

Análisis constitucional de las iniciativas de reforma en materia petrolera enviadas por el Ejecutivo Federal al Senado de la República en abril de 2008*

Héctor Fix-Fierro **

I. Planteamiento

En esta exposición sostendré que las iniciativas de ley en materia de petróleo que el Presidente de la República ha enviado al Senado en días pasados (con fecha 8 de abril de 2008) no enfrentan obstáculos específicos de inconstitucionalidad –en particular, respecto del artículo 27 de la Constitución– que impidan que el Congreso de la Unión discuta y resuelva sobre los aspectos de fondo de dichas iniciativas, es decir, los de carácter técnico, económico, administrativo, e incluso político. Dicho en otras palabras: es posible interpretar las disposiciones constitucionales vigentes de modo sistemático, razonable y coherente, a fin de que el legislador legitimado democráticamente pueda adoptar las decisiones de política pública más convenientes para enfrentar y revertir la difícil situación en que se encuentra la explotación de un recurso que ha sido, y seguirá siendo esencial, para el desarrollo del país. Ya que dicha interpretación permite separar las cuestiones de constitucionalidad de las de oportunidad y conveniencia políticas, en esta exposición me limitaré a examinar algunos de los temas de constitucionalidad que se han planteado, sin entrar en el análisis de si las iniciativas son adecuadas para lograr los fines que se proponen, e incluso de si dichos fines son objetivamente deseables y correctos.

Antes de desarrollar las razones específicas en que se apoya la postura anunciada, considero necesario abordar dos cuestiones generales e interrelacionadas que ayudan tanto

* Texto preparado para los Foros de Debate sobre la Reforma Energética organizados por el Senado de la República (20 de mayo de 2008).

** Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigador nacional.

a explicar mejor dichas razones como a elevar el nivel de un debate que resulta insatisfactorio hasta el momento, en buena medida porque no se han hecho explícitos los fundamentos de las distintas posturas. Se trata de la teoría de la interpretación constitucional y de la teoría de las funciones de la Constitución, las que son relevantes no sólo para el análisis de las iniciativas en materia petrolera, sino para muchos otros debates constitucionales en los que está, y estará, inmerso el país.

II. La interpretación constitucional y las funciones de la Constitución

Parto del supuesto de que es necesario e inevitable interpretar la Constitución. ¿Por qué es necesaria e inevitable la interpretación constitucional? Las razones son diversas, pero sin duda no se limitan a la ambigüedad e indefinición naturales del lenguaje, o a la naturaleza más o menos general del texto constitucional. Una razón muy importante es el carácter especializado de la interpretación de la Constitución. A quienes no se han formado en materias jurídicas les cuesta trabajo, justamente, aceptar y entender la naturaleza especializada de la interpretación jurídica, e incluso les exaspera que se les señale que un texto que, en principio resulta más accesible que otras leyes por sus cualidades retóricas, no dice necesariamente lo que ellos creen que dice. Ciertamente, los ciudadanos tienen derecho de hacer sus propias interpretaciones de la Constitución, y dichas interpretaciones no necesariamente están desencaminadas, pero también es verdad que la creciente complejidad de la vida social exige interpretaciones cada vez más complejas y sofisticadas que no están al alcance de todos, al menos en lo inmediato.

En México le hemos tratado de dar la vuelta a este problema mediante las cada vez más frecuentes reformas constitucionales, que tratan de clarificar y desarrollar con toda prolijidad todo aquello que era dudoso, que sólo estaba implícito en el texto constitucional o que convenía excluir de manera tajante. Pero esto es ilusorio, pues aún la reforma constitucional más detallada en que pueda pensarse –en la línea de la reforma electoral del año pasado– requiere de interpretación para poder aplicarse.

Sin embargo, la razón más importante por la que es indispensable la interpretación constitucional no es de orden técnico, sino político. La interpretación es parte del debate

constitucional, y el debate constitucional es un elemento indispensable de toda vida pública democrática, pues en él se elaboran y clarifican los horizontes hacia los que pretende dirigirse la sociedad, así como los valores y principios que ésta desea realizar en el largo plazo. El debate político no es suficiente, porque muchas veces queda entrampado en los intereses y las visiones de corto plazo, además de que en ocasiones carece de puntos de referencia objetivos y concretos. De ahí se deduce, a mi juicio, que hay que buscar aquellas interpretaciones constitucionales que faciliten y promuevan el debate legislativo en el marco de los horizontes, los valores y los principios específicos que consagra la Constitución. Quienes argumentan que, de ser aprobadas, las iniciativas analizadas serían flagrantemente inconstitucionales, no sólo dan a entender que las disposiciones constitucionales tienen un significado único –lo cual es falso, porque siempre son posibles otras interpretaciones, y la cuestión se reduce entonces a saber cuál es la interpretación más correcta desde el punto de vista de sus objetivos y consecuencias –sino que, de manera consciente o no, concluyen el debate antes de haberlo iniciado. Sin quererlo, quizá, contribuyen a imponernos la inacción, o la aceptación de reformas tibias y timoratas.

La segunda cuestión general, que se encuentra vinculada a la primera, tiene que ver con las funciones que cumple una Constitución. La Constitución es un marco de referencia para la actuación las autoridades y los ciudadanos. Como tal, excluye ciertas posibilidades –establece límites y prohibiciones– pero también abre oportunidades. Su función no es sólo negativa y restrictiva, sino también positiva y promocional. Ahora bien, ante el carácter dinámico de la sociedad y de la constante necesidad de hacer cambios y ajustes a las políticas públicas, resulta conveniente, e incluso necesario, privilegiar la función positiva de la Constitución, a fin de que los órganos representativos de la sociedad debatan y decidan el curso de acción más conveniente. Eso no significa olvidar los límites que toda acción pública debe respetar; sostener la constitucionalidad de las iniciativas no conlleva darle un cheque en blanco al legislador. Hay límites constitucionales que nadie pone en duda y que no deben evadirse aunque no estemos de acuerdo con ellos –por ejemplo, el no otorgamiento de concesiones o de contratos de explotación petrolera a los particulares–, pero dentro del marco definido por estos límites existen posibilidades, apoyadas en otras disposiciones constitucionales, que deben explorarse y argumentarse con cuidado. Quienes

sostienen la inconstitucionalidad de las iniciativas, por el contrario, no parecen dar suficiente atención a las funciones positivas de la Constitución.

En suma: las funciones tanto negativas como positivas de la Constitución exigen no sólo elaborar e interpretar a la ley “conforme a la Constitución”, sino también a la Constitución “conforme a la ley”, para que ésta pueda insertarse, en tanto decisión política, en el proceso general de cambio de una sociedad. Las constituciones mismas reconocen el margen de decisión que corresponde al legislador mediante expresiones tales como “en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva”.

III. Análisis de la constitucionalidad de las iniciativas de ley en materia petrolera

En lo que sigue me centraré en el examen de la compatibilidad de las principales propuestas contenidas en las iniciativas de ley con los artículos 25, 26 y, sobre todo, 27 de la Constitución, pues es en relación con ellos que se ha suscitado la polémica más fuerte. Ello no significa desconocer que se han planteado algunas dudas sobre la constitucionalidad de las nuevas reglas sobre las licitaciones y contrataciones a cargo de PEMEX, en relación con el artículo 134 constitucional, o sobre la propiedad y el control que, conforme al artículo 25, debe conservar el Estado respecto del mismo organismo.

En relación con el artículo 27 constitucional, se plantean, a mi juicio, tres preguntas centrales:

- ¿Qué debe entenderse por “dominio directo” de la Nación sobre el petróleo y los demás hidrocarburos?
- ¿Qué se entiende por “explotación” de los hidrocarburos?
- ¿Hasta dónde llega la facultad que tiene el legislador de determinar las modalidades de la explotación del petróleo y los demás hidrocarburos?

Estas dos últimas preguntas se tratarán de manera conjunta, pues se encuentran íntimamente relacionadas.

1. El “dominio directo” de la Nación sobre el petróleo y los demás hidrocarburos

Por “dominio directo” de la Nación sobre el petróleo y los hidrocarburos debe entenderse la *propiedad*, en sentido estricto, sobre dichos productos, lo que implica las tres facultades que clásicamente le atribuye el derecho civil al derecho de propiedad: la facultad de usar, de obtener frutos y de disponer, es decir, de transmitir esa misma propiedad. Así, el Estado puede tanto someter los hidrocarburos a los procesos de transformación que considere convenientes, como transmitir su propiedad sin ninguna clase de transformación previa, como es la venta de petróleo crudo, tanto a otros organismos públicos como a los particulares. Dicho en otras palabras: el dominio directo de la Nación, es decir, la propiedad sobre los hidrocarburos, se mantiene en tanto no exista una venta de primera mano. Una vez que se produce dicha venta, la Nación deja de tener el dominio directo sobre los hidrocarburos, pero puede adquirir entonces una facultad de regulación del uso y ulterior transformación de dichos productos, en beneficio del desarrollo nacional, conforme al segundo párrafo del artículo 25 constitucional.

Ahora bien, ¿tiene obligación el Estado de someter él mismo a transformación los hidrocarburos extraídos del subsuelo, a fin de obtener el mayor provecho posible de ellos? No necesariamente. En un sentido general, la Constitución obliga al Estado a obtener el mayor beneficio posible de esos productos a favor del país y su población, pero se trata de una decisión compleja que involucra diversos factores insertos en una situación siempre cambiante, y un juicio de valor y de prioridad respecto de otras actividades igualmente a su cargo. Según se verá más adelante, nada en la Constitución impide que el Estado encargue ciertas clases de transformación de los hidrocarburos a los particulares (por ejemplo, la refinación), manteniendo la propiedad y el control del recurso y todos sus productos, pero nada tampoco lo obliga a ello.

Por último, ¿es posible que el Estado ceda otros derechos sobre los hidrocarburos que no sean los de propiedad? No, si ello significa la “explotación”, en los términos en que ese concepto se definirá más adelante.

2. El concepto de “explotación”

El concepto de explotación en los términos del artículo 27 puede tener varios significados. El primero indicaría simplemente la extracción de los hidrocarburos, en un uso similar al que parece darle el párrafo sexto respecto de los recursos naturales señalados en los párrafos cuarto y quinto. Sin embargo, tratándose de los hidrocarburos, el texto constitucional vincula el concepto de explotación con la prohibición de otorgar concesiones y contratos a los particulares. Debe suponerse entonces que el concepto tiene un alcance distinto aquí. Al señalar que la explotación la hará la Nación, y al indicar los artículos 25 y 28 constitucionales que el sector público tiene a su cargo de manera exclusiva los sectores estratégicos, que incluyen el petróleo, los demás hidrocarburos y la petroquímica básica, pareciera que queda *absolutamente vedada* cualquier participación de los particulares en las actividades de la industria petrolera. Esto no es necesariamente así, por las siguientes razones:

- La prohibición de concesiones y contratos de explotación constituye una restricción a la libertad de comercio, industria y trabajo. Ello requiere especial justificación y, en términos de estricta técnica constitucional, exige a su vez una interpretación restrictiva de la limitación, es decir, privilegiar aquella opción que permita un mayor ejercicio de la libertad afectada. (Este argumento no se ha manejado hasta ahora en el debate).
- Sería muy difícil justificar, desde el punto de vista económico, que absolutamente todas las actividades relacionadas con la industria petrolera fueran realizadas directa y exclusivamente por el Estado, cuando los cambios en las circunstancias, pero también las disposiciones constitucionales, inducen a permitir el mejor uso posible de los recursos, sin excluir la participación privada.
- Jurídicamente, se vaciaría de todo contenido la facultad del legislador de definir los términos en que se llevará a cabo la explotación por la Nación. La “reserva de ley” que establece el artículo 27 sólo tiene sentido si se supone que incluye la delimitación de actividades entre el Estado y los particulares (y ésa es, además, una de las funciones generales de la ley). De otro modo, bastarían las

normas administrativas internas de PEMEX para regular los términos en que se conducen las actividades de la industria petrolera.

- La Constitución protege y alienta las actividades económicas de los particulares y el sector privado (artículo 25, último párrafo). Por tanto, si reconoce que aquéllos pueden contribuir al desarrollo nacional bajo la regulación del Estado, no hay razón contundente para pensar que no puedan, ni deban, contribuir a ese desarrollo en el ámbito de la industria petrolera.
- Por último, el artículo 28 define como área estratégica el “petróleo, los demás hidrocarburos, y la petroquímica básica”, *no* la industria petrolera, y ello abre la puerta a diversas posibilidades de regulación.

De todos los razonamientos anteriores se desprenden, como conclusiones lógicas, razonables y coherentes, las siguientes:

- Que la explotación a la que se refiere el artículo 27 significa el beneficio económico directo y primario derivado de los recursos petroleros.
- Que el legislador tiene facultad para definir qué actividades dentro de la *industria petrolera* son estratégicas y quedan, por tanto, reservadas en exclusiva al sector público.

Como consecuencia de lo anterior, se deduce entonces que los particulares *sí pueden participar* incluso en las áreas estratégicas de la industria petrolera siempre que se observen las dos siguientes condiciones: a) que la Nación, a través de PEMEX, mantenga la propiedad de los hidrocarburos y sus productos hasta su venta de primera mano; y b) que los particulares no obtengan un beneficio primario y directo de su participación en dichas actividades. Me parece que las iniciativas de ley examinadas respetan en lo fundamental estas dos condiciones; así, por ejemplo, el texto propuesto para el tercer párrafo del artículo 4º de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, el que autoriza a PEMEX a contratar con terceros los servicios de refinación de petróleo, o el texto propuesto para el artículo 6º, que se refiere a la celebración de contratos de obras y de prestación de servicios con personas físicas o morales.

IV. Conclusión

He presentado aquí, a partir de una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales vigentes, los principales argumentos que permiten sostener que las propuestas centrales de las iniciativas de ley examinadas respecto de la industria petrolera y la participación de los particulares en ella, no presentarían vicios de inconstitucionalidad de ser aprobadas. Por supuesto, no se trata de la única interpretación posible, y tampoco pretende ser evidente ni aplastante, sino una interpretación lógica, razonable y coherente, en tanto se apoya en una visión explícita de los alcances de la interpretación constitucional, de las funciones positivas y negativas de la Constitución en la sociedad contemporánea, y de las facultades y responsabilidades que debe asumir el legislador democrático en la definición de las políticas públicas, sobre todo ante el cambio dinámico de las circunstancias en que se da el desarrollo económico.

Un problema complejo requiere soluciones complejas, y por ello el legislador tendrá que ampliar y profundizar las propuestas que hoy están sobre la mesa. Pero para que ello sea posible, resulta indispensable llegar a la convicción de que la Constitución no es un obstáculo, sino el marco de referencia imprescindible y el cauce adecuado del debate público. Las disposiciones que hoy están vigentes no lo están porque las haya dictado el Constituyente, o porque el llamado Poder Revisor las haya incorporado en la Constitución en un momento heroico o iluminado de la historia. Su sentido y su fuerza obligatoria no vienen del ayer. Están vigentes porque podemos cambiarlas, aunque hayamos decidido, o aceptado, no hacerlo ahora. Esta es la razón última que nos autoriza a interpretarlas a la luz de nuestras necesidades y nuestros anhelos del día de hoy.