

PRÓLOGO

La obra colectiva que tengo el honor de prologar, titulada *Aportes sobre la configuración del derecho energético en México*, coordinada por las doctoras e investigadoras Marisol Anglés Hernández y Margarita Palomino Guerrero, es el primer libro que se genera en el intercambio de saberes que ha tenido lugar en el contexto del Diplomado Interdisciplinario de Derecho Energético, que se imparte en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Tanto el lector lego en energía como el experto tienen en sus manos una obra que condensa la experiencia de calificados licenciados en Derecho, investigadores, químicos, miembros de la Comisión Reguladora de Energía y de la Secretaría de Energía, que se han concitado para combinar los conocimientos teóricos con los prácticos, desde una perspectiva multidisciplinaria propia de los tiempos que vivimos, en los que el abordaje de cualquier asunto energético debe efectuarse desde el desarrollo sostenible integralmente considerado, por lo que contiene enfoques jurídicos, económicos, técnicos y ambientales.

Lo anterior, trasluce la visión de las coordinadoras al concebir la obra como una importante contribución académica, orientada a aparecer en un momento crucial de la historia de Estados Unidos Mexicanos, pues luego de los cambios estructurales realizados a partir de los años 2013 y 2014, se podría transitar hacia un nuevo rumbo durante el sexenio constitucional 2018-2024.

El aporte de esta publicación no se circunscribe sólo a enriquecer el acervo bibliográfico nacional, lo que por sí mismo justificaría su existencia, sino que al abordar los temas en tiempo de transformaciones —incertidumbres y riesgos política y jurídicamente relacionados con las energías, sin olvidar los vertiginosos desarrollos tecnológicos y los compromisos ambientales—, este libro viene a alimentar un debate que apenas está comenzando.

En la actualidad, México podría encontrarse ante un triple desafío. El primero, desde la perspectiva estatal, plantea por un lado el respeto a los derechos adquiridos, la estabilidad normativa y la confianza legítima; es decir, la seguridad jurídica en sentido amplio, y por el otro, la soberanía energética, las reformas políticas y los cambios regulatorios.

El segundo, desde la perspectiva del mercado, por una parte busca lograr la eficiencia económica, el mejor aprovechamiento de las fuentes de energías renovables sin abandonar abruptamente las fuentes convencionales y fomentar el I+D+i, y por la otra, debe orientarse a garantizar el acceso universal, seguro y asequible a las energías sostenibles, la utilización de la generación distribuida para asegurar el suministro a todos los usuarios y el fomento de la digitalización, en especial del Internet de las cosas (IoT), para alcanzar un mayor aprovechamiento de la eficiencia energética.

En el tercero, desde la perspectiva ambiental y social, se asumen compromisos internacionales como los Objetivos del Desarrollo Sostenible, en particular, los energéticos (siete) y de acción por el clima (trece), este último reforzado en el marco de COP XXI; la orientación brindada en la Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, sobre medio ambiente y derechos humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y además la implementación del Acuerdo de Escazú; y por el otro, la disminución de la pobreza en todas sus formas, lo que incluye la pobreza energética, la contribución a la cohesión social y a la garantía de ejercicio del derecho humano a la energía, para el momento en que se consolide la tesis de su efectivo reconocimiento.

Lo anterior se presenta en el contexto de la cuarta generación de la Revolución Industrial, en la que se espera que convivan en esta etapa de transición las fuentes de energías convencionales con las fuentes renovables, asimismo, que estas últimas vayan sustituyendo progresivamente a aquellas en el proceso de descarbonización de la economía, hasta la desaparición definitiva de la economía marrón por una nueva economía verde.

Ante tal estado, en que México ha efectuado una reciente revisión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), así como la adaptación del Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea (TLCUEM), aparecen estas reflexiones formuladas por una docena de colaboraciones, que tienen los siguientes contenidos.

En el capítulo “Revolución energética de Estados Unidos de América: dominio energético en la región de América del Norte”, elaborado por Rosío Vargas, se expone cómo Estados Unidos de América, al aumentar la producción de hidrocarburos no convencionales, asumió una posición dominante en los mercados petrolero internacional y de gas regional. Rosío Vargas sostiene que la actual administración de Trump ha apostado al dominio energético y a la seguridad energética en materia de gas, mediante la integración con Canadá y México, siendo la reforma energética en este último la puerta de expansión de los estadounidenses, tanto en México como en el resto de la América Latina. Advierte que mientras Estados Unidos de

América tiene una visión estratégica, México ha levantado la condición de estratégica de las industrias petrolera y eléctrica, conformándose con una visión comercial, quedando reducido a ser un país dependiente e importador de las distintas formas de energías que genera el vecino del norte. Por otra parte, señala que la separación de las actividades en la industria y la desintegración vertical afectan las economías de escala y ello constituye un importante riesgo a la seguridad energética y a la soberanía nacional, y afirma que la construcción del nuevo mercado energético lo pagarán los mexicanos. Vargas considera que únicamente si se toma consciencia de lo que sucede, se podrá cambiar el rumbo por el que se transita.

En el capítulo “La reforma energética y transformación del derecho público”, Jaime Cárdenas sostiene que la reforma energética en México se produjo en un contexto de Estado neoliberal que cambió el modelo de desarrollo preexistente, instaurado a finales de la tercera década del siglo XX. En el primer tercio de aquel siglo y como consecuencia de un proceso sucesivo de reformas constitucionales, el Estado asumió la titularidad exclusiva y excluyente de los recursos y actividades energéticas, quedando toda iniciativa empresarial privada en la materia en un rol secundario. La reforma constitucional de 2013 cambió esos paradigmas y, además de despublificar el sector, lo liberalizó y fomentó una nueva regulación que estimula la competencia entre operadores económicos nacionales y extranjeros, tanto para el mercado nacional como internacional. Esta reforma fue desarrollada por las leyes secundarias de 2014, que han supuesto un desmantelamiento del Estado, la privatización del derecho público, la reducción del Estado de bienestar a mínimos y la subordinación de México a los intereses geoestratégicos de Estados Unidos de América.

El capítulo “Nuevo modelo energético, las fallas de mercado como principio básico de legitimación regulatoria”, redactado por Guillermo Zúñiga Martínez, plantea cómo se han tenido que configurar los distintos subsectores relacionados con las energías para la conformación de un nuevo modelo energético en el que el Estado, una vez que cede su rol de gran empresario, no puede desaparecer, sino que se encuentra llamado a intervenir entre los distintos agentes económicos como regulador, en especial cuando el mercado presenta fallas que obstaculizan, desestimulan o simplemente no permiten la competencia efectiva, ni la eficiencia económica. La nueva política regulatoria exige el fortalecimiento de instituciones técnicas e imparciales, alejadas de las presiones políticas y económicas de los particulares. El ingreso de nuevos agentes económicos crea un ambiente competitivo con nuevos productos y desvanece los antiguos monopolios estatales. El nuevo mercado eléctrico mayorista ha generado sustanciales ahorros a los grandes

consumidores, al lograr mejores negociaciones por el suministro de energía. Por otro lado, la consulta pública, en especial a las comunidades indígenas, ha supuesto una toma de conocimiento de sus necesidades y una planificación de los proyectos que sean compatibles con ellas. En fin, se ha requerido rediseñar los mercados energéticos y llegar a entenderlos para realizar una intervención que garantice su efectivo funcionamiento.

El capítulo “La transición energética hacia las tecnologías limpias: un motor para el desarrollo de México”, propuesta de Guillermo Ignacio García Alcocer, recuerda que la transición energética en México no es aislada, sino que se enmarca en un proceso global. La descarbonización no debe hacerse en detrimento del crecimiento económico sostenible. La eficiencia energética contribuye a reducir la pobreza energética y mejora el acceso a la energía. Gracias a las políticas desarrolladas a partir del año 2000, se han establecido las bases de la transición energética que actualmente se encuentra en marcha.

En el capítulo “La energía eólica en México: análisis de los retos técnicos y regulatorios”, Luis Guillermo Pineda Bernal plantea que la descarbonización de las economías es producto de los graves efectos ambientales y sociales que ha generado el cambio climático como consecuencia, entre otros factores, de la emisión de gases de efecto invernadero. México se ha comprometido con la mitigación del cambio climático, la reducción de los gases de efecto invernadero, el uso de las energías renovables y el acceso universal a los servicios de electricidad. En el caso de la regulación de las energías renovables, especialmente la eólica, la certidumbre jurídica y la estabilidad regulatoria son altamente valoradas por los inversionistas. Además, se requiere la supresión de las barreras de entrada que no sean indispensables para fomentar la inversión y desarrollo de los proyectos. La regulación debe producirse garantizando el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, además de acompañarse de los mecanismos de supervisión que permitan garantizar su cumplimiento. El nuevo periodo político es una oportunidad para avanzar en la consolidación del nuevo sector energético, pero ello debe hacerse respetando el Estado de derecho, pues ha sido justamente la falta de seguridad la que ha ahuyentado nuevas inversiones.

El capítulo “Reflexiones hacia un marco regulatorio integral para el almacenamiento energético en México”, constituye la propuesta de Cecilia Montserrat Ramiro Ximénez. México cuenta con un gran potencial de fuentes de energías renovables gracias a su ubicación geográfica, sin embargo, su aprovechamiento sigue siendo bajo. Una política de acción climática que prioriza las energías renovables, en especial aquellas que

pueden ser intermitentes, debe tener en consideración esta situación al momento de desarrollar los instrumentos regulatorios. Es justamente en este escenario donde el almacenamiento de energía eléctrica juega un papel fundamental para que se pueda coordinar la generación y demanda cuando no ocurran de manera simultánea; es decir, se debe capturar y guardar la energía para utilizarla cuando se necesite. El almacenamiento contribuye a incrementar la seguridad energética, empoderar a los usuarios finales, fomentar la generación distribuida y, además, constituye un activo de transmisión y distribución. Los retos del almacenamiento son redefinirlos con una naturaleza multipropósito; el desarrollo de la metodología de servicios conexos no incluidos en el mercado; la coordinación de esfuerzos entre las autoridades competentes para el establecimiento de las tarifas reguladas en las actividades de transmisión y distribución; el desarrollo de la metodología para identificar las mejores alternativas, a fin de que los servicios de transmisión y distribución sean tecnológicamente neutros y que el almacenamiento utilizado como activo de red, pueda ofrecer servicios al mercado sin comprometer la operación eficiente de la red; clasificar los servicios que se pueden prestar; revisar los instrumentos de mercado, y modificar los que sean necesarios.

En el capítulo “Acceso Universal a la electricidad como estrategia de reducción de brechas socioeconómicas en México”, Neus Peniche Sala parte de la premisa de destacar que el nuevo marco regulatorio, además de comprender los grandes proyectos e inversiones, brinda alternativas puntuales que ayudan a reducir la huella ecológica e impulsar el desarrollo económico. La pobreza energética tiene una incidencia importante en la pobreza de los países, de allí que la garantía de acceso a la energía sea esencial para reducir la pobreza. Aunque desde el punto de vista económico llevar energía a zonas rurales o aisladas no resulte atractivo, desde la perspectiva social existen beneficios que se pueden potenciar con la introducción de tecnologías de alta eficiencia energética, así como del aprovechamiento de fuentes de energías renovables descentralizadas, lo que redundará en el fortalecimiento y efectivo ejercicio de los derechos humanos. Aunque el nuevo modelo energético está funcionando, debe orientarse de manera más incluyente para mejorar la calidad de vida de las personas. Por ello, se considera conveniente planificar integralmente el diseño e instrumentación de políticas públicas que propicien la satisfacción de las necesidades energéticas del país y que conduzcan a una planificación global a largo plazo, para garantizar el consumo energético sostenible.

El capítulo “Taxonomía de los contratos para el *upstream* en la industria de los hidrocarburos en México” contiene el aporte de Iván Lázaro Sán-

chez. Los contratos para la exploración y la extracción de hidrocarburos son híbridos en el sentido que tienen un régimen especial, pues en su celebración es preponderante el derecho público y en su ejecución es preeminente el derecho privado, según el marco jurídico consuetudinario internacional, que exige definir los contratos en el ámbito del derecho energético, considerando a éste una rama autónoma de la ciencia jurídica. Lo anterior, lleva a analizar la importancia de la *lex mercatoria* (género) y, dentro de ellas, de la *lex petrolea* (especie), como instrumentos normativos internacionales que rigen los negocios de la industria petrolera. Este nuevo marco jurídico estimula la economía de mercado y fomenta la participación e inversión privada, que deben regirse por los citados instrumentos y las reglas contractuales que se formalicen con el Estado y que garanticen la sostenibilidad de la industria energética en México.

En el capítulo “Delitos en materia de hidrocarburos. Análisis de la ley”, Erika Bardales Lazcano comienza por postular la inversión de las premisas al uso, en el sentido de que se abandone la idea de que se privatiza el petróleo y en su lugar propone pensar que se maximiza la utilidad del petróleo mexicano. Actualmente, existe una ley federal para prevenir y sancionar los delitos cometidos en materia de hidrocarburos, cuya aplicación corresponde coordinadamente a las autoridades de la federación, locales, municipales y sectoriales. No obstante, aunque la ley surge bien intencionada, parece que no está cumpliendo con el objetivo de la prevención, en especial, porque en el caso de los funcionarios públicos, la sanción es tan baja que no desestimula la corrupción, de allí que se formulen propuestas orientadas a reformar la ley para mejorar sus deficiencias.

“Límites en la aplicación del principio de confianza legítima en materia de hidrocarburos”, es el título de la investigación que realizaron Margarita Palomino Guerrero y Héctor Alejandro Martínez Durán. Los autores de este capítulo se preguntan si los contratistas del sector hidrocarburos cuentan con un derecho jurídicamente tutelado a la inamovilidad de la normativa que le es aplicable, con fundamento en el principio de la confianza legítima. Es así como preliminarmente responden que, si la autoridad estuviese obligada a no variar las condiciones normativas para proteger a los operadores de un sector como los contratistas de hidrocarburos, entonces se dañaría a la colectividad, sin responder a la realidad social en virtud de que la norma se haya petrificado. El principio de la confianza legítima es un subprincipio del principio constitucional de la seguridad jurídica. Una expectativa es una esperanza de que algo ocurra, pero no constituye un derecho adquirido y frente a ella se encuentra el interés público que tutelan los poderes públicos. Los tribunales mexicanos han reconocido que la confianza legítima supone

la tutela de una expectativa razonable, creada respecto a un particular que guarda íntima relación con la irrevocabilidad unilateral de los actos administrativos favorables a los destinatarios. Este principio no impide la modificación de un marco normativo de manera indefinida, pero sí supone que no se apliquen retroactivamente las nuevas disposiciones a situaciones jurídicas consolidadas en el pasado. De esta manera, en materia de hidrocarburos no opera el principio de confianza legítima respecto a los actos del legislador y menos el derecho a indemnización. En el caso de que la Comisión Reguladora de Energía modifique la fórmula de cálculo de los precios o tarifas con fines de actualizarla, esto no implica una modificación de los contratos suscritos con los operadores de hidrocarburos.

El capítulo “La regresión ambiental en el sector hidrocarburos mexicano” contiene las observaciones de Marisol Anglés Hernández. Aunque la reforma energética mantiene la propiedad del Estado sobre los recursos naturales, la titularidad de los mismos cambia una vez que son objeto de extracción. Asimismo, ha creado una nueva institucionalidad administrativa que tiene origen en unas normas que han desconocido los principios de división de poderes, regularidad, legalidad y reserva de ley, así como aquellos relacionados con los derechos humanos, como el de progresividad, íntimamente vinculado al desarrollo sostenible, y la garantía de los derechos humanos a un ambiente sano, al agua y desarrollo, lo que incluso puede llegar a comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Además, al impulsar el modelo económico de exploración y extracción de los recursos fósiles, México desconoce sus compromisos adquiridos por medio del Convenio Marco de las Naciones Unidas y el Acuerdo de París, para la reducción de la expedición de gases de efecto invernadero, afectando, de esta manera, tanto la vulnerabilidad de las poblaciones como los ecosistemas. Igualmente, la reforma establece una nueva organización administrativa que se integra verticalmente al gobierno federal, en contravención al derecho humano a la buena administración. Asimismo, considera que la protección del ambiente en el sector hidrocarburos es opaca y antidemocrática, pues no garantiza la participación, el acceso a la información pública y la justicia ambiental, lo cual deberá corregirse con sujeción al Estado de derecho. A ello se suma que el incumplimiento de las obligaciones internacionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos exige el respeto de los derechos humanos de los habitantes de las comunidades o las áreas geográficas en que se llevará a cabo la explotación de los recursos naturales. Finalmente, se advierte que la reforma energética en el sector hidrocarburos es regresiva, pues por medio del reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en

materia de ordenamiento ecológico, se desconocen los principios de legalidad, reserva de ley y subordinación jerárquica.

El capítulo “Cambio climático, política de transición energética en México y fomento del gas natural”, bajo la autoría de María de las Nieves Carbonell León, cierra el repertorio de colaboraciones. En él, Carbonell León señala que el cambio climático actualmente es uno de los grandes problemas que enfrenta la humanidad y pone en peligro el mundo, tal como lo conocemos, si no se hace nada para detenerlo o controlarlo. En el caso mexicano, esta situación supone el estudio de la Ley Transición Energética, que tiene como objeto regular el aprovechamiento sustentable de la energía, las obligaciones en materia de energías limpias y la reducción de las energías contaminantes de la industria eléctrica. El análisis transversal de la ley lleva a concluir, por medio de la política energética y climática, que se fomenta el uso del gas natural, al darle prioridad a la sustitución de combustibles sólidos y líquidos por este combustible fósil, que genera una gran cantidad de emisiones de metano, cuyo potencial de calentamiento global es superior al bióxido de carbono, lo que redundará en el aumento de la temperatura media del planeta y en la alteración del sistema climático. En conclusión, se trata de una resistencia a un real cambio de paradigma en la matriz energética, cuando realmente es necesaria una auténtica descarbonización de la economía; la adopción de un modelo efectivamente sostenible, comprometido con el ambiente; el consumo eficiente, y el fomento del aprovechamiento de las fuentes de energías renovables.

Ha sido un auténtico privilegio tener la posibilidad de leer estos trabajos antes de su publicación. Además de mostrar los derroteros que transita el sector energético, brindan la posibilidad de que quienes nos encontramos fuera de México, conozcamos la encrucijada en la que se encuentran los mexicanos, y a partir de allí podamos hacer una reflexión prospectiva respecto a lo que puede ocurrir a mediano y largo plazo.

No quiero finalizar sin antes felicitar a las coordinadoras y a todos los autores por el compromiso asumido que han llevado a feliz puerto. Asimismo, aprovecho para desearles que esta obra colectiva sea el inicio de una colección de muchas otras publicaciones, producto de los debates e intercambios de saberes generados en el Diplomado Interdisciplinario de Derecho Energético, que se imparte en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Igualmente, quiero manifestarles mi agradecimiento a todos los autores porque al haber escrito tan estupendas colaboraciones, me han brindado la oportunidad de redactar las palabras introductorias a esta magnífica obra.

Invito a los operadores energéticos a leer y reflexionar con espíritu crítico constructivo y con fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales, las leyes secundarias, los principios generales del derecho, las sentencias, los laudos arbitrales y la doctrina científica, en el ánimo de que el diálogo que permanentemente debe darse entre los distintos actores políticos, jurídicos, académicos, económicos, técnicos y ambientales, permita progresar al sector energético con una mejor regulación, que asegure el acceso a los servicios energéticos adecuados para la satisfacción de las necesidades de todos los mexicanos sin distinción y que garantice el efectivo ejercicio de los derechos humanos.

Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE*
Caracas, 15 de mayo de 2019

* Presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía (RIDE) y director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila. Contacto: victor@hernandezmendible.com.