Ciudad de México a 18 de marzo de 2021

Cinco Argumentos sobre la Constitucionalidad de la Reforma a la Ley de la Industria Eléctrica

Grupos con intereses económicos pretenden cuestionar la constitucionalidad de las reformas recién aprobadas a la LEY DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA. Es necesario abordar este tema de manera razonada.

Primero debemos analizar el régimen constitucional de las actividades económicas. El capítulo de garantías a los derechos humanos de nuestra Constitución está formado por los primeros 29 artículos de la carta magna mexicana. El Artículo 25 inicia con la frase: "Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional". ¿Qué tiene que ver esto con los derechos humanos? Todo. Para entender lo anterior es necesario hacer un par de recordatorios.

I. Contexto Histórico

La experiencia histórica de nuestros pueblos enseñó a los Constituyentes de 1917 que una constitución política que se limitara a señalar los derechos de los individuos en abstracto sólo empoderaría a quienes ya contaran con ventajas sociales, económicas o educativas. Y que el empoderamiento de la minoría causaría estragos en la mayoría. La Revolución Mexicana había demostrado cuán cierta había sido la advertencia de Ponciano Arriaga en su Voto Particular sobre el Derecho de Propiedad en 1857:

"Mis ideas y proposiciones, tenían por objeto remediar en lo posible los grandes abusos introducidos en el ejercicio del derecho de propiedad. ... Uno de los vicios más arraigados y profundos de que adolece nuestro país, y que debiera merecer una atención exclusiva de sus legisladores ... consiste en la monstruosa división de la propiedad. Mientras que unos pocos individuos están en posesión de inmensos e incultos terrenos, que podrían dar subsistencia a muchos millones de hombres, un pueblo numeroso, crecida mayoría de ciudadanos, gime en la más horrenda pobreza, sin propiedad, sin hogar, sin industria, ni trabajo."

La Constitución de 1857 ignoró la advertencia de Arriaga. Su Artículo 27 simplemente declaró que "la propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización" y agregó restricciones a la propiedad de corporaciones religiosas y civiles –prevenciones que sirvieron para anular la agencia jurídica de ayuntamientos, pueblos y comunidades durante la vigencia de esa carta fundamental. Esta regulación tuvo beneficiarios y la concentración de la propiedad productiva empeoró en las seis décadas de 1857 a 1917.

En ese último año, el nuevo Congreso Constituyente estaba convencido de que debía incluir en el texto de la carta magna prevenciones que remediaran la injusta repartición de la propiedad. Lo hizo en dos artículos del capítulo de garantías. El derecho de propiedad siguió vigente, pero el nuevo Artículo 27 lo redefinió en los siguientes términos (que siguen vigentes a la fecha):

"Artículo 27 CPEUM. Primer Párrafo.

"La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual, ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada."

Esta disposición fue explicada en 1922 por Andrés Molina Enríquez como una reactivación de la propiedad originaria de la Corona Española de la etapa virreinal, misma que habría sido heredada por México en su calidad de Estado Sucesor de España en 1821. Sin embargo, varios de los diputados constituyentes señalaron que la motivación de la asamblea de Querétaro no fue sólo la historia jurídica, sino un acto político que reconoció (1) la urgencia de la intervención del Estado en la materia y (2) que la lucha armada revolucionaria había hecho posible esa intervención. Los teóricos del Derecho Agrario Mexicano en el siglo XX, como Lucio Mendieta y Núñez, reconocieron en este último argumento la liga entre los revolucionarios mexicanos y la justificación social de la intervención del Estado en los fenómenos socio-económicos.

II. La Historia Constitucional Mexicana

es un continuo en materia de

Rectoría del Estado

1. Áreas estratégicas de la economía nacional

El Artículo 28 Constitucional de 1857 simplemente prohibía los monopolios asegurando de este modo un sistema de libre mercado en el cual el gobierno federal se limitaba a labores de fomento a través de un sistema de patentes y por medio del control exclusivo de la acuñación de monedas y el correo. El Constituyente de 1917 expandió el horizonte de esta última norma para extender las áreas estratégicas que se encargaban al Estado:

- acuñación de moneda,
- correos,
- telégrafos,
- radiotelegrafía,
- emisión de billetes por medio de un solo Banco que controlará el Gobierno Federal.
- patentes y derechos de autor.

Durante el siglo que ha pasado entre 1917 y 2021, varias reformas Constitucionales han ampliado el espectro de la intervención constitucional del Estado en la economía nacional, para incluir las siguientes áreas estratégicas :

- minerales radiactivos y generación de energía nuclear,
- planeación y control del sistema eléctrico nacional,
- servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica,
- exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, y
- (otras actividades que señalen leyes del Congreso de la Unión).

[Artículo 28 Párrafo Cuarto vigente]

2. Áreas prioritarias de la economía nacional

Igualmente, el actual Artículo 28 establece que existen áreas prioritarias para el desarrollo nacional : comunicaciones vía satélite y ferrocarriles. En ellas, el “Estado al ejercer ... su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación”. [Artículo 28 Párrafo Cuarto vigente]

En este punto, debe subrayarse que la Constitución regula en el mismo párrafo cuarto el monopolio Estatal de las áreas estratégicas y las reglas generales de las áreas prioritarias; por lo que debe entenderse que en ambas el gobierno federal debe intervenir protegiendo la seguridad y la soberanía de la Nación.

3. Actividad económica de los entes colectivos

Aparte, el Constituyente de 1917 aclaró que no se consideran monopolios ni los sindicatos obreros, ni las cooperativas de productores que “vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan”. Esta norma sigue vigente [Artículo 28 Párrafo Noveno] y refleja la preferencia de la Constitución por actores económicos colectivos que exploten de modo directo y horizontal los recursos naturales. Igualmente, esta norma constitucional subraya la importancia de la planeación que realiza el Estado (en sus tres órdenes de gobierno): Se requiere definir en cada región las principales fuentes de riqueza, fomentar la organización colectiva para su explotación y asegurarse que no haya intermediarios que acaparen los beneficios.

4. Condiciones para la actividad de los particulares en áreas estratégicas y prioritarias

Las sucesivas reformas al Artículo 28 explicitaron que el Estado podría conceder a los particulares “la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación”, pero previniendo que “las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público” [Artículo 28 Párrafo Undécimo vigente].

La cuestión de los fenómenos de concentración que contraríen el interés público es un tema que la carta magna mexicana ha regulado de manera consistente desde 1917 y hasta nuestros días. En el texto original, el Segundo Párrafo del Artículo 28 Constitucional decía:

"...castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario, y que tenga por objeto obtener el alza de precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación, de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de alguno otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social."

Esta disposición constitucional sigue vigente hasta nuestros días, con sólo una modificación (en 2013) que actualizó su redacción, agregando "competencia" a "libre concurrencia":

"... la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social."

Debe notarse que la protección a la libre competencia en la Constitución Mexicana siempre se ha entendido como una protección de clase que evite el acaparamiento y la especulación de precios. Lo anterior es el sustento constitucional del sistema de protección a los derechos del consumidor. Se dice de clase porque desde las investigaciones de filosofía moral de Adam Smith (1776) hasta los más recientes estudios sociológicos la especulación de precios produce beneficios exorbitantes a una minoría en perjuicio de la mayoría de la población. La intención del constituyente permanente ha permanecido fiel al espíritu revolucionario de 1917.

Es con este bagaje constitucional e histórico con el que debemos analizar la constitucionalidad de las recientes reformas al marco jurídico de la industria eléctrica.

III. La Rectoría del Estado

Explicado lo anterior se entenderá mejor la reforma de 1982-1983 que amplió la regulación constitucional de la economía nacional a los Artículos 25 y 26 de nuestra carta magna. Estos numerales regulaban originalmente la circulación de correspondencia privada (Artículo 25 1917) y la prohibición de alojar tropa en domicilios particulares (Artículo 26 1917). A finales de la Administración López Portillo, el constituyente permanente decidió incluir en el marco constitucional prevenciones generales sobre la planeación del desarrollo nacional. Es relevante que señalar la lógica que se estableció en los textos nuevos de los dos artículos en comento.

Desde 1983, el texto del Artículo 25 Primer Párrafo inicia así: “Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional”. Los objetivos de esta rectoría son:

- garantizar que el desarrollo nacional sea integral [y sustentable desde 1999]
- garantizar que el desarrollo nacional fortalezca la Soberanía de la Nación
- garantizar que el desarrollo nacional fortalezca el régimen democrático

También desde 1983, el texto del Artículo 25 Primer Párrafo señala que los instrumentos a través de los cuales el Estado nacional ejerce su rectoría son:

- el fomento del crecimiento económico y el empleo
- la justa distribución del ingreso y la riqueza
- la competitividad [agregado en 2013]

En 2013, aparte de añadir la idea de competitividad o libre competencia como uno de los instrumentos de la Rectoría del Estado, el constituyente permanente agregó a este párrafo la siguiente porción normativa: “La competitividad se entenderá como el conjunto de con-

diciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo." Este agregado, hecho durante el periodo más intenso de dominio neoliberal, no alteró el modelo de Rectoría Estatal de la Economía Nacional vigente desde 1917. Al contrario, conceptualiza los mecanismos de libre competencia como instrumentos del Estado para asegurar los bienes colectivos y generales:

- crecimiento económico
- promoción de la inversión
- generación de empleo

IV. La Planeación Democrática

Explicitada la Rectoría del Estado en el Artículo 25, también desde 1983 el Artículo 26 estableció la planeación democrática del desarrollo nacional (actualmente en el Apartado A de este numeral). Esta planeación debe, por mandato constitucional, asegurar "solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación". La competitividad es un agregado de 2013 al texto de 1983, pero de nueva cuenta, debe notarse que el constituyente permanente –tanto en 1983 como en 2013– ha subordinado la idea de planeación a asegurar bienes colectivos y generales:

- crecimiento de la economía
- independencia nacional
- democratización política, social y cultural de la Nación

V. Lectura Integral

de los preceptos constitucionales revisitados

La lectura integral de la Constitución Mexicana nos indica que el Estado Mexicano, a través de sus órganos clásicos (legislativo, ejecutivo y judicial) así como de todos los organismos constitucionales autónomos, DEBE intervenir en la economía nacional procurando

la realización de objetivos de carácter colectivo que están invariablemente relacionados con la construcción de una sociedad más igualitaria.

El sustento primario de esta lectura es el Artículo 27 Constitucional que establece que la propiedad originaria de la totalidad del territorio nacional corresponde a la Nación y que la propiedad privada es derivada puesto que se constituye cuando la Nación transmite el dominio de parte de ese territorio a los particulares. Desde 1917, el Artículo 27 ha establecido con claridad que esa transmisión de dominio debe hacerse con objetivos sociales colectivos (y de interés público): Redistribuir de la riqueza nacional; igualar las oportunidades de todas y todos los ciudadanos; y evitar la explotación del hombre por el hombre. La lectura sistemática de los Artículos 25, 26, 27 y 28 nos indica que de esto tratan las “modalidades [impuestas a la propiedad privada] que dicte el interés público”. Se trata de “regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación”.

Para que el Estado esté en condiciones de imponer modalidades a la propiedad privada requiere de elementos materiales. De allí la necesidad de declarar la propiedad originaria de la Nación, que permite establecer un sistema de concesiones y transmisión de dominio que siempre deberá sujetarse al interés público. El interés público no es una idea abstracta o filosófica de “libertades” (como lo concibe, por ejemplo la Escuela de Viena). Nuestro texto constitucional lo concreta siempre en acciones de beneficio colectivo que protegen, fomentan y fortalecen –como propuso Ponciano Arriaga Leija desde 1856– a las mayorías de un país que desde su independencia ha estado afectado por la inequidad en la distribución de la riqueza productiva. Por lo mismo, aparte de las exclusividades estatales “clásicas” del liberalismo del siglo XIX (moneda, correos) la carta magna mexicana incluyó la explotación de elementos esenciales del desarrollo económico en la civilización industrial de los siglos XX y XXI: hidrocarburos, minerales radioactivos, industria eléctrica.

La distinción entre áreas estratégicas y áreas prioritarias de la economía permiten al Estado mexicano adaptar las regulaciones de la economía nacional al devenir histórico. (Lo que es especialmente relevante en momentos de crisis como la causada por la pandemia actual.) Destaca aquí la provisión constitucional que ordena mantener siempre el control público de las vías de comunicación, tanto las más avanzadas tecnológicamente (telecomunicaciones) como las más antiguas (ferroviarias). [Artículo 28 Párrafo Cuarto.] Es en este mismo dispositivo constitucional en el que se aclara que tres elementos esenciales de la industria eléctrica deben ser considerados como exclusivos de la nación: los minerales radiactivos y la generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional: y el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica.

Es en este sentido que la COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD (CFE) no es un actor más del mercado eléctrico al cual se le pueden aplicar las reglas de libre competencia del mismo modo que a otras empresas. Su doble naturaleza de generador de energía y de administrador de la red nacional de transmisión y distribución implica que, al evaluar su "eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y rendición de cuentas" como empresa productiva del Estado [Artículo 25 Párrafo Quinto] se deben tener en consideración no sólo elementos de igualdad en la libre concurrencia con otros agentes económicos, sino la necesidad de su preservación como instituciones del Estado Mexicano.

Cuando se ha alegado que las recientes reformas a la LEY DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA afectan los principios de libre competencia, deberían ponderarse los elementos previamente expuestos. NO BASTA, como se hizo en la resolución que concedió la suspensión provisional de modo inmediato en el juicio de garantías 118/2021 y su acumulado 120/2021 asumir que las disposiciones del texto original de la LEY DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA son ipso jure beneficiosas para el interés público. Los razonamientos del Gobierno de la República y del Congreso de la Unión para reformar la Ley previa son un hecho notorio, y al centro de los mismos estaba la preservación de la eficacia y eficiencia de la CFE como una empresa productiva del Estado –lo cual también debería haber sido considerado ipso jure como cuestión de interés público, de acuerdo al conjunto de los artículos constitucionales aquí analizados.

Al principio de este escrito se planteó una pregunta : ¿Qué tiene que ver la rectoría del desarrollo nacional con los derechos humanos? Los argumentos aquí presentados demuestran que, desde 1856 y hasta las primeras décadas del actual siglo XXI, los constituyentes mexicanos han considerado indispensable que el Estado intervenga en la sociedad y en la economía de manera que se aseguren crecimiento y desarrollo con justicia para todas las personas que habitan nuestro país. Sin una intervención responsable y democráticamente controlada del Estado en la economía, la sociedad humana tiende a la desigualdad cada vez más aguda: una violación estructural de los derechos humanos protegidos por nuestra Constitución.

Martí Batres Guadarrama

Presidente de la Comisión de Puntos Constitucionales del Senado de la República