

EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN DE LA ENERGÍA

Jorge ESPINOSA FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes del régimen jurídico del agua y del subsuelo*. III. *Principios constitucionales de los regímenes de aguas y subsuelo en la Constitución de 1917*. IV. *Intervención de la nación (de la federación) en la explotación y aprovechamiento de los recursos energéticos*.

I. INTRODUCCIÓN

La amplitud de este tema y la intención de evitar que esta presentación se limite al mero recuento de disposiciones que históricamente han tenido vigencia, hacen necesario que perfilemos los propósitos de esta breve exposición.

Los propósitos son:

- Identificar los que hemos dado en llamar principios constitucionales en relación con la energía y sus excepciones.
- Observar en su conjunto la regulación de los recursos energéticos.
- Formular algunas reflexiones sobre el perfil histórico que, de conjunto, tiene la regulación constitucional de la energía.

Para lograr estos propósitos es indispensable dejar establecidas algunas nociones terminológicas y conceptuales básicas. El primer concepto que hay que identificar es el de “energía”, el cual no se encuentra en el ámbito del derecho, sino en el de otras ciencias. En una definición elemental, la energía es “la capacidad o facultad para efectuar o producir trabajo, entendiéndose por trabajo el movimiento de una resistencia por una fuerza”.

Es así que, de acuerdo al principio de conservación de la energía, hay varias formas de energía que deben distinguirse, como son la mecánica, la

potencial, la cinética, la calorífica, así como la atómica, la química y la radiante.

Estas formas de energía se han aprovechado controladamente en una evolución a ritmos exponenciales en razón de la capacidad tecnológica y económica. Para ello, desde la antigüedad, e incluso desde la prehistoria, hasta nuestros días la energía se ha obtenido de diversas maneras y de diversas fuentes.

En la actualidad las fuentes más importantes de energía son:

A) Los combustibles fósiles, dentro de los que destacan señaladamente el petróleo, el gas natural y el carbón, aunque dentro de los combustibles minerales sólidos también se incluyen la antracita, el lignito y la turba.

B) Asimismo destacan por su importancia las fuentes para la obtención más directa de energía eléctrica, que son, en orden de importancia:

- a) hidráulica: hidroeléctrica;
- b) geotérmica: geoelectrica;
- c) nuclear o atómica: nucleoelectrica;
- d) termoeléctrica: consumo de combustibles.

Estas fuentes son las que, por su importancia, han llegado a ser materia de regulación constitucional.

El punto es, entonces, cómo es que determinadas fuentes y formas de energía han llegado a incorporarse al ordenamiento constitucional, de qué manera y con cuáles alcances. Cabe preguntarse también cuál es la índole o la naturaleza de las disposiciones constitucionales que tratan de la energía. Para avanzar en la contestación a estas cuestiones es preciso adelantar algunas ideas:

1º Los preceptos constitucionales relativos a energía no son necesariamente consustanciales a la noción tradicional o clásica de las constituciones políticas, en tanto que no se encuadren dentro de sus grandes apartados orgánico y dogmático, es decir, de lo relativo a la organización del gobierno en su concepto más amplio y a las garantías individuales.

2º Los preceptos de que se trata no solamente forman parte de lo que se ha dado en llamar capítulo económico de la Constitución, sino que son una relevancia tal que tienen el carácter de disposiciones que perfilan las características mismas del Estado y de la nación en sus acepciones más amplias.

3º Los dispositivos constitucionales se han orientado a dos grandes ámbitos, que son:

a) El establecimiento de un régimen patrimonial de los recursos energéticos mismos, y

b) El establecimiento de un régimen jurídico para la delimitación de las industrias dedicadas a la explotación de recursos y a la prestación de servicios públicos.

4º Desde un punto de vista económico las disposiciones que nos interesan se han interpretado como parte de la delimitación del quehacer del Estado y de la sociedad en la economía, a través de sus diversos agentes. Ello, no obstante, las implicaciones jurídicas, históricas y políticas son mucho más amplias que la sola delimitación de campos de actividad.

5º La incorporación de disposiciones en el ordenamiento constitucional varía por tipo de recurso y ramos industriales, existiendo, en cuanto a los recursos naturales que son fuentes de energía, un marco histórico común, y en cuanto a lo industrial se aprecian tendencias paralelas, como punto mismo del fenómeno evolutivo de estas industrias.

Es en este contexto de ideas que en la Constitución lo primero que se identifica es el régimen del recurso natural mismo y, posteriormente, lo que toca a la industria.

En cuanto a los recursos existe actualmente un régimen general de los recursos naturales, que se puede identificar en diversos principios a los cuales más adelante nos referiremos. Para comprender esos principios es indispensable conocer los antecedentes históricos en dos grandes ámbitos: el del agua y el del subsuelo.

Parecería totalmente ocioso que nos refiriéramos a instituciones jurídicas que datan de hace varios siglos, estando conscientes de que la industria de la energía ha corrido en paralelo a la revolución industrial y social-urbana, con auge apenas desde las postrimerías del siglo pasado, si no fuera porque en instituciones históricas se finca el régimen actual de los recursos energéticos.

II. ANTECEDENTES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL AGUA Y DEL SUBSUELO

1. Agua

Durante la Colonia la propiedad de aguas guarda una similitud fundamental con el régimen del suelo y del subsuelo, pues se trataba de bienes que formaban parte del patrimonio de la corona española por virtud de la bula del papa Alejandro VI.

Desde la legislación colonial se han distinguido las de dominio público irreductible a propiedad particular; las de propiedad privada mediante merced real o concesión y las aguas comunales.

Con la Independencia de México la propiedad de las tierras y aguas de la corona española se transmite a la nación mexicana.

El régimen de aguas es determinado por los estados hasta la Constitución de 1857. En esa Constitución se estableció la facultad de la Federación para legislar en materia de vías generales de comunicación. El Código Civil de 1870 incluyó a los ríos como bienes de propiedad pública.

En 1888 se expidió una Ley sobre Vías Generales de Comunicación, incluyendo con ese carácter a todos los ríos limítrofes y navegables; en 1894 y 1896 se expidieron ordenamientos que incluyeron lo referente a la concesión para el aprovechamiento de aguas federales para industria.

En 1902 se expidió la Ley de Bienes Muebles e Inmuebles de la Federación, que limitó las concesiones a 20 años. Este plazo tan corto impidió las inversiones. Ejemplo clásico de un ordenamiento técnicamente bien concebido, pero de resultados desastrosos, por ello, en 1908 se reformó la Constitución para facultar al Congreso para definir cuáles son las aguas de jurisdicción federal y expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las mismas. Gracias a esa reforma, en 1910 se expidió la Ley de Aguas estableciendo un plazo mínimo de 20 años y máximo de 99 para las concesiones. El punto culminante de esta evolución es el párrafo quinto del artículo 27 de la Constitución de 1917, con los principios a que más adelante nos referimos.

2. Recursos del subsuelo

Es pertinente aclarar que, en una perspectiva histórica, fue hasta fecha relativamente reciente cuando se separa el petróleo, creando un régimen propio, respecto del régimen general de la legislación minera.

Ya mencionamos que en el siglo XVI el territorio era considerado propiedad de la Corona como Real Patrimonio, incluyendo el subsuelo. Llegada la independencia y para favorecer las inversiones se expidió una ley en 1823, dejándose en 1826 las facultades legislativas en los estados, lo que se confirmó en la Constitución de 1857. La falta de legislación unitaria fue uno de los factores que contribuyó al fracaso de la minería durante el siglo pasado. Por ello, en 1883 se reformó la Constitución para que el Congreso de la Unión legislara en materia minera.

En 1884 se expidió el Código de Minas y en 1892 una Ley Minera. Estos ordenamientos eliminaron de plano la tradición hispánica de propiedad del territorio, tal Código estableció, entre otros aspectos, los siguientes: que las minas y pláceres forman un inmueble distinto del suelo; que la propiedad de esos inmuebles se adquiere en virtud de descubrimiento y denuncia, mediante concesión; se concede la propiedad de las minas por tiempo ilimitado; y que son propiedad del dueño del suelo, sin necesidad de denuncia ni adjudicación especial, diversos recursos, entre los que se encontraban el carbón, el petróleo y los manantiales gaseosos.

Para mayor claridad, la ley de 1892 estableció la explotación libre, sin necesidad de concesión (en ningún caso) de los combustibles minerales. Asimismo declaró a la propiedad minera particular irrevocable y perpetua.

Con la Constitución de 1917 se establece el regreso al sistema español de propiedad, reincorporando al carbón y a los hidrocarburos a la categoría de las demás sustancias minerales, sujetas a régimen de concesiones.

III. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LOS REGÍMENES DE AGUAS Y SUBSUELO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917

1º Competencia federal:

Artículo 73, fracciones X y XVII. Facultades del Congreso de la Unión para legislar sobre hidrocarburos, minería, energía eléctrica y nuclear, así como sobre uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal.

2º El subsuelo y las aguas son propiedad originaria de la Nación:

El artículo 27, párrafo primero señala: “La propiedad de tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación...”. Se trata de una propiedad adquirida por derecho propio del Estado Nacional.

3º Son bienes del dominio directo de la Nación:

El artículo 27, párrafo 4º dice: “Corresponde a la Nación el dominio directo de ... todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como ... los combustibles minerales sólidos, el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o

gaseosos...”. La Constitución no establece lo que debe entenderse por dominio directo, pero la SCJN ha establecido que “el dominio directo no es más que una consecuencia inmediata y directa del dominio eminente, o sea la efectividad, en ejercicio de la soberanía que corresponde a la Nación”. Esta noción de dominio directo no es aplicable a las aguas.

4º El derecho de propiedad de la Nación sobre el subsuelo y las aguas es inalienable e imprescriptible:

El párrafo 6º del artículo 27 dice: “En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores (subsuelo y aguas), el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible”. En consecuencia, hay una afectación a un régimen necesariamente de derecho público para el aprovechamiento de los recursos.

5º El derecho de beneficiarse de los recursos del subsuelo y de las aguas sólo será aquel que derive de una concesión:

Artículo 27, párrafo sexto. Es este principio general en el que se bifurca el régimen de determinados recursos energéticos, estableciendo dos especies:

A) Recursos concesionables en su explotación, por particulares.

B) Recursos reservados para su explotación exclusiva por organismos federales.

Dentro de los primeros se encuentran, actualmente:

- Los recursos hidráulicos para la generación de energía eléctrica.
- Los combustibles minerales sólidos.

Dentro de los segundos se encuentran:

- El petróleo y demás carburos de hidrógeno.
- Los minerales radioactivos.

El artículo 27 es expreso en cuanto a que en estas materias no se otorgarán concesiones ni contratos.

6º Facultad de establecer reservas nacionales:

Artículo 27, párrafo sexto. “El Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes se harán por el Ejecutivo Federal en los casos y condiciones que las leyes provean”. La Ley Minera vigente prevé esta figura jurídica. La Ley de Aguas Nacionales previene la figura jurídica de la veda.

7º Las leyes que regulan los recursos energéticos son leyes reglamentarias de la Constitución.

8º Explotación de los recursos por mexicanos, personas físicas o sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas.

IV. INTERVENCIÓN DE LA NACIÓN (DE LA FEDERACIÓN) EN LA EXPLOTACIÓN Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS ENERGÉTICOS

La Federación ha intervenido a partir de la Constitución de 1917 en la explotación y aprovechamiento de los recursos energéticos, por la vía constitucional, a través de distintos mecanismos:

1. A través de la determinación de la naturaleza jurídica de la propiedad y el aprovechamiento de los recursos energéticos, en los terminos descritos.

2. Mediante expedición de leyes regulatorias para establecer las condiciones y términos de su aprovechamiento.

3. Estableciendo prohibición expresa para su explotación por particulares, con la consecuente exclusividad para el Estado.

Con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1917 se han realizado reformas constitucionales en los siguientes aspectos esenciales, como excepciones solamente al principio general de explotación de los recursos mediante concesión, sin variar la naturaleza misma del régimen jurídico general de la propiedad del territorio nacional.

Las reformas han consistido en lo siguiente:

1) No otorgamiento de concesiones, ni de contratos en materia de petróleo y demás hidrocarburos (1930-1960), así como en cuanto a minerales radioactivos (1960).

2) Establecimiento de la exclusividad de la Nación para generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de un servicio público. Consecuentemente, se estableció:

- El no otorgamiento de concesiones a particulares.
- El aprovechamiento por la nación de los bienes y recursos naturales que se requieren para esos fines.

3) Establecimiento de exclusividad de la Nación en el aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación de energía nuclear y la regulación de sus aplicaciones en otros propósitos. Asimismo la determinación de que la energía nuclear sólo podrá tener fines pacíficos.

4) La definición de áreas estratégicas como ámbito de la actividad económica reservada al Estado, incluyendo:

- Petróleo y demás hidrocarburos.
- Petroquímica básica.
- Minerales radioactivos y generación de energía nuclear.
- Electricidad.

5) Determinación de que el Gobierno Federal mantendrá la propiedad y el control sobre los organismos que tengan a su cargo las áreas estratégicas (artículos 25 y 28).

Dicho todo esto y en grandes trazos histórico jurídico-políticos, podemos observar las grandes etapas de la regulación de la energía en su conjunto:

1ª Etapa de indiferencia:

Esto en el marco del régimen patrimonial colonial, es decir en la concepción de propiedad del territorio. Decimos que es una etapa de indiferencia o de no diferenciación de los recursos energéticos en el régimen jurídico general del subsuelo (minas) y aguas, por no existir aún las condiciones económicas, tecnológicas y sociales para darles relevancia. Esta etapa abarca desde la Conquista hasta finales del siglo XIX.

2ª Etapa de desvinculación del Estado respecto de los recursos energéticos y de su explotación:

Se trata de un régimen de ausencia de regulación. Tiene punto de partida en el Código Minero de 1884 y llega a 1917.

3ª Etapa de recuperación de los recursos energéticos:

El instrumento lo fue la Constitución de 1917. Su contenido el restablecimiento del sistema jurídico colonial de propiedad, pero atingente a la nación mexicana. Determinación de los principios constitucionales ya apuntados.

4ª Etapa de establecimiento de restricciones y regímenes diferenciados y limitativos de la actividad particular:

En esta etapa se identifican los elementos siguientes:

- Reserva total respecto de determinados recursos en su estado natural.
- Establecimiento de monopolios de Estado en actividades de explotación de los recursos naturales, servicios públicos e industria vinculada a los productos.
- Incorporación de recursos naturales antes no considerados al impedimento de explotación por particulares.

5ª Etapa de atenuación diferenciada y específica de actividades industriales.

Concretamente el contenido de esta etapa es el siguiente:

- Incorporación de los combustibles minerales sólidos al régimen minero general de concesiones.
- Cobertura de vacíos de regulación en materia de generación de energía eléctrica cuando no se está en supuestos de servicio público. Concesiones de aguas nacionales para la generación de electricidad.
- Transporte, almacenamiento y distribución de gas.
- Delimitación de la industria petroquímica básica y la secundaria.
- Incorporación de procedimientos de concursos para acceder a recursos naturales y a actividades industriales relacionadas con los energéticos.
- Atención de limitaciones al capital extranjero, pero dentro del principio de empresas de nacionalidad mexicana.
- Inserción de las actividades reservadas al Estado, a un contexto de Rectoría del Estado en el desarrollo, la planeación y la colaboración de los sectores público, social y privado.