cual se pudiera acreditar que PEMEX es superior a Talos Energy. Sin embargo, Talos Energy, por su parte, sí lo presentó, lo cual es un beneficio superior a los 13 mil millones de dólares, durante la vida del contrato a realizar. Asimismo, hay que establecer claramente que Talos Energy cuenta con inversiones

²²⁶ Grunstein Dickter, M., *óp. cit.*, pp. 178 y s.

²²⁷ CNH-R01-L01-A7/2015, c. 26.5, p. 61.

²²⁸ Sandoval, A. (2021) “Talos pagaría hasta 28 mdd por Zama”, en *Energy & Commerce*.

que exceden los 1,200 millones de dólares; PEMEX, por su parte, cuando decidió no perforar el pozo de Asab 1, aludía que no podía realizar tal operación, debido a falta de inversión.²²⁹

El nombramiento de Pemex para que sea el operador del pozo de Zama se da, justamente, cuando se presentaron las escenas de la fuga de hidrocarburos. Lo que sucedió, fue que se dio una fuga, principalmente, de gas húmedo (el cual usualmente contiene heptano o líquidos del gas), por lo que estas líneas de recolección están magnéticamente electrificadas, lo cual ocasiono la combustión —que son pequeñas bolsas de gas natural. Sin embargo, si PEMEX no hubiera establecido buenos controles, probablemente esa explosión hubiera alcanzado la plataforma y se habrían perdido, además de grandes sumas de inversión, muchas vidas. Por lo que es muy difícil y complicado argumentar que la empresa PEMEX sea un operador superior a Talos Energy, y que, por tanto, lo sea también en *pro* de la sociedad mexicana.

De acuerdo con la Onexpo Nacional, la cual es una de las organizaciones de gasolineros más grande de México, existieron tres factores por los cuales la SENER otorgó a PEMEX, y no a Talos Energy, la operación del yacimiento, debido a un estudio realizado por la CNH. Los tres factores con los cuales no contó la empresa privada (Talos Energy) consisten en:

1. No tiene una producción de, al menos, 10,000 barriles diarios dentro del territorio nacional; así como tampoco.
2. No cuenta con capacidad de distribución.
3. No cuenta con capacidad comercialización dentro del país.

Dichos criterios pueden llegar a considerarse de arbitrarios, puesto que es lógico que una empresa extranjera que poco tiempo de haber iniciado operaciones (2016), dentro del territorio nacional, no cuente con producción, comercialización o distribución, por lo cual es visible la motivación que llevó a la SENER a tomar esta decisión, sin respetar el apartado 2.1 del contrato entre CNH y Talos Energy, debido a que la normatividad aplicable al momento, en conjunto con el contrato, permitía, de forma exclusiva, a Talos Energy el derecho exclusivo de conducir las actividades petroleras en el área asignada y la misma empresa podría alegar la violación a sus derechos como inversionista extranjero en territorio mexicano

²²⁹ García, K. (2021) “Pemex descarta perforación de pozo con el que se probaría sus recursos en yacimiento Zama”, en *El Economista*.

(tomando en cuenta, además, la existencia de protección a inversionistas dispuestas en el T-MEC).

5. Algunas cuestiones relevantes al caso de Zama

Talos Energy debe tomar la decisión si se queda y trata de operar conjuntamente con PEMEX, o decidir hacer algún recurso de revisión o un amparo para tratar de revertir la decisión de la SENER, o hacer un arbitraje con el litigio internacional, con fundamento en el T-MEC, el cual le da la oportunidad para dirimir la controversia mediante un arbitraje internacional contra el Estado mexicano. Para esto, es posible invocar el artículo 21 de la *Ley de Hidrocarburos* el cual indica los medios y procesos para llevar a cabo un arbitraje. Además, respecto al contrato, en su cláusula 26.5.

Por otra parte, es posible argumentar con lo dispuesto por los *Lineamientos que establecen el procedimiento para instruir la unificación de yacimientos compartidos y aprobar los términos y condiciones del acuerdo de unificación*,²³⁰ pues esta normativa no se siguió, y, por ende, no se aplicó, ya que, la SENER debió de revisar los lineamientos de unificación tomando en cuenta los principios de transparencia, competitividad, eficiencia, legalidad y las mejores prácticas de la industria, de acuerdo al artículo 1.

En fin, lo que se necesita, en realidad, es aprovechar el yacimiento Zama, y no gastar tiempo en controversias innecesarias. Por una parte, estar en litigio provocaría que la producción sea lenta, ya que, se perdería mucho tiempo, afectando a las empresas y al propio Estado, por lo cual la disputa debe de resolverse en pronto tiempo; en este caso, renegociar, aunque, como advierte Rodríguez Padilla: “los arreglos ganar-ganar son mera utopía [...]”²³¹ Esto no debe impedir, sin embargo, que se deba tirar la toalla y dar todo por perdido, de tal suerte que, como busca actualmente Talos Energy, su pretensión de llegar a un acuerdo, sea vista con malos ojos. Lo que sí me parece acertado, empero, es que estos acuerdos deben ser de periodos cortos, pues “la compañía es constante y consistente en interpretar el acuerdo siempre en su beneficio, algo que el Estado es incapaz de hacer de manera sistemática, porque

²³⁰ DOF: 15/03/18.

²³¹ Rodríguez Padilla, V., *óp. cit.*, p. 243.

los gobiernos, las políticas públicas y las prioridades cambian a lo largo del tiempo”.²³² Esto produciría un problema, al igual lo es la cuestión presupuestaria de PEMEX, y que hice mención un poco más arriba.

Cabe mencionar, al margen de esta cuestión, que las autoridades reguladoras (CRE y CNH) no deben tomar decisiones discriminatorias en las actividades que están involucradas las empresas productivas del Estado, ya que este tipo de actividades puede repercutir en problemas no solo de competencia, sino en otros rubros de vital importancia. Por ejemplo, el hecho de si tienen o no capacidad para contener y regular a las grandes transnacionales, y, por ende, de limitarlas al Estado de derecho, se vuelve un tema imprescindible; y lo mismo debe exigirse para las empresas productivas del Estado.²³³

Otro ejemplo es la cuestión ambiental. Talos Energy, verbigracia, realizó un estudio de 444 páginas, en donde se realiza una evaluación de impacto ambiental, respecto al área contractual 7, el cual fue aprobado por la ASEA.²³⁴ Por tanto, así como existe esta exigencia para los particulares, es necesario que el Estado no olvide, en su afán de implementar una política nacionalista, que el fundamento para «fortalecer a PEMEX», no debe radicar en una cuestión normativa, la cual le permita o faculte realizar ciertas acciones, sino que debe ceñirse en su capacidad de ejecución; especialmente, en el tema de medio ambiente, ya que PEMEX, durante su etapa monopólica en exploración y producción, ha sido responsable de múltiples daños al medio ambiente, lo cual debe transformarse en una actividad prioritaria para el país,²³⁵ debido a los cambios climáticos recientes a nivel mundial.

No vaya a ser que, debido a la política nacionalista de la actual administración pública federal, en su objetivo de recuperar a PEMEX, caiga en acciones que vulneren derechos de los ciudadanos, pues “[...] aunque existe tecnología suficiente para disminuir la contaminación emitida al aire en un 95%, las empresas productoras las utilizan sólo si es penado por la ley no hacerlo [...]”.²³⁶ Mientras tanto, es un punto a favor del actual gobierno

²³² *Ídem.*

²³³ Cárdenas Gracia, J., *óp. cit.*, p. 313.

²³⁴ ASEA/UGI/DGGEERC/0288/2017.

²³⁵ Hernández, M. A., *óp. cit.*, p. 129.

²³⁶ *Ibidem.*, p. 132.

que la fracturación hidráulica (*fracking*) se haya decidido suspenderla, ya que, como ya analicé en el Capítulo III, provocaría un problema mayor con la escasez de agua.

En fin, con las controversias que se causaron entre las empresas y el gobierno mexicano no se pudo llegar a ningún acuerdo, por lo que la empresa Talos Energy, puede tomar acciones legales en contra del Estado mexicano, y el órgano de gobierno (SENER), ya que está dentro de sus derechos, que tiene la empresa, la cual está protegida por múltiples ordenamientos, en caso de ser perjudicada injustamente, de modo que puede implementar y promover la instancia del juicio arbitral internacional, contra quien afecte sus derechos y obligaciones. No obstante, apostar por dicha vía, provocaría que la disputa siga por mucho más tiempo. Conforme lo establecido con la ley, por una parte, Talos Energy se encuentra preparado para las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, ya que cuenta con experiencia, la capacidad financiera y la infraestructura adecuada; por otra parte, PEMEX se encuentra en posibles conflictos de interés, ya que ha tenido problemas técnicos y su capacidad financiera se encuentra muy baja. Por el momento, el campo Zama permanecerá sin actividades hasta una solución.

Pues bien, en el capítulo siguiente, enunciaré cuales son los factores primordiales para la resolución de esta clase de conflictos, principalmente aquellos en donde puede existir una incertidumbre, sea ya por la política de la actual administración pública federal, o bien, por su actuar. La clave, por supuesto, se centra en cómo los tribunales federales pueden mantener el orden jurídico, y, en especial, hacer valer el Estado de derecho, pues ni particulares, ni el Estado mismo, deben corromper tal cuestión. Por tanto, para mantener la firmeza de un Estado de derecho, es importante aportar por un discurso diferente, el cual no vaya conforme a la implementación de mayor regulación en las distintas materias, sino en un discurso que permita enfocar el punto de análisis a una cuestión en donde la formación sea un punto clave, y, por tanto, la hermenéutica se vuelva un punto a favor en este tipo de complejidades.

CAPÍTULO V

PROYECCIÓN DEL DISCURSO DESDE LA HERMENÉUTICA BASE DEONTOLÓGICA PARA UN ESTUDIO ESPECIALIZADO

1. ¿Cómo combatir la incertidumbre de los procesos?

Hasta este punto, he tratado de no desviarme al respecto de la temática procesal. No obstante, me parece que ha llegado el momento en que me es inevitable tratar cuestiones que, si bien para algunos puede considerarse como alejarse un poco de ese rubro, considero son condición *sine qua non* para la proyección del discurso que he tratado: el debido proceso.

Por ende, para empezar a construir bases idóneas para operar un derecho procesal energético, es menester abordar —a diferencia de lo que ya comenté en el Capítulo II— en primer lugar, el tema de la *formación*. Esto, por una parte, ya que prestar atención a modelos que ofrecen una mejor práctica judicial, con matices que se interesan por una racionalidad de las decisiones, me resulta convincente para combatir la incertidumbre procesal que se ha acarreado desde la reforma de 2013 y, al mismo tiempo, se propiciaría un diálogo judicial, en todos sus niveles, el cual permitiría dar lugar a un sistema que esté a favor del principio *pro persona*, por razones de defensa y promoción de derechos humanos; en lugar del actual sistema jerárquico —regulado en México— que obstaculiza esa «mayor protección».

Por otra parte, y, en segundo lugar, habrá que atender, nuevamente, problemas de índole política, en el contexto del mundo globalizado; de gobernabilidad, principalmente. Si un Estado es incapaz, por ejemplo, de atender y disminuir el flujo de exigencia, por medio de sus instituciones, lo que demandan sus ciudadanos, entonces, la gobernabilidad queda comprometida. Por tanto, las instituciones públicas se convierten en punto clave para combatir la incertidumbre de los procesos: tener instituciones fuertes, generan confianza.

Si esto se analiza, en ese orden de ideas, desde la óptica judicial, entonces, bien podría aludirse la existencia de un estado de indefensión, ya que los jueces no generan confianza en México; un problema sustancial si lo que se pretende es dar una buena imagen internacional.

Con el propósito de dimensionar qué grado de incertidumbre existe respecto al debido proceso, citaré algunas cifras de distintos estudios estadísticos sobre este rubro. Empezaré

por lo más general, para luego ir a lo más particular. Para tal propósito, iniciaré con los datos del *Word Justice Project 2020* (WJP 2020),²³⁷ el cual es un estudio que mide cómo los ciudadanos experimentan y perciben el estado de derecho, basándose en más de 130,000 encuestas y 4,000 expertos a nivel mundial —128 países y jurisdicciones. En el caso de México (todos los datos del estudio tienen una escala del 0 al 1, donde 1 representa mayor adherencia al estado de derecho):

1. A nivel mundial, se ubica en el lugar 104 de 128.²³⁸ Tiene una puntuación de 0.44.²³⁹
2. A nivel regional (América Latina) ocupa la posición 26 de 30, solo por arriba de Venezuela, Bolivia, Nicaragua y Honduras.²⁴⁰
3. Respecto a ausencia de corrupción, se encuentra en el lugar 121, con una puntuación de 0.27.²⁴¹
4. En tanto a la cuestión de respeto a los derechos humanos, ocupa la posición 78, con una puntuación de 0.52.²⁴²
5. Respecto a la justicia civil, se posiciona en el lugar 116, con una puntuación de 0.39.²⁴³
6. Para la justicia penal, tiene una puntuación de 0.30 y ocupa el lugar 119.²⁴⁴

Ahora, pasaré al *Índice Global de Impunidad 2020*, el cual es un estudio cuyo objetivo es “[...] visualizar cuantitativamente el problema global de impunidad y su relación con otros fenómenos complejos como la desigualdad, la corrupción y la violencia”.²⁴⁵ De acuerdo con sus datos, México:

²³⁷ Para mayor información, *vid. WJP Rule of Law Index 2020*.

²³⁸ *Ibidem.*, p. 106.

²³⁹ *Ibidem.*, p. 7.

²⁴⁰ *Ibidem.*, p. 18.

²⁴¹ *Ibidem.*, p. 23.

²⁴² *Ibidem.*, p. 25.

²⁴³ *Ibidem.*, p. 28.

²⁴⁴ *Ibidem.*, p. 29.

²⁴⁵ *IGI 2020*, p. 7.

1. Es uno de los países con impunidad muy alta. Ocupa la posición 60 de 69 países, con una puntuación de 49.67.²⁴⁶
2. Escaló 6 lugares desde los últimos resultados de 2017.²⁴⁷
3. Cuenta con 2.17 jueces por cada 100,000 habitantes. Un claro contraste con el país mejor calificado, Eslovenia, que tiene 42.77 jueces por cada 100,000 habitantes.²⁴⁸

Entre otros datos interesantes, el estudio (recomienda) concluye indicando:

Mejorar las capacidades del sistema de justicia, incluyendo procuración e impartición de justicia, resulta clave para aspirar a reducir niveles de impunidad extremadamente altos. Un sistema de justicia deficiente implica, en primer lugar, acceso desigual a la justicia y permitir procesos de doble victimización, pero significa también la imposibilidad de enfrentar la inseguridad pública a través de las instituciones del sistema de justicia

[...]

Enfrentar los muy altos niveles de impunidad para el caso mexicano pasa, necesariamente, por mejorar las capacidades y el funcionamiento de las instituciones de los sistemas de justicia y seguridad, así como brindar una protección más efectiva a los derechos humanos.²⁴⁹

Por otra parte, otros datos que también son interesantes, son los manejados por el INEGI, el cual ofrece información respecto a la confianza de las instituciones, así como la percepción de corrupción sobre ellas. Respecto al tema que me interesa, la información es la siguiente:²⁵⁰

1. Para 2019: 68.4% de los encuestados, consideran que los jueces son corruptos; y
2. Para 2020: 70.1% consideran que los jueces son corruptos.

²⁴⁶ *Ibidem.*, p. 9.

²⁴⁷ *Ibidem.*, p. 13.

²⁴⁸ *Ibidem.*, p. 14.

²⁴⁹ *Ibidem.*, pp. 14 y s.

²⁵⁰ Para mayor información, *vid. Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2020 (ENVIPE)*.

Estos datos indican que en ha habido un aumento en la percepción de la corrupción entre los jueces cercano al 2%. Además, de acuerdo a los últimos datos emitidos:²⁵¹ 64.1% atribuye a la autoridad la razón principal para no denunciar, entre las cuales se encuentran:

1. Pérdida de tiempo (36.3%);
2. Desconfianza en la autoridad (15%);
3. Trámites largos y difíciles (8.4%); y
4. Actitud hostil de la autoridad (3.5%).

Por último, no podría ser más relevante el *International Property Right Index 2020* (IPRI), el cual arroja datos de muestreo de 129 países y el único, en el mundo, que mide el respeto a los derechos de propiedad, en general, así como su entorno jurídico-político,²⁵² el cual está subdividido en: independencia judicial, estado de derecho, estabilidad política y control de corrupción.²⁵³ Según sus datos de 2020:

1. México ocupa el lugar 71 de 129 países.²⁵⁴
2. Respecto a su entorno jurídico-político, se ubica en el lugar 105.²⁵⁵
3. En tanto a protección de propiedad física, en el lugar 80.²⁵⁶
4. En protección a propiedad intelectual, en el lugar 50.²⁵⁷

Pues bien, existen muchos otros estudios importantes respecto a este rubro, los cuales deben tenerse en cuenta, ya que esos datos no solo son relevantes para trabajos de investigación, sino también para distintas empresas que tienen interés en realizar inversión en diferentes países. El por qué México resulta atractivo a pesar de tener malos números en estos índices

²⁵¹ *Ibidem.*, p. 43.

²⁵² *IPRI*, p. 4.

²⁵³ *Ibidem.*, pp. 5 y s.

²⁵⁴ *Ibidem.*, p. 16.

²⁵⁵ *Ibidem.*, p. 17.

²⁵⁶ *Ibidem.*, p. 18.

²⁵⁷ *Ibidem.*, p. 19.

e indicadores, es porque las empresas, aunque “prefieren los países políticamente estables [...] si la geología es muy atractiva se arriesgan a trabajar en medio del conflicto, incluso en países en guerra”.²⁵⁸ Por tanto, como muchos autores han señalado, el tema de los hidrocarburos no es algo jurídico ni económico, sino político. Esto quiere decir que la riqueza natural del país, en recursos energéticos, representa un gran atractivo, a pesar de no contar con una gobernabilidad estable. Sin embargo, esto no debe interpretarse como un cheque en blanco, es decir, que sea justificable contar con tribunales que no generan confianza. De otro modo, las opciones procesales están en desequilibrio, pues —como ya he comentado en el Capítulo II— los inversores extranjeros se encuentran en clara ventaja a los nacionales. Volveré a este punto un poco más adelante.

Por ahora, como he mencionado, existen otros estudios importantes que resultan idóneos para conocer qué estabilidad institucional existe en México, entre los cuales están siguientes:

1. *Índice de Desarrollo Humano, Facilidad para Hacer Negocios;*
2. *Ranking de Competitividad Global;*
3. *Ranking de Percepción de la Corrupción;*
4. *Índice de Libertad Económica;*
5. *Índice de Libertad de Prensa;*
6. *Political Rights Index;*
7. *Civil Liberties Index;*
8. *Índice de Bienestar;*
9. *Índice de Conocimiento en Economía;*
10. *Bertelsmann Transformation Index;*
11. *Fragile States Index;*
12. *Global Entrepreneurship Index;*
13. *Global Gender Gap Index;*
14. *Global Hunger Index;*
15. *Global Innovation Index;*
16. *Global Peace Index;*

²⁵⁸ Rodríguez-Padilla, V., *óp. cit.*, pp. 238 y s.

17. *Global Terrorism Index*;
18. *Social Progress Index*;
19. *Happiness Index*;
20. *Energy Trilemma Index*;
21. *Health-care Efficiency Index*;
22. *Networked Readiness Index*; etc.

Por lo mismo, cambiar la perspectiva que tiene México a nivel internacional, y que se reflejan en todos estos estudios, se convierte en un criterio importante para combatir la incertidumbre de los procesos. Pero la cuestión sigue en el aire: ¿cómo lograr combatir la incertidumbre? Pues precisamente atendiendo los rubros en común que comparten estos estudios: la independencia judicial, así como el control de corrupción e impunidad. Cubrir estas aristas, de acuerdo al planteamiento hermenéutico, es posible atendiendo la *formación*: en Alemania, por ejemplo, “su proceso de formación de los futuros profesionales del derecho y los mecanismos de acceso a las profesiones jurídicas son dos de las principales razones por las que cuenta con un sólido sistema legal”.²⁵⁹

En fin, estos datos reflejan, en gran medida, la poca confianza que se tienen en los jueces en México y en su independencia, lo cual es aún peor que una crisis de gobernabilidad, ya que esa desconfianza se genera por considerarlos como personajes corruptos, y, por ende, se vuelve lícito considerar que no existe seguridad jurídica; un principio indispensable para la construcción de un estado de derecho. Porque, sin estado de derecho, no hay derecho que valga; de ahí que sea preferible acudir a una instancia internacional.

Pondré el mismo ejemplo de lo que ocurrió en México, y como he reiterado a lo largo de esta disertación, el conflicto que surgió en marzo de 1938 —la expropiación petrolera— se debió al hecho de un desacato por las empresas petroleras, al no acatar una orden de la SCJN, la cual dictaba que se debían mejorar las condiciones laborales de sus trabajadores; y, ante su negativa, el Estado recurrió a su expropiación. No haber tomado la decisión de ejecutar tal acción habría significado dos cosas (aunque en realidad solo es una): 1) comprometer

²⁵⁹ Pérez Hurtado, L. F. (2018, enero-abril) “El sistema de enseñanza en el derecho y acceso a las profesiones jurídicas en Alemania: lecciones para el debate en México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 151 p. 299.

nuevamente la soberanía, como lo fue con los acuerdos de Bucareli²⁶⁰ y el acuerdo Calles-Monroe;²⁶¹ y 2) tener una crisis de gobernabilidad, pues ningún Estado le puede ser permisible «agachar la cabeza» ante ninguna empresa transnacional: “[...] ni política, ni comercialmente es conveniente negociar de rodillas [...]”;²⁶² el Estado es la autoridad jurídica, y por medio de su pueblo o sus representantes, se decretan sus leyes y cómo se aplican. Si bien también suscribe acuerdos, estos deben tener la finalidad de ofrecer más beneficios a sus ciudadanos: sin tal capacidad, en efecto, carecería de soberanía. Con otras palabras: “sin un Estado fuerte, honesto y con una clara voluntad de meter cintura a las empresas internacionales [...] puede generar graves problemas de gobernabilidad y de estancamiento económico”.²⁶³ Por lo mismo, la decisión del ejecutivo federal, de aquél entonces, es un claro ejemplo de cómo debe actuar un Estado fuerte:

Por el petróleo se libran guerras, se derrocan gobiernos, se invaden territorios. Las petroleras internacionales tienen generalmente un poder de negociación que no es común en otras entidades del sector privado; tienen recursos económicos prácticamente ilimitados; una influencia política inigualable; acceso a los mecanismos más eficientes de presión diplomática y una fuerza de cabildeo que no tiene par.²⁶⁴

En ese mismo sentido, tener un poder judicial federal que sea incapaz de realizar una adecuada defensa de la constitución, realizar interpretaciones correctas de la legislación, así como atreverse a ser independiente, solo genera incertidumbre para todos.

De esto mismo se han dado cuenta otros Estados a nivel internacional, así como el propio Estado mexicano, el cual ha tratado de solapar al firmar tratados internacionales —que ya traté en el Capítulo II de esta disertación— como el TLCAN, Capítulo XI,²⁶⁵ en donde

²⁶⁰ Meyer, L. (2015) “Los referentes históricos de la electricidad y los hidrocarburos en México”, en Cárdenas Gracia, J. (coord.) *Reforma Energética. Análisis y consecuencias*, Tirant lo Blanch: México, p. 385.

²⁶¹ *Ibidem.*, p. 386.

²⁶² Grunstein, M. (2015) “Reforma petrolera: pasos y tropiezos del proceso en México”, en Cárdenas Gracia, J. (coord.) *Reforma energética. Análisis y consecuencias*, Tirant lo Blanch: México, p. 223.

²⁶³ Ackerman, J. M., *óp. cit.*, p. 32.

²⁶⁴ Jiménez Gutiérrez, J., *óp. cit.*, p. 208.

²⁶⁵ DOF: 20/12/93.

renuncia a la *cláusula calvo*:²⁶⁶ “[...] establece en favor de un inversionista extranjero un mecanismo de solución de controversias en contra de un Estado [...] se trata, entonces, de un trato preferencial para el extranjero que va más allá de un trato nacional [...]”.²⁶⁷ Por ende, permite que las empresas extranjeras sean capaces de llevar sus asuntos de controversia a tribunales no nacionales,²⁶⁸ lo cual se ha mantenido tras firmar el nuevo acuerdo entre México, Estados Unidos de América y Canadá: el T-MEC.²⁶⁹ Pero, que deja sin tal opción a los inversionistas mexicanos.

Por lo mismo, insisto en que la manera idónea de empezar a combatir esa incertidumbre, no solo consiste en producir legislación nueva,²⁷⁰ sino atender la *formación* de los agentes de decisión jurídica, es decir, de los jueces. Por su puesto, apostar por la *formación* no garantiza acabar con todos los problemas. Tampoco es una revelación que promete terminar con las malas prácticas judiciales. Sin embargo, sí es una alternativa que ofrece una respuesta a los problemas de la aplicación del derecho y su interpretación. Si bien no es posible acabar con la incertidumbre del todo, sí es posible disminuirla.

Que los órganos jurisdiccionales cuenten con una *formación*, equivale a obtener independencia. Esto quiere decir que, entre mejor estén formados los miembros del poder judicial, mayor será su independencia. Me explico: en el país, se ha cometido el error en promover que la independencia judicial es directamente proporcional a un factor de salario, sin prestar atención a que México necesita de una verdadera carrera judicial: de una escuela de magistratura en donde se formen no solo jueces, sino también fiscales, como en Francia.²⁷¹

²⁶⁶ TLCAN, art. 1122.

²⁶⁷ Arriaga, C. (2007) “El capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las Controversias Medio Ambientales en México”, en Rabasa, E. O. (coord.) *Constitución y medio ambiente*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): México, p. 64.

²⁶⁸ Vega Cánovas, G. et. al. (2005) *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Colegio de México, Programa Interinstitucional de Estudios sobre la Región de América del Norte: México, pp. 87, 89 y s.

²⁶⁹ DOF: 29/06/2020, Anexo 14-C y 14-D.

²⁷⁰ Arriaga, C., *óp. cit.*, p. 55.

²⁷¹ Me refiero a su Escuela Nacional de la Magistratura.

Esto lo digo, en primer lugar, porque en México es común obviar uno de los problemas que se tienen en la enseñanza del derecho, y es precisamente el hecho en que los programas de estudio que ofrecen las universidades no están enfocados a ninguna otra profesión que no sea la de abogado. Y, en segundo lugar, porque muchas instituciones

[...] frecuentemente se han resistido a incluir actividades de las facultades de Derecho como componentes importantes en sus programas del Estado de Derecho. En parte, se ha considerado que la educación universitaria es a muy largo plazo y que su enfoque es demasiado indirecto para los problemas del Estado de Derecho, en particular por parte de donantes que buscan resultados demostrables en el corto plazo. Adicionalmente, las universidades públicas pueden ser socios difíciles. Muchas de éstas carecen del interés o la disposición para realizar reformas en los planes de estudio o en los métodos de enseñanza.²⁷²

Sin duda, concluir que no se ha prestado la debida atención a la *formación* no me parece algo fuera de lugar, ya que “[...] la deficiente capacitación profesional (de las facultades de derecho) es uno de los obstáculos más serios para crear un poder judicial verdaderamente independiente. Las escuelas de derecho deberían enseñar a los estudiantes sobre el papel de los jueces”.²⁷³ Esto mismo se maximiza con el hecho de que los programas de estudio de las facultades de derecho únicamente hacen hincapié en una enseñanza jurídica que visualiza la disciplina jurídica desde una única arista: la abogacía ¿Qué pasa con las demás profesiones jurídicas?: “[...] la formación no lo es para «todo» sino sólo para «algo específico».”²⁷⁴ Para ser juez, se estudia; es necesario formarse.

Precisamente, por eso no solo enseñar sobre «el papel de los jueces» es suficiente, por ejemplo: “las universidades de los Estados Unidos y de otros países incluyen cursos específicos de ética en sus planes de estudios, y en otros cursos y actividades otorgan gran

²⁷² USAID (2002) “Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judiciales”, p. 23A.

²⁷³ DPLF (s/a) “Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa”, p. 28.

²⁷⁴ Vázquez Esquivel, E. (2008, julio-diciembre) “El entroncamiento del problema hermenéutico con el deontológico en la formación de los operadores del derecho en México (primera parte)”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, n. 4, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica, Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL): Monterrey, p. 148.

énfasis al desarrollo de actitudes éticas y respeto por el Estado de Derecho”.²⁷⁵ Porque la ética del juez, no es la ética del abogado. A ello añadiría que:

Los jueces deben conocer las disposiciones y la pertinencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto para sus propias decisiones como para garantizar su independencia. Esto requiere de educación sobre normas internacionales de derechos humanos y jurisprudencia, y capacitación sobre cómo aplicarlas en sus decisiones. Una mayor incorporación de estas normas en la jurisprudencia y prácticas legales contribuiría a fortalecer las garantías del debido proceso, incluyendo la garantía de tener jueces independientes e imparciales.²⁷⁶

Por todo, estos son solo algunas razones del porqué los particulares, especialmente los extranjeros, no ven en los tribunales mexicanos garantías del debido proceso, y, por ende, prefieren recurrir a instancias internacionales, ya sean judiciales o de arbitraje. Sin embargo, a diferencia de los inversionistas extranjeros, los empresarios mexicanos no se ven beneficiados por el T-MEC, y, por tanto, la balanza procesal no es equitativa. En fin, ya he tratado sobre esos detalles en el Capítulo II de esta disertación.

Empezaré ahora por el último punto citado: el conocimiento de disposiciones e instrumentos internacionales, así como la cuestión ética que deben tener los jueces para su correcto desempeño de funciones, para luego pasar al análisis de la importancia de la *formación*. Puesto que el derecho energético tiene una relación importante con la cuestión del medio ambiente —y la recién preocupación de los gobiernos por el cambio climático— me parece adecuado otorgar y reconocer, en su justa dimensión, la importancia de estas problemáticas.

2. Activismo judicial: medio ambiente, cambio climático y derechos humanos

Pues bien, a primera vista, parece ser que la ética resulta un elemento obvio de formación para los jueces. Sin embargo, mi intención no es ir por el camino tradicional, sino, más bien, plantear cómo el poder judicial ha evolucionado en los últimos años, y cómo esa evolución ha cambiado el sentido ético de la función judicial.

²⁷⁵ USAID, *óp. cit.*, p. 23B.

²⁷⁶ DPLF, p. 29.

Me explico: durante años, se ha dejado de manifiesto, principalmente por las corrientes positivistas del derecho, que la figura del juez es un personaje que debe ser ajeno a cuestiones valorativas, ya que la función aplicativa del derecho debe ser un proceso mecánico, de tal suerte que la «interpretación» debe limitarse a labores declarativas: “[...] el positivismo jurídico concibe la actividad de la jurisprudencia no como algo destinado a *producir*, sino a *reproducir* el Derecho, esto es, a hacer explícito con medios puramente lógico-rationales el contenido de unas normas jurídicas dadas”.²⁷⁷ Hacer lo contrario, por tanto, sería una función «no ética» para muchos jueces. Lo anterior dicho, por una parte.

Por otra parte, también encuentro importante destacar esa cuestión de conocer disposiciones e instrumentos internacionales. Para ambas, tengo la misma respuesta. Recientemente, ha surgido una corriente que ha ganado mayor difusión en los últimos años. Me refiero a lo que se conoce como «activismo judicial», el cual ha empezado a tomarse con mayor seriedad, principalmente al sur del continente. Pero antes de continuar, aclaro, de una vez, que no pretendo profundizar respecto a este punto, ya que las implicaciones que conlleva tratar este tópico, si bien son interesantes, requieren de un estudio profundo, el cual confronta ciertos intereses, por ejemplo, respecto al garantismo, a la democracia, y al control constitucional.

Aclarado lo anterior, por lo común, se entiende que velar por un mejor ordenamiento jurídico para los ciudadanos, no es una labor que se delegue a los jueces, sino de las leyes. Pero ¿qué tal si no es así? Para muchos esto significaría atentar contra el principio de la división de poderes.²⁷⁸ Sin embargo, en realidad, este posicionamiento «activo» en realidad significa la reafirmación del Estado de derecho —por supuesto, siempre y cuando se lleve a buen puerto.²⁷⁹ En lo que no hay duda, es que vivimos en tiempos nuevos, en la era del neoconstitucionalismo. Ser juez en el siglo XXI, no es lo mismo que en siglos pasados.²⁸⁰

²⁷⁷ Bobbio, N. (1993) *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho*, trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi, Editorial Debate: España, p. 216.

²⁷⁸ Díaz Vázquez, R. (2015) “El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia”, en *Justicia Juris*, n. 11, p. 55.

²⁷⁹ Duquelsky Gómez, D. J. (2018) “La falsa dicotomía entre el garantismo y el activismo judicial”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 41, pp. 201 y ss.

²⁸⁰ Lozada, A. (2018) “Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque postpositivista”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 41, 219 y ss.

En México, verbigracia, muchas veces la misma SCJN ha realizado dichas actividades: por ejemplo, cuando dictó que resulta discriminatorio negar acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo,²⁸¹ o cuando despenalizó el aborto.²⁸² Respecto a ambos casos, la Corte ha realizado un «activismo justo» al ampliar garantías procesales para la protección de derechos constitucionales, así como señalar al Congreso la imperiosa necesidad de adaptar la legislación a la época actual de derechos humanos; y, por último, con esas sentencias ha establecido un modelo social a seguir por el Estado y los ciudadanos.

Sin embargo, aún está algo lejos de realizar algo similar como los tribunales estadounidenses —aunque bien tardaron mucho en lograrlo. Por ejemplo, en 1954, tras el conocido caso Brown, la Corte Suprema declara la inconstitucionalidad la segregación en las escuelas públicas (acaba con la jurisprudencia *separate but equal*), y derivado de ello, al mismo tiempo la sentencia parece declarar inconstitucional la segregación en todo ámbito público.²⁸³ Hubo, empero, y como era de esperarse, algunas negativas a dicho fallo del máximo tribunal, como los Estados del sur, pero que avanzaron tras la siguiente generación y, por ende, la segregación disminuyó —aunque en Estados Unidos, aún tiene vestigios de racismo y segregación.

Ahora bien, si bien la SCJN, de nuestro país, está algo lejos de tener dicha influencia, esto ha quedado en el pasado. Hoy día tiene la oportunidad de acortar distancias respecto los casos paradigmáticos de los tribunales estadounidenses, al defender, por ejemplo, derechos que, para el Estado vecino del norte, no son constitucionales, como el acceso a la educación a nivel universitario, a la salud o a la vivienda, los cuales sí están regulados por la Constitución mexicana. Pero para ello, primero debe ganarse la confianza de los ciudadanos: he ahí la importancia de este punto, por lo que debe considerarse al activismo judicial como una verdadera opción ante aquellos casos en que el poder legislativo pareciera no querer atender. Tener un poder judicial activista, genera mayor confianza a los ciudadanos.

Por lo mismo, esto refleja, entre otras cosas, el cambio sustancial que ha tenido el poder judicial en siglo XXI, sobre todo, como dice Maraniello, en aquellos sistemas jurídicos con

²⁸¹ SE: 25909.

²⁸² AI: 146/2007 y 147/2007.

²⁸³ Horn, H. R. (2010) “Activismo judicial vs gobierno democrático”, trad. Alberto Oehling de los Reyes, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 14, p. 187.

una tradición de *civil law*, e influenciados por el constitucionalismo estadounidense.²⁸⁴ Ser juez activista, es, por tanto, “[...] un magistrado desprovisto de toda formalidad brega por el cumplimiento de sus propósitos en búsqueda de la verdad jurídica objetiva con respeto de los derechos constitucionales”,²⁸⁵ lo cual rompe con la idea tradicional de aquél juez que no se le permite interpretar la ley; que es autómata; atado de manos y que debe guardar silencio.

Esto va acorde a lo dispuesto por el artículo primero de la constitución federal, pues es deber de todos los organismos del Estado respetar y hacer valer los derechos humanos. Esa es la clave de este asunto. Anteriormente, al tener un sistema garantista, los fallos de los tribunales no tenían ese rasgo de ser generales, por lo que solo aquellos que promovían un juicio de amparo, podían ser protegidos por la justicia federal. Sin embargo, en la era de los derechos humanos esto ya no es así, ya que el reconocimiento de los derechos ahora es de manera universal. Por tanto, lo que se decide por los tribunales, no solo es atribuible para quienes solicitan la protección federal, sino para todos. En ese sentido, cuando la SCJN declaró inconstitucional el artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca, al mismo tiempo lo hacía para los demás códigos de los otros Estados que estaban redactados en los mismos términos. Con otras palabras, permitía a todos los ciudadanos acceder a la figura civil del matrimonio, sin distinción. Tal decisión, fue recibida de manera satisfactoria y el poder judicial ganó algunos puntos a favor, ya que estaba adecuada a los tiempos que hoy vivimos: la sociedad plural, al multiculturalismo —aunque bien, esto no se trata de un concurso de popularidad, si bien tiene tintes políticos, sino que “el activismo se preocupa, ante todo, por la justa solución del caso y por el respeto de los principios y derechos constitucionales, y no tanto por contradecir o erosionar el sistema”.²⁸⁶ Tal detalle no hay que perderlo de vista, ya que el activismo judicial tiene algunos riesgos.

Ahora bien, ¿cómo se relaciona el «activismo judicial» con la cuestión del medio ambiente, el cambio climático y los derechos humanos? Pues bien, en principio, las decisiones que se toman respecto a los factores que rodean el marco regulatorio del derecho energético, condiciona algunos derechos constitucionales. Por tanto, considerando que “[...]”

²⁸⁴ Maraniello, P. A. (2012, abril-septiembre) “Activismo judicial. Una herramienta de protección constitucional”, en *Tla-melaua: revista de ciencias sociales*, n. 32, p. 53.

²⁸⁵ *Ibidem.*, p. 53.

²⁸⁶ *Ibidem.*, p. 54.

la Reforma Energética no está orientada a disminuir los gases de efecto invernadero sino a elevar la extracción de petróleo y gas”,²⁸⁷ significa atentar contra algunos derechos que no son negociables, es decir, su ponderación queda al margen. Aumentar la producción petrolera, así como validar el *fracking* (fracturación hidráulica), es pues, atentar contra la vida, la salud, al agua o a la vivienda, los cuales son cuestiones fundamentales para la dignidad humana. Según datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en su informe *Preventing Disease through Healthy Environments*, el 23% de muertes al año, son producto de la contaminación.

Por tal motivo, cuando a los cuerpos legislativos se les escapan este tipo de elementos sustanciales —pues el principal incentivo de la reforma energética de 2013 era la falta de producción, por lo que la intención es aumentarla— por cuestión ética (o activismo judicial), los jueces pueden atender ese tipo de asuntos pendientes. Esto resulta importante porque no se trata aquí solamente de las condiciones ambientales de las personas presentes hoy día, sino también del futuro de las siguientes generaciones. Pues bien, a estas alturas no me parece sea ya una gran sorpresa que

[...] la quema de combustibles fósiles, están generando una elevación en la temperatura del planeta y con ello, alteraciones que pueden afectar de manera peligrosa el sistema climático, estimulando cambios en la precipitación, elevación del nivel del mar y aumento en la frecuencia e intensidad de fenómenos extremos.²⁸⁸

Atender el problema del cambio climático, no es responsabilidad de unos cuantos, sino de todos. Dichos cambios se han presentado en el Estado; en los últimos años los inviernos ya no lo son como eran antes, y los veranos tampoco. Ambas estaciones del año han cambiado radicalmente, debido al calentamiento global. Esto orilló al Estado a promulgar la *Ley del Cambio Climático*,²⁸⁹ pero sus políticas de mitigación (art. 42) se han quedado estancadas únicamente en campañas de cuidado del agua. Por tanto, ante el poco interés legislativo de

²⁸⁷ Sheinbaum Pardo, C. (2015) “La reforma energética en el contexto internacional”, en Cárdenas Gracia, J. (coord.) *Reforma energética. Análisis y consecuencias*, Tirant lo Blanch: México, p. 116.

²⁸⁸ *Ibidem.*, p. 102.

²⁸⁹ PO: 20/11/2019.

regular esta instancia, es necesario un activismo judicial que convalide los derechos proyectados en la constitución, con el fin de no ser letra muerta.

Por último, por supuesto que no todo activismo judicial es justo o razonable. Un activismo mal llevado, significa allanar caminos procesales (como saltarse instancias) o bien, convalidar reglas de excepción, que restringen otros derechos. Como bien dice Godoy: “el Juez asume una posición eminentemente activa, jugado una partida, a favor de lo que él entiende como justo o atinado para el caso”,²⁹⁰ No obstante, lo que sí es correcto afirmar es que “la Justicia puede y debe generar cambios sociales cuando la política o los políticos se muestran impotentes o, simplemente, no están dispuestos a impulsarlos”.²⁹¹ He ahí donde cobra sentido lo que he venido diciendo desde el principio de este capítulo: la importancia de una adecuada *formación*.

3. Deontología: la importancia de la formación

Porque sin una adecuada *formación*, de cierta manera, solo se haría lo que en los últimos años se ha estado haciendo: por una parte, postergar el discurso hermenéutico en el derecho, y negar la crisis del positivismo jurídico —la decisión judicial. Por otra parte, en tanto a lo que a mí me parece, una forma encasillarse en la temática de los casos fáciles (justificación interna/lógica formal) y casos difíciles (justificación externa/más que simple lógica formal), sin lograr algún avance significativo. A grandes rasgos, dividir las controversias de este modo únicamente convalida la idea del aforismo *in claris non fit interpretatio*, cuando, por medio de la hermenéutica, se ha sostenido que “una cosa es que algunos preceptos normativos no presenten grado de dificultad alguna para su interpretación, y otra, muy distinta, es que no siempre se requiera de la interpretación”.²⁹²

De todo ello se limita la literatura que se tiene a la mano, pues la mera dificultad de un caso, verbigracia, nunca es definida en términos deseables. Se opta por asumir que, sin importar cómo haya sido la formación de cada egresado de cualquier escuela de derecho, el

²⁹⁰ Godoy, M. R. (2008) Garantismo y activismo judicial: posiciones ‘en-contradas’, en *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, n. 14, p. 3.

²⁹¹ Maraniello, P. A., *óp. cit.*, p. 56.

²⁹² Vázquez Esquivel, E., *El problema del entroncamiento... p1*, p. 156.

adjetivo (o propiedad) «difícil» de un caso es igual para todos, sin distinciones. No se trata pues de ¿para quién puede resultar difícil? Sino de establecer cuándo un caso es «un caso difícil»; he ahí cuando se tienen elementos para considerar que la *formación* no es algo que se le ha prestado la atención necesaria. Por ende, lo importante sería definir el por qué la dificultad de un caso no puede determinarse por cuestiones objetivas de entendimiento, sino meramente subjetivas, de manera que la frontera entre casos fáciles y difíciles ya no sería una cuestión recurrente ni determinante en un sentido universal, sino que sería un asunto derivado de la *formación* de cada intérprete.

Lo mismo pasa con el incesante debate acerca de las lagunas, pues

[...] aún en los casos en que hermenéuticamente la interpretación no tenga un alto grado de dificultad, si por alguna razón el intérprete se ve afectado por el resultado de la interpretación correcta que realiza el juez o el abogado, su actitud interpretativa lo lleva a construir una distinta.²⁹³

Como dice López Hernández: si la formación fuese algo serio para la sociedad jurídica, entonces “[...] advertirían si un mal funcionamiento se debe a la deficiencia de la ley, o a la *formación* del jurista u operador del derecho”.²⁹⁴ Esto porque los fallos de un sistema no se deben únicamente por cuestiones de *claridad* u *obscuridad* en la ley, sino a la *formación* de los operadores jurídicos. Con otras palabras, lo que esto quiere decir es que: a mayor formación, mayor el horizonte (interpretativo); aquél que, como dijera Kuhn, permite «ver cosas nuevas y diferentes en lugares en los que ya antes se había mirado».²⁹⁵

Al final de cuentas, los problemas sustanciales que se desprenden de estas inquietudes, no logran desarrollarse en su justa medida: el fenómeno de la pre-comprensión, los prejuicios del intérprete, el horizonte histórico, así como los efectos de la historicidad, apenas logran hacerse de un sitio en la basta literatura jurídica,²⁹⁶ los cuales, a mi parecer, hoy día se vuelven aún más importantes: “[...] las personas que ejercen la profesión de abogado o la de juez [...] necesitan de la formación en la profesión jurídica que ejercen, pues ni el abogado, ni el juez

²⁹³ *Ídem.*

²⁹⁴ López Hernández, C. M., *La interpretación...*, p. 370.

²⁹⁵ Kuhn, T. S., *La estructura...*, p. 123.

²⁹⁶ López Hernández, C. M., *La interpretación...*, pp. 368 y ss.

[...] «son lo que deben ser por naturaleza», sino que «para ser lo que deben ser», todos ellos necesitan de la formación”.²⁹⁷ He ahí donde cobra sentido y relación lo que se ha venido diciendo desde el inicio del presente capítulo: si se pretende tener una mejor imagen, combatir la incertidumbre de los procesos, tener instituciones fuertes, y, en general, generar confianza, es conveniente optar por la *formación*.

Así pues, la importancia de la *formación* no solo es un asunto que tiene que ver con asuntos éticos, sino también con otras temáticas sustanciales. A esto habrá que agregar demás cuestiones deontológicas que están en relación al adecuado funcionamiento de un sistema jurídico. Quiero, por lo mismo, retomar algunos puntos importantes ya tratados poco más arriba, pero que necesitan cierto desarrollo. Respecto a lo que concierne a la hermenéutica, por ejemplo, la constante generalización del término «abogado» para abarcar todas las profesiones jurídicas, es un error constante que se acarrea desde hace muchos años en la enseñanza jurídica. Tal cuestión ha generado algunas confusiones acerca de los roles de las profesiones jurídicas, pues

[...] una cosa es que las distintas profesiones jurídicas operen con el Derecho y que para ejercer cualquiera de éstas se necesiten los conocimientos de la ciencia del Derecho y otra, muy distinta, es que la formación y los roles de todos los que operan con el Derecho sean los mismos.²⁹⁸

Por lo general, cuando alguien alude el término «abogado», casi de inmediato se entiende que se hace alusión a una persona estudiosa del derecho, o que, por lo menos, tiene título de licenciado en derecho, lo cual también es importante diferenciar —y que a continuación abordaré, pues, en México, los jueces se ven a sí mismos como abogados;²⁹⁹ un detalle que no es ajeno a otros países: por ejemplo, el personaje literario creado por Dworkin es un *lawyer*, que realiza funciones de *judge* (me refiero a Hércules).³⁰⁰ Sin embargo, como justamente he mencionado, tal relación es inadecuada, ya que las profesiones jurídicas no

²⁹⁷ Vázquez Esquivel, E., *El entroncamiento... p1*, p. 149.

²⁹⁸ *Ibidem.*, p. 163.

²⁹⁹ *Ibidem.*, p. 161.

³⁰⁰ Dworkin, R. (1978) *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press: Estados Unidos de América, p. 105.

persiguen un mismo fin; no comparten un mismo estamento: un mismo *ethos*. Si fuera lo contrario, entonces no tendría sentido hablar de los roles de las profesiones jurídicas.

Pongo el ejemplo de Pérez Fernández del Castillo.³⁰¹ Para él, la profesión de la abogacía es una profesión universal y para fundamentarlo, presenta tres argumentos:

1. Se comparte la misma formación universitaria; es decir, que el deseo de justicia y amor al conocimiento del derecho, es igual para todos.³⁰²
2. Cambiar de rol es sumamente sencillo; es decir, que, así como un día, una persona puede ser abogado de oficio (o particular), mañana puede ser fiscal, notario, juez, servidor público, etc., y a la inversa.³⁰³
3. Inmutabilidad del derecho; es decir, que el derecho es igual en todas partes.³⁰⁴

Entonces, si la abogacía es una profesión jurídica universal, las demás profesiones pierden identidad, al no concebirse como independientes unas de otras; al final, la manera en que cada profesión vive el derecho (y cualquier otra profesión) es plenamente distinta. Si regreso al subcapítulo anterior, sobre el activismo judicial, muy pronto dejan de ser convincentes los argumentos señalados, ya que la actitud de encontrar la verdad dentro del proceso (¿qué fue lo que pasó?) no es un principio deontológico que embone con los principios de la profesión jurídica de la abogacía, ya que, en primer lugar, las actitudes interpretativas entre el juez y el abogado son disímbolas: “la actitud interpretativa del abogado [...] es una interpretación que quiere ser parcial para su cliente, sólo por motivos utilitarios o de política jurídica podría el abogado asumir una actitud interpretativa imparcial”.³⁰⁵ Mientras que

[...] el resorte que impulsa la actitud interpretativa del juez, aunque no en todos los casos, entre otras razones tiene como fin: a) la búsqueda de la realización de la justicia; y b) la búsqueda de la realización de sus creencias o convicciones, cuando consciente o inconscientemente choca el

³⁰¹ Pérez Fernández del Castillo, B. (2014) *Dentología jurídica. Ética del abogado y del servidor público*, Porrúa: México, p. 58.

³⁰² *Ibidem.*, p. 59.

³⁰³ *Ídem.*

³⁰⁴ *Ídem.*

³⁰⁵ Vázquez Esquivel, E., *El entroncamiento del problema... p1*, p. 156.

sistema jurídico con su sistema axiológico, en cuyo caso puede hasta ver la existencia de una de las llamadas lagunas de la ley cuando otros no ven tal laguna.³⁰⁶

Esto quiere decir, en segundo lugar, que “[...] en términos de facticidad al abogado le interesa ganar el pleito porque con eso obtiene una [mayor] ganancia económica [...]”.³⁰⁷ Tal actitud, verbigracia, se ha proyectado en los tres capítulos que anteceden en esta disertación: mi visión como profesionalista sobre el estado en cuestión, la cual, siguiendo el modelo vigente, es totalmente lícito, pues el sistema mismo permite que “[...] la responsabilidad por la aplicación de una ley injusta se remitiría, exclusivamente, al legislador”.³⁰⁸ Con otras palabras, si la reforma energética de 2013 se percibe injusta, el principal responsable de ello es el legislativo; mas no de quienes operan con ella, es decir, los jueces y abogados.

Verlo de esta manera, sin embargo, únicamente alimenta la posición formalista del derecho —aquí es donde entra mi visión ideológica. Ya he dejado más arriba explicado el por qué es importante un activismo judicial, aunque este debe procurar ser siempre justo, lo cual, para lograr tal objetivo, es necesario que se apoye con una correcta formación de los operadores del derecho: para lograr índices altos de justeza, es preciso formarse. Por lo mismo, la hermenéutica, nuevamente, se vuelve importante como un factor de formación, ya que al estudiar qué rol tienen los prejuicios en la comprensión, es posible controlarlos (que es lo deseable), mas no vencerlos, ya que, de otra manera, el formalismo imperaría como prejuicio indisoluble («el prejuicio de no tener prejuicios»)³⁰⁹ Además, habría la necesidad de incluir el factor de los conflictos de interés que se pueden derivar de este formalismo.³¹⁰

En fin, las diferencias son muchas cuando uno empieza a prestar mayor atención a problemas que se han ido evitando por la academia y por la práctica. Que Atienza haga

³⁰⁶ *Ibidem.*, p. 157.

³⁰⁷ *Ibidem.*, p. 168. Nota: los corchetes son míos.

³⁰⁸ Aparisi Miralles, A. (2013) “Sobre el sentido de las profesiones jurídicas”, en *Revista Jurídica. Auctoritas Prudentium*, n. 8, p. 10A.

³⁰⁹ Gadamer, H. G., *óp. cit.*, p. 337.

³¹⁰ Para una referencia sobre este tópico, *vid.* Vázquez Esquivel, E. (2012, julio-diciembre) “Los grupos profesionales. La colegiación de abogados en México y España”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, n. 12, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica, Facultad de Derecho y Criminología: Monterrey, pp. 147 y ss.

hincapié a que la argumentación jurídica (o teoría estándar de la argumentación jurídica) es una herramienta especializada para los jueces,³¹¹ no es una cuestión meramente caritativa para abordar los problemas de la decisión judicial, sino porque el deber de fundamentar la decisión (la justificación), es un deber que corresponde a los jueces, y a nadie más —si bien hay otras profesiones que ocupan el carácter de la justificación, aunque esta es en otro sentido.

Lo mismo pasa con la *Retórica* de Perelman, y los recientes trabajos de otros juristas que, en los últimos 50 años, y poco más, no han tratado el tema de la formación jurídica, sino el problema de la interpretación y aplicación del derecho en general, sin dar cuenta que ambos tópicos están conectados. Por tanto, si lo que busco es encontrar una base deontológica para el estudio especializado de los hidrocarburos, me es necesario no obviar este tipo de cuestiones que he mencionado: la *formación*, pues es esa la clave para tener mejores resultados en la proyección de racionalidad de las decisiones, pues derivado de ello, se genera confianza en las instituciones.

Como dice Vázquez Esquivel, uno de los pocos que se han interesado por el tema de la formación: “[...] no es lo mismo deontología judicial [...] que la deontología del abogado, aunque erróneamente se suele creer que todos los que realizan una profesión jurídica son abogados”.³¹² Entender adecuadamente esta diferencia es fundamental, pues es lo que permite descifrar el carácter ético de las distintas profesiones jurídicas.

La deontología, por lo mismo, y vista a grandes rasgos, se encarga del estudio de normas éticas que regulan el «deber ser» de una profesión; de ahí que sea importante el porqué de cada profesión: insisto, la profesión del abogado no es una profesión jurídica universal. Entenderlo de tal manera, es lo que ha orillado a tener la creencia de que basta con colgar un decálogo en los *lobbys* de los despachos jurídicos, para dar a entender que se posee un valor ético. Por tanto, no atender estas diferencias sustanciales entre los roles de las profesiones jurídicas, “se corre el riesgo de presentar una ética y una deontología profesional excesivamente normativista, entendida, exclusivamente, como un elenco de prescripciones cuyo estricto cumplimiento llevaría un correcto ejercicio profesional y, al contrario, su

³¹¹ Atienza Rodríguez, M. (2013) *Curso de argumentación jurídica*, Trotta: España, p. 31.

³¹² Vázquez Esquivel, E., *El entroncamiento del problema... p1*, p. 150.

omisión implicaría una práctica reprochable”,³¹³ lo cual, precisamente, es lo que se ha venido haciendo en el desenvolvimiento de la práctica jurídica; cuidar las formas.

Sin embargo, en ese orden de ideas, los roles de las profesiones jurídicas no tendrían ningún sentido. Tampoco lo tendrían las decisiones de casos paradigmáticos, ya que no sería posible comprender cómo existen decisiones controvertidas respecto a su justeza, si cada operador jurídico vela, por ejemplo, por una misma justicia. Más sencillo: ¿cómo explicar el no respeto a los derechos humanos convalidado en el artículo primero constitucional, cuando estadísticamente, el primer violador de derechos humanos es el Estado mismo, por medio de sus instituciones? Por tanto, no basta con las formas, pues

[...] no es posible es que tan sólo con un decálogo o código de ética profesional aceptado públicamente por la comunidad de abogados o de jueces, por ejemplo, sin vivirlo ni sentirlo, sólo porque políticamente resulta conveniente para proyectar una buena imagen ante la sociedad, teleológicamente se logren los fines planteados por estas normas deontológicas que dan forma al código de ética.³¹⁴

Entonces, si la cuestión ética de las profesiones jurídicas no se cubre tan solo con códigos éticos y deontológicos —cuestiones formales—, entonces ¿dónde es posible obtener una adecuada *formación*? Para muchos, y en esto estoy de acuerdo, la universidad no forma a los futuros jueces del sistema, y lo mismo habría que decir de otras profesiones jurídicas. Sus principales razones ya las comenté más arriba; lo que no comenté, sin embargo, fue respecto a cuál es el espacio idóneo para llevar a cabo tal tarea. Pues bien, un acercamiento a la respuesta, que estoy buscando, la da Gadamer: “[...] el resultado de la formación no se produce al modo de los objetivos técnicos, sino que surge del proceso interior de la formación y conformación y se encuentra por ello en un constante desarrollo y progresión”.³¹⁵

Esto se refiere a lo que poco más arriba se ha dicho: «ni el juez ni el abogado son lo que deben ser por la naturaleza», y debido a ello necesitan de la formación. Las cualidades de estas profesiones no son algo que sea previamente dado por la naturaleza (el *a priori*

³¹³ Aparisi Miralles, A., *óp. cit.*, p. 6B.

³¹⁴ Vázquez Esquivel, E., *El entroncamiento del problema... pl*, p. 159.

³¹⁵ Gadamer, H. G., *óp. cit.*, p. 41.

kantiano) sino que son cualidades que necesitan construirse. Por tanto, si la universidad no se ha encargado de este rubro, la carga debe asignarse a los Colegios de profesionistas.

Antes de continuar, debo aclarar, no obstante, que no pretendo realizar todo un tratado respecto a este rubro, ya que no creo aportar mayor novedad. Además, mi intención se dirige más a cuestiones de carácter judicial, no porque la colegiación excluya a los jueces (que no debería porqué), sino porque la característica de la actualización de conocimientos que se proyecta por el discurso de la colegiación, va encaminada a cuestiones cognoscitivas, no de vivencias, que es lo que ofrece el diálogo judicial, el cual trataré en el siguiente subcapítulo.

Sería sencillo, por ejemplo, argumentar que ni es necesaria la colegiación para los jueces, ni tampoco el diálogo judicial es algo novedoso. Para lo primero, se diría que esa es una función del Consejo de la Judicatura Federal (CJF) y está previsto por la *Ley Orgánica del Poder Judicial Federal*, en su artículo 86, fracción XVIII, XXVIII, XXXVI, XXXVIII, y demás atribuciones que tienen a cargo las Contralorías. Para lo segundo, “[...] nada más habitual en la práctica de los tribunales de un Estado que referirse a las decisiones judiciales previas de tribunales superiores o tribunales con idéntico o inferior rango en el Poder Judicial de su Estado”.³¹⁶ Sin embargo, ni lo uno ni lo otro son posiciones correctas.

Para empezar, los cursos de actualización que ofrece el CJF si bien tienen como propósito la actualización de conocimientos, no atienden la problemática de qué hacer ante la falta de confianza de sus miembros por parte de la sociedad, lo cual ocasiona que los jueces se alejen de la realidad política-social que hay en el país. Este distanciamiento provoca, entre otras cosas, que la generación e introducción de valores para el beneficio de la sociedad, los cuales son producto de la colegiación, no se logren, pues la colegiación es más que un conjunto de cursos de actualización de conocimientos.

Ante el cambio de gobierno de 2018, por ejemplo, la ciudadanía reprochó, en diciembre de ese año, los altos salarios de los ministros de la SCJN, los cuales eran incongruente para un país en vías de desarrollo y con altos índices de pobreza en general. Ante esto, el ministro presidente, siete meses después, durante la celebración del día del abogado, se pronunció al respecto, y justificaba los altos salarios, aludiendo la independencia judicial, como factor legítimo. No obstante, como ya se ha estipulado más arriba, los índices de independencia

³¹⁶ Díaz Crego, M. (2015, octubre-marzo) “Diálogo judicial”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 9, p. 290.

judicial en México, son bajos, por lo que querer justificarse por medio de la independencia judicial, es plenamente incorrecto, ya que los altos salarios no han reducido (sino aumentado) los índices de corrupción.

Ahora, en tanto al diálogo judicial, a primera vista puede acordarse de que la consulta de precedentes entre los distintos niveles judiciales, no es algo novedoso. Sin embargo, lo que se obvia al respecto de esto, es que un verdadero “[...] diálogo judicial, para que sea tal, tiene que incorporar la reelaboración conceptual de los últimos tiempos”.³¹⁷ Esto quiere decir que un diálogo debe ser una cuestión que involucre dos voluntades, las cuales deben ser activas: producir, no reproducir. De otra manera, lo que ocurre no es un diálogo, sino la reproducción de un criterio ajeno: el diálogo, por tanto, se cancela. Poco más adelante volveré sobre estas inquietudes; por ahora, volveré a la temática de la colegiación.

Pues bien, y ahora por otra parte, lo que sí me interesa recalcar, sobre la colegiación, es la idea de López Hernández para dar paso a la colegiación en México fundada en el derecho público, o mejor conocida como *colegiación obligatoria*. Dicha idea, a mi parecer, resulta convincente y se adapta al sistema económico mundial (neoliberalismo) en cuanto establece que el factor de competencias es el argumento idóneo para persuadir de su obligatoriedad, así como para abrogar el modelo de asociaciones con el que se cuenta en el país: “sin preparación no hay posibilidad de competir en el mundo de la competencia”.³¹⁸ Definitivamente, y coincido plenamente, “[...] ante la competencia, preparación”.³¹⁹

Con esas palabras, aunque no lo dice expresamente, lo que hace López Hernández es dar un argumento en favor de la *formación*. Por una parte, entiende que el estudio del derecho en la actualidad no es suficiente con conocer la legislación local, sino que un carácter diferenciador sería internacionalizarse en el mundo del derecho, es decir, formarse: sea conociendo acuerdos o tratados internacionales; sea dominando un segundo idioma; sea

³¹⁷ Vázquez Esquivel, E. & J. Cienfuegos Sordo (2016, enero-abril) “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las altas cortes y la jurisdicción interna”, en *Revista da Faculdade de Direito*, UFPR, n. 1, p. 12.

³¹⁸ López Hernández, C. M. (2014, enero-junio) “Colegiación en México: un discurso tardío”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, n. 15, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica, Facultad de Derecho y Criminología: Monterrey, p. 149.

³¹⁹ *Ídem*.

conociendo legislación de otros países o sea haciendo uso del derecho comparado. Todo ello puede ser ofrecido con un sistema de colegiación de derecho público.

Por otra parte, me convence en el hecho del factor competitivo. Aquí hay una cuestión muy interesante: ¿quién genera más confianza: un profesionista o un profesionista colegiado y certificado? A final de cuentas, lo que me interesa es dar una respuesta ante el problema de desconfianza en las instituciones, de manera que el principio de seguridad jurídica es lo que está en cuestión, y lo que plantea López Hernández, no es un asunto que va enfocado al factor de la experiencia, de si genera más confianza un profesionista recién egresado o un profesionista que se ha curtido en muchas batallas; no. Su argumento va dirigido por una cuestión ética, por ende, las diferencias que resulten de la experiencia no son cuestiones de peso: ¿de qué sirve un juez con mucha experiencia, pero con poca ética? Tal cuestionamiento no genera confianza, sino todo lo contrario.

En realidad, y como venía diciendo poco más arriba, la universidad no debería cargar con la responsabilidad de ofrecer los mismos objetivos que persigue la colegiación, aunque sí debería adoptar sus programas educativos en relación con un sistema de colegiación de derecho público, como sucede en Europa o Estados Unidos. Por lo mismo, sería un error considerar que la colegiación es un tipo de «segundo curso universitario»,³²⁰ ya que sus fines son otros: “[...] la colegiación es una *praxis* necesaria para la generación de valores éticos, la formación deontológica de los profesionales, la actualización permanente de conocimientos, y la defensa de los intereses gremiales”.³²¹

En resumen, en su conjunto: la *formación*, la deontología y la colegiación de derecho público, son: por un parte, tres elementos que se presentan como una alternativa seria para combatir el problema de la seguridad jurídica, la desconfianza en las instituciones (sobre todo en la figura de juez), la independencia judicial; así como, por otra parte, factores para construir un Estado fuerte (ergo, un estado de derecho sólido), mejores jueces y mejores prácticas profesionales en el ámbito jurídico, lo cual es un carácter diferenciador entre otros sistemas jurídicos, y el mexicano.

³²⁰ *Ibidem.*, p. 151.

³²¹ Vázquez Esquivel, E., *Los grupos profesionales...* p. 137.

4. Hermenéutica entre tribunales (diálogo judicial)

Por último, existe un cuarto elemento que puede considerarse como una alternativa, ese elemento es el diálogo judicial. Considero es una opción más, pero no fundamental, ya que esta práctica judicial se mantiene en el escepticismo.

Igualmente, no me parece fundamental porque teniendo una conciencia formada hermenéuticamente, motiva, por sí misma, la apertura al diálogo. Por lo cual, sería casi más bien una obviedad, en términos hermenéuticos. Sin embargo, llevar a cabo un diálogo judicial, me convence para fortalecer los elementos que ya he planeado acerca de la *formación*. Por ende, con un diálogo judicial como diálogo hermenéutico, me parece se disiparían algunas dudas respecto a este tema. De ahí que sea importante.

Ahora, antes de establecer el sentido que pretendo dar a este apartado, me parece apropiado tratar, en primer lugar, lo que algunos autores aperciben y mencionan acerca del diálogo judicial y lo que, en un sentido positivo y negativo provoca, entre otras cosas:

Puntos positivos:³²²

1. Enriquecer y legitimar el proceso de toma de decisiones: mejorar la calidad de las resoluciones judiciales;
2. Definir y razonar valores: esto fortalecería el deber de protección a los derechos humanos, a una escala mundial;
3. Potenciar una comunidad de derecho global: al existir un diálogo global entre tribunales, se forjaría una comunidad jurídica acorde al modelo de la globalización.

Puntos negativos:³²³

1. Irrelevancia del derecho foráneo: en el mundo globalizado, parece innecesario recurrir a jurisprudencia de tribunales extranjeros o supranacionales, ya que los

³²² Díaz Crego, M., *óp. cit.*, p. 296.

³²³ *Ídem.*

sistemas jurídicos no son muy distintos; además, algunas normas e instituciones jurídicas reflejan circunstancias nacionales específicas;

2. Utilizar jurisprudencia extranjera, no siempre es relevante: ante el análisis de las controversias, recurrir a jurisprudencias de otras partes, no siempre es pertinente ni útil para el razonamiento del tribunal local, por lo que se torna irrelevante para el proceso; y
3. Arbitrariedad: sumado a lo anterior, se cuestiona el grado de arbitrariedad que se puede producir por la discrecionalidad judicial en cuanto a acudir a jurisprudencia extranjera.

En segundo lugar, como ya he comentado más arriba, la práctica judicial en el siglo XXI ha cambiado por completo respecto a los siglos pasados. Actualmente, se cuentan con órganos jurisdiccionales internacionales cuyas sentencias son muy relevantes para cuestiones de derechos humanos. Sin embargo, el hecho de existir esta práctica recurrente, no significa que el diálogo exista por defecto. Más bien, incluso a veces es a la inversa: cancelar el diálogo.

Lo que ocurre, en muchas ocasiones, no es un intercambio y retroalimentación conceptual sobre términos jurídicos, sino “[...] una fiel reproducción de sentencias”.³²⁴ Por tanto, ocurre el fenómeno que menciona López Hernández acerca de la interpretación de la ley en el constitucionalismo mexicano, es decir, un *dogma interpretativo*.³²⁵

Por lo general, las decisiones de los tribunales solo recurren a las fuentes formales del derecho (la ley y los precedentes), la doctrina usualmente no es tomada en cuenta; esto por un lado, y por el otro, en la interpretación que se hace de la ley y la jurisprudencia se evade el problema de la justificación interna, es decir, se omite dar razones epistemológicas u ontológicas que condujeron a la decisión tomada en el proceso de interpretación, resultando de lo anterior una no coincidencia entre el derecho y la razón.³²⁶

Esto quiere decir que, entre los tribunales, existe la tendencia de adoptar posicionamientos que ya han sido decretados por otros, cuya posición jerárquica, por lo general, es mayor.

³²⁴ Vázquez Esquivel, E. & J. Cienfuegos Sordo, *óp. cit.*, p. 12.

³²⁵ López Hernández, C. M., *La interpretación de la ley...* pp. 27 y ss.

³²⁶ Vázquez Esquivel, E. & J. Cienfuegos Sordo, *óp. cit.*, p. 31.

Además, existe cierto recelo en considerar la posibilidad de que un tribunal inferior, proyecte un mejor trabajo intelectual que un juez de mayor rango.

Por tanto, las condiciones para que surta efecto un diálogo judicial, como diálogo hermenéutico, se ahogan en su curso, ya que el diálogo se cancela al convalidar la estructura jerárquica de los tribunales. Para que exista el diálogo, entonces, se necesita que la jerarquía solo sea una cuestión institucional, y no un argumento de peso para formular decisiones.

Más o menos esto es lo que refieren Vázquez Esquivel y Cienfuegos Sordo, cuando mencionan que “comprendiendo al otro nos comprendemos a nosotros mismos; y a la vez, comprendiéndonos a nosotros mismos, comprendemos al otro”.³²⁷ Esto quiere decir que “[...] la idea de la «comprensión» (*verstehen*) del derecho interno, o de nuestra Constitución, se comprende desde la comprensión de otros sistemas jurídicos [...]”.³²⁸ Por tanto, la crítica que sostiene la irrelevancia de la jurisprudencia extranjera, no es una posición justificada, al menos desde lo que plantea la hermenéutica. A fin de cuentas, el diálogo judicial no es una labor cuyo propósito es invocar razones ajenas a una controversia, sino retroalimentar las condiciones de comprensión de una situación jurídica.

No ahondaré más al respecto, ya que, como indiqué al inicio de este subcapítulo, el diálogo judicial como diálogo hermenéutico, se sobre entiende cuando se ha pasado por un proceso de *formación* deontológico y hermenéutico. Se presenta como un derivado; una condición *sine qua non* fruto del proceso formativo.

Me parece adecuado y suficiente, no obstante, solo haber indicado cuáles son los puntos fuertes y débiles que se presentan en la literatura jurídica respecto al diálogo judicial, entendido desde una órbita distinta al propuesto por la hermenéutica. En fin, ya habrá otra oportunidad para tratar a mayor profundidad este tópico del diálogo judicial. A continuación, presentaré las conclusiones de este trabajo de investigación.

5. Cuestiones finales (conclusiones)

Finalmente, después de un largo recorrido, en el cual he expuesto, por una parte, el contexto de la reforma energética de 2013; su posible contrarreforma al cambio de gobierno en 2018,

³²⁷ *Ibidem.*, p. 28.

³²⁸ *Ibidem.*, p. 30.

así como las distintas herramientas de derecho procesal constitucional mexicano, las cuales contiene nuestra legislación, para conocer qué mecanismos de defensa existen para contrarrestar cambios que pueden afectar a los particulares; así como promover cuestiones de diálogo para constituir nuevos acuerdos. Igualmente, he expuesto y situado al respecto a los mecanismos jurídicos internacionales, como medios supranacionales para atender controversias.

Con todo ello, he pretendido dar respuesta a una interrogante procesal, desde un enfoque profesional, la cual se puede resumir en: ¿qué podemos hacer? Como he dicho, el panorama jurídico general sobre los hidrocarburos, ha generado muchas dudas en los últimos años y se prevén más, en cuanto que la legislación mexicana sobre los hidrocarburos ha cambiado para seguir una política (ideología) que, en aras de defender la soberanía nacional, sostiene un nacionalismo. Por tanto, era necesaria una investigación que proyectara dar respuesta a las interrogantes e intereses surgidos por los particulares que creen pueden ver afectados sus intereses. Pero, al mismo tiempo, también se necesitaba de una investigación que no asumiera una postura cerrada: un nacionalismo exacerbado y fuera de control; que fuera capaz de argumentar a favor de cómo trabajando en conjunto, se logran mejores resultados, como fue el caso comentado en Noruega.

De otra forma, los conflictos, las guerras, atentados y demás cuestiones indeseables, ya no serían provocadas por las empresas transnacionales petroleras, sino por los fieles creyentes al nacionalismo mexicano, que es defensor del modelo energético estatista. Un panorama que se auguraba por distintos académicos, tras la reforma de 2013, ya que se consideraba como el punto clave para, por fin, unir fuerzas ante un gobierno que no velaba por intereses sociales, sino meramente particulares; proveedor de corrupción, de impunidad. En fin, de un gobierno que fue convencido por la política neoliberal, y que, por tanto, veló por el modelo de privatización, esperando que fuera una apuesta correcta.

Por otra parte, he tratado la misma temática, pero desde otro enfoque, el cual puedo asumir o caracterizar como académico. Desde esta arista, presento un punto de vista filosófico (el cual está desarrollado en este capítulo) para dar respuesta no solo a la principal preocupación de los particulares que creen ver afectados sus intereses, sino para todos los miembros que configuran la sociedad mexicana, como: la incertidumbre política y jurídica respecto a los hidrocarburos. Con esto quiero decir que, a los defensores del nacionalismo energético, el

Estado también debe proporcionarles garantías, sobre todo políticas, en el sentido de no dejarse maniatar por empresas transnacionales, con el fin de que, a cambio de unas cuantas inversiones, vengan a México y se les permita hacer y deshacer cuanto quieran.

Por supuesto que la soberanía nacional es digna de defensa. México tiene un privilegio geológico y geográfico que debe aprovechar, ya que es rico no solo en energéticos, sino en otras industrias importantes, como la minera. Me parece claro que «regalar» las reservas petroleras y, en general, los energéticos (como el gas y la industria eléctrica) no es algo muy inteligente. Así como tampoco lo parece negociar la soberanía y romper con el principio de igualdad jurídica, es decir, beneficiar a unos cuantos, con estímulos fiscales, con tal de conseguir inversión al país, o a un Estado, como lo fue el caso de KIA en Nuevo León, pues hacerlo genera un déficit fiscal que, para cubrirlo, se hace a costa de los contribuyentes, sea ya por crear nuevos impuestos, o por aumentar los existentes.

Por lo mismo, tal postura, trata de dar respuesta a una cuestión distinta, es decir, no está enfocada a favor de los particulares (empresarios) que pueden ver afectadas sus inversiones, sino a favor del Estado y sus ciudadanos que no están muy convencidos de la participación de empresas extranjeras en la exploración, extracción y producción de hidrocarburos. Dicha pregunta se puede resumir en: ¿qué debemos hacer? Qué debemos hacer como nación para defender nuestra soberanía; para generar certidumbre procesal; para generar confianza en las instituciones; para combatir la corrupción e impunidad; para tener mejor eficacia en nuestros procesos jurídicos; para lograr mejores acuerdos; para mejorar a nuestros profesionistas, con el fin de contar con especialistas en la temática de los hidrocarburos, y que sean capaces de defender los intereses nacionales; etc.

En fin, toda esta ardua investigación, por tanto, debe concluir con caracterizar dos posturas propias acerca de cómo atender la problemática procesal que se ha generado en los últimos años a partir de la reforma constitucional de 2013, en relación a los hidrocarburos, como es la incertidumbre acerca de la garantía del debido proceso. Dejo constancia de ellas:

Por parte de una visión profesional:

1. La legislación mexicana cuenta con diversos mecanismos de defensa, con rango constitucional, para garantizar el debido proceso.

2. Además, se cuentan con otros medios estipulados en acuerdos internacionales, como el reciente T-MEC, que contempla la figura de arbitraje internacional.
3. Asimismo, es posible recurrir a la CIDH para la defensa de intereses de particulares que se vean afectados por decisiones y acciones del Estado mexicano.
4. Sin embargo, antes de atender estas medidas, es preferible dialogar con el Estado, pues, como dice el adagio: «más vale un mal acuerdo, que un buen pleito». Visto desde lo práctico, conviene más velar por un nuevo acuerdo y cerrar el caso, que pasar años en disputa, mientras se decide jurídicamente.
5. No obstante, los particulares deben tener en claro que los considerados «errores» de administración de un gobierno, se deben aprovechar, pues la responsabilidad no recae sobre ellos, sino en el Estado, por llevar una mala política-económica.
6. Esto va acorde a los postulados del capitalismo y neoliberalismo económico, pues el empresario debe ser capaz de aprovechar las oportunidades que se presentan; más aún cuando las posibilidades de realizar un buen negocio son asequibles.
7. Por tanto, lograr acuerdos que dejan buenos réditos, satisface la demanda de los inversores, como: obtener más beneficios por cada venta o servicio, lograr aumentar de las acciones de la compañía, tener un mayor alcance o expandir la tasa de clientes que se tiene en el mercado.
8. Es ese uno de los objetivos principales de las grandes empresas: generar más capital e incluso si ello signifique llegar a realizar prácticas monopólicas. Como mencioné, los considerados «errores del Estado», deben aprovecharse. Por tanto, si un Estado permite este tipo de acciones, no es responsabilidad de las empresas, sino de las administraciones públicas.
9. Por tanto, las empresas deben ajustarse a las demandas de un Estado, siempre y cuando los riesgos no sean tantos, o bien, sean posibles de atender. Esto con la finalidad de evitar controversias que signifiquen procesos largos y costosos.
10. Por todo, esto solo significa que no hay lugar para cuestiones morales en los que se involucran cuestiones de negocios. Tenerlas, significaría acabar con la empresa. Por su puesto, esto no significa que las empresas deben tener una postura antiética, ya que las empresas también tienen una responsabilidad social, pero esa responsabilidad

debe ser exigida por el Estado: si al Estado no le interesa el bien social por las prácticas de una empresa, entonces, con mayor razón las empresas tampoco.

Por parte de una visión académica:

1. Es importante contar con un Estado fuerte, donde las instituciones públicas no se interesen por cumplir y cuidar las formas, sino que sean proactivas al beneficio de la sociedad, en tanto procure una defensa sólida al respeto de los derechos humanos. No hacerlo, también significa tener una crisis de gobernabilidad.
2. La imagen de un Estado operativo (que funciona), origina y garantiza dos cosas: a) un estado de derecho que no provoca dudas ni crisis políticas; b) atracción de inversión extranjera.
3. Con un verdadero estado de derecho, además de disminuir la desconfianza de los ciudadanos en las instituciones, se garantiza el debido proceso y la seguridad jurídica.
4. Además, también atraería inversión extranjera, la cual se apegaría a las normativas que exige el Estado para su operatividad. En cuando al tema de los hidrocarburos, las inversiones no solo serían para contar con una base tecnológica que el país necesita para cuestiones de extracción y producción de energías, sino también para dar paso a un mejor aprovechamiento de los recursos disponibles, así como empezar con los primeros pasos a una transición energética; contar con energía más limpia, por medio de prácticas más agradables al medio ambiente y más eficientes.
5. Para lograr todos estos cambios, es importante contar con profesos de *formación* idóneos. Las instituciones son manejadas por personas, las cuales necesitan del proceso de la formación. Por ejemplo, para el poder judicial, es imprescindible una carrera judicial que adopte los modelos que hay en Estados Unidos y Europa.
6. No basta, verbigracia, con establecer normativas para tapan todos los huecos posibles. Tal postura provocaría una sobre saturación y, por ende, los procesos burocráticos serían más pesados, más tensos y más largos.
7. Para un mejor desarrollo de los procesos, por tanto, es necesaria una enseñanza jurídica que innove, ya que crear más legislación, más normativas, no ha dado los frutos que se esperan.

8. Esto lleva a considerar otros factores para lograr los objetivos que se pretenden. Por ejemplo, además de apostar por la formación, por un activismo judicial y un diálogo entre los tribunales, ya sean nacionales o internacionales.
9. Por lo mismo, se debe procurar una enseñanza que tenga bien definidos los roles de las profesiones jurídicas y que, deontológicamente, quede definido cada *ethos*. Atender, igualmente, la importancia que cobran los colegios de profesionistas.
10. Y, por último, asumir una postura abierta al diálogo, con la cual sea posible expandir el horizonte a otras problemáticas que no se observan a simple vista: el deber situarse en la actualidad del mundo, de la sociedad pluralista.

Pues bien, he ahí las conclusiones que estimo de esta disertación. Espero el futuro depare un escenario en donde el diálogo reine. No solo lo digo por cuestiones ideológicas que defiendo, como es la hermenéutica, sino también por cuestiones que deberían preocuparnos a todos. Recientemente ha habido cambios en nuestro planeta, y muchos de ellos se deben a las malas prácticas de la industria de energías (como el *fracking*). Una de esas consecuencias es el cambio climático, el cual se ha traducido en distintas desgracias para la humanidad, y se esperan aún más: no solo se han producido cambios en las estaciones del año, sino además escases de agua —por contaminación de lagos y ríos—, sismos, cambios en la calidad del aire, y también cambios en los niveles del mar, lo que en un futuro no muy lejano se espera que ocasione un desplazamiento poblacional sin precedentes, entre muchas otras consecuencias, si no se prioriza y analiza a qué costo; qué significa para todos. Por lo tanto, esto no debería resultar indiferente para nadie.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. (1ª ed.: 1962) (5ª Reimpresión 2001) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. España. Editorial Tecnos, S.A.
- Alexy, Robert. (2ª ed.) (1997) *El concepto de la validez del derecho*. España. Editorial Gedisa.
- Anwar Azar López, B., et al. (2017). *Derecho humano de acceso al agua: Gestión del oro azul*. México. Ed. Fontamara.
- Aristóteles. (1ª ed.) (2012) *Metafísica. Ética (La gran moral)*. España. Edimat Libros.
- Armienta Calderón, Gonzalo M. (3ª ed.) (2016) *Teoría General del Proceso*. México. Editorial Porrúa.
- Arellano García, Carlos. (16ª ed.) (2007) *Teoría General del Proceso*. México. Editorial Porrúa.
- Arthur J, et al. (2009). *Environmental Considerations of Modern Shale Gas Development*, SPE 122931, Louisiana, Estados Unidos.
- Atienza, Manuel. (1ª ed.) (2003) *Teoría de la argumentación jurídica*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Atienza, Manuel. (1ª ed.) (2003) *Tras la Justicia*. España. Editorial Ariel, S.A.
- Barragán Barragán, J., et al. (2016). *La Suprema Corte ante la reforma de Derechos Humanos*. México. Ed. Tirant-lo blanch.
- Bauer Ephrussi, M. & García-Colín Scherer, L. [coordinadores] (2008) *Energía en México: El arranque del siglo XXI, realidades y opciones*, [1ª Edición:1989] (2ª Edición), El Colegio Nacional: México.
- Becerra Bautista, José. (19ª Ed) (2006). *El Proceso Civil en México*. México. Editorial Porrúa.
- Betti, Emilio. (1ª ed.) (2002). *Teoria generale del negozio giuridico*. Italia. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Biscaretti Di Ruffia, Paolo. (1ª ed.) (1996) *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Brito Melgarejo, R., (Coord.) et al. (2017). *Vademécum de Energía*. México. Ed. Tirant-lo blanch.

- Bueno, A. “Los Retos de la Inclusión de Recursos no Convencionales en la Ronda Uno”. En boletín Mexican Energy Law, no. 5, abril 2016, Cacheaux, Cavazos & Newton, LLP.
- Burrel Huerta, L. *Principios Constitucionales desde la Constitución Mexicana hasta la Corte*. [1ª Edición:2013], Editorial Porrúa: México.
- Butler, Judith. ((2003) *Dar cuenta de sí mismo. Violencia ética y responsabilidad*. Paraguay. Amorrortu Editores.
- Cárdenas Gracia, Jaime. (1ª ed.) (2005) *La Argumentación como Derecho*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.
- Carbonell, Miguel. (4ª ed.) (2011) *Los Derechos Fundamentales en México*. México. Editorial Porrúa.
- Carbonell, Miguel. (4ª Ed.) (2009) *Neoconstitucionalismo(s)*. México-España. Editorial Trotta, S.A.
- Carpizo, E. *Derechos Fundamentales interpretación constitucional, la corte y los derechos*. México. [1ª Edición:2009] (1ª reimpresión: 2011)Editorial Porrúa: México.
- Cianciardo, Juan. (2ª Ed) (2009) *El principio de razonabilidad*. Argentina. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- De Giorgi, Raffaele. (1ª ed.) (1998) *Ciencia del derecho y legitimación*. Universidad Iberoamericana.
- De Silva Nava, Carlos. (1ª ed.) (2010). *La Jurisprudencia*. México. Editorial Themis.
- Díaz Romero, Juan. (1ª ed.) (2013) *Imagen elemental de la hermenéutica jurídica*. México. Ediciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Dworkin, Ronald. (1ª ed.) (1984) (7ª reimpresión: 2009) *Los Derechos en serio*. España. Editorial Ariel, S.A.
- Dworkin, Ronald. (2ª ed.) (1992) (7ª reimpresión: 2009) *El Imperio de la Justicia*. España. Editorial Gedisa.
- Escalante López, Sonia et al. (1ª ed.) (2014) *Derecho Procesal. En homenaje al Doctor Gonzalo M. Armienta Calderón*. México. Editorial Porrúa.
- Estévez Araujo, José A. et al (1ª ed.) (2013) *El libro de los deberes: Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*. España. Editorial Trotta, S.A.

- Fernández, Eusebio. (1ª ed.) (1984). *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. España. Editorial Debate.
- Ferrajoli, Luigi (1ª ed.) (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. España. Editorial Trotta.
- Fix-Zamudio, Héctor et al. (2ª Ed) (2004) *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. México. Editorial Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Fraga, G. (1944) *Derecho Administrativo*. [3ª Edición:1944], Editorial Porrúa: México.
- Gadamer, Hans-Georg. (1ª ed) (2001), *Antología*. España. Ediciones Sígueme.
- Gadamer, Hans-Georg. (1ª ed) (1999), *Verdad y Método*. España. Ediciones Sígueme.
- Galgano, Francesco. (1ª ed.) (1980) *Historia del Derecho Mercantil*. España. Editorial LAIA.
- García Gómez-Heras, José María. (1ª ed.) (2000) *Ética y Hermenéutica*. España. Editorial Biblioteca Nueva, S.L.
- Garrorena Morales, Ángel. (2ª ed.) (2013) *Derecho constitucional: Teoría de la constitución y sistema de fuentes*. España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Giambattista, Vico. (5ª ed.) (1981) *Principios de una ciencia nueva sobre la naturaleza comun de las naciones*. Argentina. Editorial Aguilar Argentina, S.A.
- González Oropeza, Manuel. (2ª ed.) (2011) *La Jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla*. México. Ediciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Guastini, Riccardo. (1ª Ed) (2008) *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México-España. Editorial Trotta, S.A. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Hart, H. L. A. (2ª ed.) (1961) *El Concepto de Derecho*. Argentina. Editorial Abeledo-Perrot, S.A. e I.
- Herrera, Héctor. Lineamientos para la protección y conservación de las aguas nacionales en actividades de fracturamiento hidráulico [fracking] en México. 2017.
- Izquierdo Muciño, Martha E. (2ª ed.) (2010) *Garantías Individuales*. México. Editorial Oxford.

- Jellinek, G. (1943) *Teoría General del Estado*, [colección: biblioteca de derecho y ciencias sociales] (Traducción y prólogo de la 2ª Edición alemana), Editorial Albatros: Buenos Aires, República Argentina.
- Kern, Lucian y Müller, Hans Peter. (1ª ed.) (1992) *La Justicia: ¿Discurso o mercado?.* España. Editorial Gedisa.
- Klug, Ulrich. (1ª ed.) (1989). *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho.* España. Editorial Alfa.
- Krauze, E. (1997) *La Presidencia Imperial: Ascenso y caída del sistema político mexicano (1940-1996)*, [colección: Andanzas] (4ª Edición: noviembre de 1997), Tusquets Editores: México.
- Lefranc Weegan, Federico César. (1ª ed.) (2011) *Sobre la Dignidad Humana.* México. Ubijus Editorial.
- López Castañeda, O.A. (2016, enero-junio) *Trascendencia de la Guía de Criterios Ambientales para la exploración y extracción de hidrocarburos contenidos en lutitas, publicada por la SEMARNAT*, Año 10, Número 19 de la 2ª Época, Conocimiento y Cultura Jurídica, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica: Monterrey, México.
- López Castañeda, O.A. (2017, enero-junio) *Reflexión en torno a la colisión de intereses jurídicos en la interpretación de los órganos reguladores en materia de hidrocarburos en México*, Año 11, Número 21 de la 2ª Época, Conocimiento y Cultura Jurídica, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica: Monterrey, México.
- López Hernández, C. M. (2014, enero-junio) “Colegiación en México: un discurso tardío”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, n. 15, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica, Facultad de Derecho y Criminología: Monterrey.
- _____ (2019) *Derrotabilidad de las normas: un giro hermenéutico*, doctorado: tesis.
- _____ (2019) *La interpretación de la ley en el constitucionalismo mexicano*, Tirant lo Blanch: México.

- Luhmann, Niklas. (1ª ed.) (2010) *Los Derechos Fundamentales como Institución*. México. Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, Niklas. (2ª ed.) (2005) *El Derecho de la Sociedad*. México. Universidad Iberoamericana.
- Melgar Adalid, Mario. (1ª ed.) (1997) *El Consejo de la Judicatura Federal*. México. Editorial Porrúa.
- Melgar Adalid, Mario. (1ª ed.) (2012) *La Suprema Corte de Estados Unidos*. México. Editorial Porrúa.
- Moreno, José Juan. (1ª ed.) (1997) *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ovalle Favela, José. (9ª ed.) (2009) *Derecho Procesal Civil*. México. Editorial Oxford University Press.
- Payan, T., et al. (Editores) (2016). *Estado de derecho y reforma energética en México*. México. Ed. Tirant-lo blanch.
- Popper, Karl R. (1ª ed.) (1962) *La Lógica de La Investigación Científica*. España Editorial Tecnos.
- Rodríguez Lapuente, Manuel. (7ª ed.) (2005) *Sociología del Derecho*. México. Editorial Porrúa.
- Salgado Ledesma, Eréndira. (2ª ed.) (2015) *Manual de Derecho Procesal Constitucional*. México. Editorial Porrúa.
- Sánchez Román y Gallifa, F. *Notas de la Cátedra de Derecho Comparado correspondientes al curso de 1941 en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Autónoma de México*.
- SENER (2015). *Prospectiva de Gas Natural y Gas LP 2015-2019*. México D.F.:SENER.
- Tunstall, Thomas, et.al. (2015) *Impacto económico y análisis jurídico de las actividades de gas y petróleo de lutitas en México. Reporte Preliminar*. Universidad Autónoma de Nuevo León. México.
- Vázquez Esquivel, E. (2016) *Derecho y comprensión*, Editorial Tirant lo Blanch: México.
- _____ (2007, enero-junio) “La hermenéutica filosófica: una reflexión sobre el Derecho como ciencia del espíritu”, Año 1, Número 1 de la 2ª Época, Conocimiento y Cultura Jurídica, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y

Criminología, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica: Monterrey, México.

_____ (2008, enero-junio) “La interpretación conforme en México (dos de sus antecedentes teóricos: Kelsen y Huarte de San Juan. Un estudio crítico desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica)”, Año 2, Número 3 de la 2ª Época, Conocimiento y Cultura Jurídica, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica: Monterrey, México.

_____ (2009, enero-junio) “El entroncamiento del problema hermenéutico con el deontológico en la formación de los operadores del derecho en México”, Año 3, Número 4 de la 2ª Época, Conocimiento y Cultura Jurídica, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica: Monterrey, México.

_____ (2009, julio-diciembre) “El entroncamiento del problema hermenéutico con el deontológico en la formación de los operadores del derecho en México”, (segunda parte), Año 3, Número 5 de la 2ª Época, Conocimiento y Cultura Jurídica, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica: Monterrey, México.

_____ (2011, primavera marzo-septiembre) “La función de juzgar en Basave”, Número 12, Letras jurídicas, Revista electrónica de Derecho del Centro Universitario de Ciénega: Guadalajara, México.

Vega Carrillo, Renato. Las ventajas fiscales del joint venture. Escuela Libre de Derecho de Sinaloa, México, 1ª ed., 2007, p. 49.

Vera, R. (2013). “Rechazo Popular”, En Revista *Proceso*, pp. 9. México: CISA.

Wang Z, Krupnick (2013). A Retrospective Review of Shale Gas Development in the United States, Resources for the Future, Washington.

Witker Velázquez, Jorge et al. (2ª ed.) (2002). *Metodología Jurídica*. México. Editorial Mc Graw-Hill.

Wróblewski, Jerzy. (1ª. Ed.) (2001). *Sentido y Hecho en el Derecho*. México. Distribuciones Fontamara, S.A.

Zobac, M and Arent, D (2014), Shale Development: Opportunities and Challenges in the Bridge, Spring, pp. 16-23.

Leyes y publicaciones oficiales:

1. Legislación Energética (actualizada a marzo de 2021)

Publicaciones Electrónicas.

2. Diario Oficial de la Federación (consultado en su versión en línea en el sitio web <http://www.dof.gob.mx>)

Semanario Judicial de la Federación.

Fuentes hemerográficas:

www.eleconomista.mx

www.eluniversal.com.mx

www.energiahoy.com

www.energyandcommerce.com.mx

www.expansion.mx

www.forbes.com.mx

www.proceso.com.mx

www.gob.mx/profeco

www.gob.mx/sener/es/archivo/articulos

www.lajornada.com.mx

www.oilandgasmagazine.com.mx

www.reuters.com

www.youtube.com/c/milenio

www.youtube.com/c/gobiernodemexico

www.youtube.com/user/senermx

Publicaciones Electrónicas.

1. Conferencias, seminarios y talleres de Derecho Energético:

Acuña Zepeda, Manuel Salvador. La reforma energética en México. Conferencia dictada en la Barra Mexicana de Abogados, Capítulo Nuevo León el día 28 de marzo de 2017.

Hurtado Acosta, Israel. Política energética y Regulación. Conferencia dictada en la Barra Mexicana de Abogados, Capítulo Nuevo León el día 4 de febrero de 2016.

López Castañeda, Omar Adolfo. Algunas reflexiones en materia de la reforma energética y en la exploración y extracción de hidrocarburos contenidos en lutitas. Conferencia dictada en el X Congreso Iberoamericano de Regulación. UANL-ASIER. 20 de octubre de 2015.

Lujambio Irazábal, José María. Doing business in Mexico. Oil and Gas Industry (webinar, abril 15 de 2015).