

Aspectos legales de los yacimientos transfronterizos de petróleo y gas

Manuel Becerra Ramírez[§]

Introducción

Los yacimientos transfronterizos se encuentran dentro de un concepto general, amplio, que tiene que ver con los recursos naturales transfronterizos. En efecto, hay un concepto en Derecho Internacional que se refiere a la administración de los recursos naturales transfronterizos (ARNI) que será: “cualquier proceso de cooperación a través de las fronteras que facilita o bien mejora la administración de los recursos naturales para el beneficio de todas las partes involucradas en el área”.¹

Este fenómeno se da porque si bien tenemos una delimitación de las fronteras, generalmente vía tratados internacionales, las fronteras de las áreas naturales son poco claras y fluidas. Dicho en otras

[§] Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y director del Anuario Mexicano de Derecho Internacional.

¹ Zuma Chengeta, Jamare Jamare y Nyasha Chishakwe, *Assessment of the Status of Transboundary Natural Resources Management Activities in Botswana*, Gaborone (Botswana), 2002, p. 10.

palabras, es muy raro ver que las fronteras políticas coincidan con las fronteras de los recursos naturales; y aquí estamos hablando de las diferentes especies de animales silvestres transfronterizos por su carácter migratorio, de los ríos, lagos y recursos del subsuelo, como es el caso de los mantos freáticos, el petróleo y el gas natural.

Al respecto, hay experiencias internacionales, precisamente el caso de Botswana, en donde² hay un entramado jurídico, vía tratados internacionales, que establece la manera como se administran y explotan los recursos naturales transfronterizos; además, se estructura toda una política que lleva a la conclusión de acuerdos internacionales relativos al turismo, inversión, comercio, conservación, protección del medio ambiente, etcétera.

En el caso de los yacimientos transfronterizos de petróleo y gas no tenemos un régimen jurídico convencional general, aunque es posible observar que ya está dentro de la agenda internacional, pues existe un proyecto en elaboración en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Sin embargo, esto no significa que haya un vacío normativo internacional, ya que es evidente una práctica de los Estados que ha llevado a la concreción de tratados internacionales de carácter bilateral sobre el tema, y además la doctrina más autorizada acepta la aplicación por analogía de las normas relativas a otra clase de recursos, por supuesto en lo que no se oponga a su naturaleza específica. Por ejemplo, estamos hablando de los mantos freáticos que tienen las mismas características físicas; es más, en algunos casos estos recursos se encuentran junto con los yacimientos de petróleo y gas.

Reglas aplicables a los yacimientos transfronterizos

En la literatura especializada y podemos decirlo también en la práctica internacional hay varias posturas respecto de las reglas aplicables a los yacimientos transfronterizos; concretamente serían las siguientes:

² Algunos autores como el profesor Eval Benvenisti tienen un concepto mucho más amplio de recursos transfronterizos ya que incluye: “agua fresca, el aire limpio, la pesca compartida en ríos y lagos”.

1. La “regla de captura” que establece que el primero que realiza la extracción tiene el derecho al depósito total. Esta es una regla nacida y aún practicada en los Estados Unidos. En efecto, esta “regla de captura” tiene su origen en el siglo XIX, cuando el coronel E.L. Drake perforó el primer pozo comercial en territorios de Pennsylvania, y más tarde expresada por Robert E. Hardwicke en los siguientes términos: “El dueño de un terreno determinado adquiere el derecho al petróleo y al gas que produzca de los pozos perforados en él, aun cuando se pruebe que tales petróleo y gas migraron de terrenos adyacentes”.³

La “regla de captura” es una práctica meramente del derecho estadounidense y no se ha convertido en una norma consuetudinaria que pudiera afectar a México, antes al contrario hay elementos para afirmar que esta regla está superada por el principio de cooperación internacional,⁴ al que nos referimos adelante.

2. Por otra parte, Juray Adrassy postula que en ausencia de acuerdos de cooperación o de compartir los beneficios se aplica la regla de la soberanía sobre el subsuelo y que, a fin de evitar conflictos, se deben desarrollar reglas especiales para los yacimientos transfronterizos.
3. La tercera postura, con más aceptación internacional, enfatiza en la cooperación y se opone a la competencia, pues es contraria al derecho internacional y además plantea la aplicación de ciertos principios, tales como:
 - El principio de integridad territorial que se violaría en el caso de una exploración no autorizada, más allá de las líneas fronterizas
 - La obligación de no causar daños a otros Estados

³ Tomado de Miriam Grunstein, “Matrimonio por conveniencia. Hacia un contrato de unificación de yacimientos petroleros para México”, en Juan E. Pardinas, Lourdes Melgar *et al.*, *Cruzando límites, México ante los desafíos de sus yacimientos transfronterizos*, Foreign Affairs / Red Mexicana de Energía, México, 2007, p. 41.

⁴ Véase David Enríquez, “Cuando la razón taponas los popotes”, en *Cruzando límites*, *op. cit.*, p. 61.

- La obligación del intercambio de información y consulta a los otros Estados sobre aspectos relevantes a los depósitos comunes (esta es una obligación que se fundamenta en las resoluciones de la Asamblea General de la ONU)

En consonancia con lo anterior, Wilson Honorato considera que se debe aplicar las siguientes reglas que son de suma importancia y que en realidad establecen la base jurídica para resolver los asuntos de los yacimientos transfronterizos en una situación de “ausencia” de normas claras en caso de controversias legales:

- Los Estados tienen derecho mutuo de disposición de los depósitos transfronterizos
- La naturaleza de tal derecho está investida de un interés real *in situ*⁵
- La explotación unilateral de tales depósitos se considera una desviación de las normas legales
- La explotación de estos depósitos debe realizarse sólo por acuerdos mutuos entre los Estados implicados
- Ya que no existen normas de derecho internacional que regulen el desarrollo de depósitos comunes, procede la “aplicación por analogía” de las reglas de cooperación que se usarán con respecto a otros recursos naturales con propiedades similares en lo que corresponde a fluidez y movilidad, como es el caso del agua⁶

Marco jurídico multilateral

Los yacimientos transfronterizos tienen una amplia normatividad relacionada con las normas consuetudinarias y convencionales. En el caso de las primeras, existen normas relativas a la soberanía de los Estados costaneros sobre la plataforma continental y aunque pudieran no existir propiamente normas consuetudinarias surgidas de la

⁵ La frase original en inglés es: “*an affirmative, vested interest in situ*”.

⁶ Véase Ana E. Bastida, Adaeze Ifesi-Okoye, Salim Mahmud, James Ross y Thomas Walde, “Cross-border unitization and joint development agreements: an international law perspective”, *Houston Journal of International Law*, invierno de 2007, p. 8.

práctica de los Estados tratándose del gas y del petróleo sí es posible aplicar, de conformidad con el principio de analogía, las normas relativas a otros recursos naturales, por eso es útil que conozcamos cuáles son éstas; y por otra parte, hay normas convencionales que les son aplicables, siempre partiendo de principios fundamentales como el de soberanía e integridad territorial.

Las primeras normas convencionales aplicables son las relativas a la plataforma continental. En el año de 1945, los Estados Unidos publicaron lo que se ha denominado como Proclama Truman sobre la Plataforma Continental, mediante la cual esta potencia, visualizando la importancia creciente del petróleo, reclamó para sí esta parte del espacio marítimo. México fue el primer país en imitar a los Estados Unidos y así el presidente Manuel Ávila Camacho expidió el 29 de octubre de ese mismo año una declaración reivindicando la plataforma continental a favor de México.

Más tarde la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Plataforma Continental (Ginebra 58) constituye el primer documento obligatorio internacional que se refiere a la plataforma continental en donde se encuentran, en algunos casos, depósitos importantes de petróleo y gas. Ginebra 58 establece la extensión, en forma enunciativa, dejando a la capacidad tecnológica de los Estados que pretendieran su explotación;⁷ y además, en su artículo 6 establece las reglas de delimitación de las fronteras en la plataforma continental, según el cual, a falta de acuerdo entre las partes, debía aplicarse el método de equidistancia para los Estados que se encuentren uno frente al otro.

En el año de 1982, la III Conferencia sobre el Derecho del Mar estableció reglas más concretas que permiten extender la plataforma continental hasta el máximo de 350 millas náuticas (según condiciones de distancia y morfológicas) y además cambió el sistema de medición de profundidad a uno de extensión. Al efecto, el artículo 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar al referirse a la plataforma continental establece que ésta comprende:

⁷ El artículo 1º de Ginebra 58 establece: "La plataforma continental está constituida por el lecho marino y el subsuelo de las regiones submarinas adyacentes a las costas, pero situadas fuera del mar territorial, hasta una profundidad de 200 metros. O más allá de este límite hasta el punto donde la profundidad de las aguas suprayacentes permitan la explotación de los recursos de dichas regiones".

...el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia.

Los derechos que el Estado ribereño ejerce sobre los recursos del lecho y del subsuelo marino de la plataforma continental son exclusivos de soberanía.⁸

Segundo reporte de la Comisión de Derecho Internacional relativo a los recursos naturales compartidos: aguas del subsuelo (subterráneas) transfronterizas

Es muy importante referirse a un documento que si bien está todavía en proceso es de gran relevancia ya que está siendo elaborado por un órgano importante de la ONU y recopila las normas consuetudinarias sobre la materia; además, tiene la virtud de proponer nuevas normas que enriquecen la legalidad internacional.

En efecto, la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas nombró a Chusei Yamada como relator especial para el tema de los recursos naturales compartidos. A la fecha se han publicado varios reportes, el primero de los cuales fue presentado en la sesión 55 de la Comisión. El Reporte toma como punto de referencia la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación del año de 1997 (Convención de 1997). Este reporte es importante para nuestro tema, pues en él se prevé la utilización del mismo esquema para aplicarlo al petróleo y gas que también tienen como naturaleza la movilidad.

Al referirse a los principios que gobiernan las aguas transfronterizas subterráneas, el reporte de Chusei Yamada es un tanto cauteloso, ya que no aplica exactamente los principios contenidos en el artículo 5 de la Convención de 1997; es decir, el “uso equitativo”, “la utilización razonable” y “la participación de los Estados de una manera

⁸ Art. 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

equitativa y razonable”, no pueden ser automáticamente traspasados al caso de las aguas subterráneas. Hecha esta reserva, el Reporte propone los siguientes principios:

- *Obligación de no causar daño.* Mediante él se obliga a los Estados a “tomar todas las medidas apropiadas para prevenir causar un daño significativo a otros sistemas acuíferos estatales”;⁹ y en caso de que se causen daños significativos, el Estado responsable debe “tomar todas las medidas apropiadas en conjunto con el Estado afectado para eliminar o mitigar tal daño, y, donde sea apropiado, discutir la cuestión de la compensación”.¹⁰
- *Obligación general de cooperar.* Este principio establece la obligación para los Estados de “cooperar sobre la base de la igualdad soberana, la integridad territorial; los beneficios mutuos y la buena fe a fin de garantizar la utilización apropiada y la protección adecuada de un sistema acuífero transfronterizo”.¹¹
- *Intercambio regular de datos e información.* Hay una obligación de intercambiar datos e información ya disponible sobre las condiciones del sistema acuífero transfronterizo en particular en aquellos de naturaleza geológica, hidrogeológica, hidrológica, meteorológica y de naturaleza ecológica y relativa al sistema acuífero hidroquímico así como los pronósticos relativos.

Más tarde, en el año de 2007 en la sesión 59 de la Comisión de Derecho Internacional el relator Chusei Yamada presentó su 4º Reporte, en el cual expresa ya la preocupación transmitida por varios miembros de la Comisión sobre las cuestiones del petróleo y del gas natural.

En efecto, ante la insistencia de incluir dentro del reporte los yacimientos transfronterizos de petróleo y de gas natural, Chusei Yamada en su reporte analiza primero la naturaleza del petróleo y gas y la manera como está distribuido en los yacimientos. Así, el Reporte afirma que: “Dentro de las reservas rocosas (*reservoir rock*) el petróleo

⁹ Chusei Yamada, Fourth report on shared natural resources: transboundary groundwaters (Reporte), documento A/CN.4 /580, art. 4-1 del Reporte.

¹⁰ Art. 4-4 del Reporte.

¹¹ Art. 5-1 del Reporte.

y el agua están distribuidas verticalmente de acuerdo a su densidad. El gas natural está en la zona más alta y el petróleo en la zona más baja cuando tanto el petróleo y el gas natural existen. El agua está en la parte más baja”.

Además el proceso de formación y acumulación de hidrocarburos ha ocurrido por periodos de cientos de millones de años, y puede estar ocurriendo actualmente; así, el petróleo y el gas están considerados como recursos no renovables.

Hay características similares y también diferencias entre las aguas subterráneas transfronterizas y los yacimientos de gas y petróleo transfronterizos. “La reserva rocosa (*reservoir rock*) y la condición natural del petróleo y gas natural depositado en ella son casi idénticas a los acuíferos confinados no-recargables”¹² y aquí termina la similitud. En cambio, las diferencias son varias:

- Las aguas subterráneas son un recurso de apoyo vital de la humanidad y no existe recurso alternativo; en cambio, si bien el petróleo y el gas son recursos importantes, no son esenciales para la vida ya que hoy vemos recursos alternativos; la cuestión de necesidades vitales para el hombre no surge aquí
- La recopilación y la extracción de las aguas subterráneas tienen lugar en tierra
- Una parte sustancial de recopilación y producción de petróleo y gas natural tiene lugar en el mar dentro de la plataforma continental
- El petróleo y el gas natural son objeto del comercio (*commercial commodities*) y su valor está más o menos determinado por las fuerzas del mercado; las aguas subterráneas, en cambio, no están comercializadas internacionalmente, con algunas excepciones, y su valor está determinado por consideraciones sociales de cada comunidad
- Los problemas de contaminación del gas natural requieren una aproximación totalmente diferente de aquellos relativos a las aguas subterráneas

¹² Chusei Yamada, *op. cit.*, p. 5.

De esta manera, el Reporte concluye que si bien algunas de las reglas relativas a los acuíferos transfronterizos no recargables pueden ser relevantes en el asunto del petróleo y del gas natural –lo cual es muy importante para el tema de los yacimientos transfronterizos, ya que, como antes señalamos, no hay un vacío en la normatividad de dichos yacimientos–, la mayoría de las regulaciones diseñadas para el petróleo y el gas natural no serán directamente aplicables a las aguas subterráneas.¹³

Régimen jurídico bilateral

Para analizar el caso de los yacimientos transfronterizos mexicanos es necesario recordar que la Constitución en su artículo 27 textualmente establece que los hidrocarburos en el subsuelo son bienes de “dominio directo” de la nación, “inalienables e imprescriptibles”. Entonces, sólo la nación vía Pemex puede realizarlo.

En cambio, “del lado de los Estados Unidos, bajo normas y circunstancias determinadas, cualquiera puede participar en su exploración y explotación”.¹⁴

Por otra parte, en la relación México-Estados Unidos hay dos tratados celebrados:

- Tratado de Límites Marinos entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América firmado el 4 de mayo de 1978, que fue ratificado por los Estados Unidos 20 años después. En virtud del Tratado se trazó una línea divisoria a través de las secciones central y occidental del Golfo de México. El texto dejó fuera el “Polígono Occidental” del Golfo de México en donde se encuentra uno de los “hoyos de dona”, que a su vez fue objeto de un tratado posterior.
- Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre la

¹³ *Idem*, p. 5.

¹⁴ Miriam Grunstein y David Enríquez, “Entre el agua y el aceite. Los yacimientos transfronterizos de México y Estados Unidos”, en *Foreign Affairs en Español*, México, julio-septiembre de 2007, p. 19.

Delimitación de la Plataforma Continental en la Región Occidental del Golfo de México Más Allá de las 200 Millas Náuticas, que fue firmado por los dos Estados vecinos el 9 de junio de 2000 (Tratado de 2000). El Tratado fue aprobado por el Senado el 28 de noviembre de 2000 y se canjearon los instrumentos de ratificación en la Ciudad de México el 17 de enero de 2001.¹⁵

Hay que anotar aquí que en virtud de la naturaleza convencional de ambos instrumentos internacionales les es aplicable para su interpretación y cumplimiento la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados y toda la normatividad consuetudinaria en materia de responsabilidad internacional en caso de incumplimiento.

El Tratado de 2000

El Tratado, de nueve artículos, ya desde su proemio recuerda que el principio de “equidistancia” fue base para fijar los límites de conformidad con los tratados de 1970 y 1978 y se refiere a la posibilidad de la existencia de yacimientos de petróleo o de gas natural “que se extiendan a través del límite de la plataforma continental, y que en tales circunstancias es necesaria la cooperación y las consultas periódicas entre las partes con el fin de proteger sus respectivos intereses...”

Y precisamente el artículo IV establece las bases de explotación de esos posibles yacimientos, en donde sobresale una moratoria, un régimen durante dicha moratoria y un régimen después de la moratoria.

Régimen durante la moratoria

En efecto, el artículo IV del Tratado de 2000 establece una moratoria de 10 años (que vence el 16 de enero de 2011), dentro de los cuales las partes no autorizarán ni permitirán la perforación o la explotación petrolera o de gas natural en la plataforma continental. Aunque esta moratoria no es fatal, pues las partes, “por mutuo acuerdo a través de un canje de notas diplomáticas”, podrán modificarla.

En este plazo el área, como se denomina al espacio en donde se ejerce jurisdicción, está sujeta de todas maneras a un régimen específico; en principio cada parte (de conformidad con su marco jurídico

¹⁵ *Diario Oficial de la Federación*, 16 de enero de 2001.

interno) “facilitará las solicitudes de la otra parte para autorizar estudios geológicos y geofísicos que ayuden a determinar la posible presencia y distribución de los yacimientos transfronterizos” y “compartirá la información geológica y geofísica con que cuente, a fin de determinar la posible existencia y ubicación de los yacimientos transfronterizos”.

Asimismo, hay una obligación de que “si una parte tiene conocimiento de la existencia o de la posible existencia de un yacimiento transfronterizo” lo debe notificar a la otra parte. Además, durante ese periodo de 10 años, las partes no se mantienen en suspenso, en inactividad, pues se entiende que estarán realizando estudios sobre la existencia de yacimientos transfronterizos, por lo que surgen varias obligaciones para las partes:

- Reunirse periódicamente con el fin de identificar, localizar y determinar las características geológicas de dichos yacimientos
- Llegar a un acuerdo para la eficiente y equitativa explotación de los yacimientos transfronterizos¹⁶
- Consultarse para tratar los asuntos relacionados con los posibles yacimientos; éstos se harán dentro de los 60 días de recepción de la solicitud por escrito de una parte a través de los canales diplomáticos

Como se ve, estas disposiciones se encuentran dentro de las normas de cooperación reconocidas por el derecho internacional.

Obligación después de los 10 años

El Tratado de 2000 ya contiene las bases para un acuerdo posterior, pues aparte de que existe la obligación a la que nos referimos anteriormente, las partes en el Tratado de 2000 se obligan a:

- “Llegar a un acuerdo para la eficiente y equitativa explotación de los yacimientos transfronterizos”

¹⁶ Aquí se debe determinar qué se entiende por explotación eficiente y equitativa: “que tiene la virtud de producir el efecto deseado” (Diccionario General de la Lengua Española Vox, Barcelona, 2002^o).

- Informarse mutuamente sobre sus “decisiones para alquilar, otorgar licencias, dar concesiones o, en cualquier otra forma, poner a disposición partes del Área para la exploración o explotación de petróleo o de gas natural; asimismo, informará a la otra parte cuando vaya a comenzar la producción de recursos petroleros o de gas natural”¹⁷
- Asegurarse que las entidades que autoricen para llevar a cabo actividades del Área observen los términos del Tratado¹⁸
- Llevar a cabo consultas para tratar sobre cualquier “tema relacionado con la interpretación o ejecución” del Tratado¹⁹

En lo que se refiere al significado en términos de recursos, el Tratado delimita el área en forma de polígono, del cual, 10 556 km² corresponden a México (60.36 por ciento) y 6 932 km² (39.64 por ciento) corresponden a los Estados Unidos. Aquí, el problema que se presenta para México es que los yacimientos que contienen petróleo o bien el gas no respetan los límites políticos, es decir, no reconocen las fronteras de los Estados, tienen formas caprichosas que no reconocen los límites estatales. Entonces, cómo aprovechar, cómo explotar los recursos que tenemos unidos con nuestro vecino que es una potencia que tiene varias empresas.

Nos preguntamos si es posible, desde el punto de vista jurídico, asociarse con otras empresas para extraer y explotar el petróleo y el gas. Creemos que no, por las disposiciones de la Constitución mexicana; sin embargo, esto no es grave pues es claro e indudable que México al ser copropietario de parte del petróleo –y más o gracias al Tratado del año 2000– necesita negociar con los Estados Unidos desde una posición clara, segura de que somos soberanos de nuestros recursos naturales y con base en el derecho internacional.

Con sustento en el derecho internacional aquí reseñado y en una relación de Estado a Estado es posible crear una estructura supranacional en donde nuestro país pueda tener a Pemex como su operador. No es posible que sea esta empresa del Estado mexicano quien realice el acuerdo, como se podría especular por algunos. Los ejemplos

¹⁷ Art. V2a del Tratado de 2000.

¹⁸ Art. V-2b del Tratado de 2000.

¹⁹ Art. VI del Tratado de 2000.

de una estructura supranacional los hay a montón, es cuestión de encontrar el modelo adecuado a las necesidades mexicanas y las condiciones especiales de la Constitución mexicana. Las bases de negociación con los Estados Unidos ya se encuentran en los tratados bilaterales reseñados, especialmente el del año 2000.

Ahora bien, ¿qué hay si, como se rumora, las empresas petroleras Unocal, parte de Chevron y Shell, ya han empezado a explorar y perforar a semejante profundidad? Indudablemente los Estados Unidos habrán incurrido en responsabilidad internacional y México puede hacer valer la acción correspondiente ante la jurisdicción internacional con base en el ya citado tratado del año 2000.

Polígono Oriental del Golfo

Aparte del Polígono Occidental, sobre el que hay un acuerdo con los Estados Unidos que establece las bases, está la otra parte de la plataforma continental en donde México tiene que acordar con los Estados Unidos, Cuba, Guatemala, Belice y Honduras.

Al respecto, se creó el Comité de Delimitación de Zonas Marítimas de México.

Cuba, México y Estados Unidos tienen 10 años para establecer los límites de la plataforma continental a partir del 13 de mayo de 1999.

Se estima que de esta área del Polígono Oriental aproximadamente 70 por ciento corresponde a los Estados Unidos, 20 por ciento a México y 9 por ciento a Cuba. Además, se calcula un potencial de 22 500 millones de barriles de crudo.²⁰

Comité de Delimitación de Zonas Marítimas Mexicanas

Este comité es la instancia responsable de realizar los estudios técnicos que México debe presentar ante la Convención de Límites de la Plataforma Continental de la ONU, para la delimitación del Polígono Oriental. El Comité es coordinado por la Secretaría de Marina y en él participan el INEGI y las secretarías de Gobernación; Relaciones Exteriores; Energía; Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación; y Medio Ambiente y Recursos Naturales.

²⁰ “Acciones realizadas por parte del Senado de la República durante la LVII Legislatura”, México, Senado de la República, 28 de abril de 2004, p. 3.

Aparte hay dos comisiones: la Comisión Internacional de Límites y Aguas, en el caso de Guatemala; y la Conferencia del Caribe sobre Delimitación Marítima, para el caso de Belice y Honduras.

Algunos de estos países han otorgado autorizaciones a empresas extranjeras para explorar y explotar espacios colindantes.

Conclusiones

1. El marco jurídico internacional de los yacimientos transfronterizos se compone de normas de carácter consuetudinario y convencionales. En el caso de la identificación de las normas consuetudinarias juega un papel importante el principio general del derecho de “la aplicación por analogía”. Lo más importante aquí es dejar claro que México cuenta con una base jurídica sólida para negociar y defender sus derechos en los yacimientos transfronterizos de la frontera del Golfo de México. En consecuencia, debe hacerlo con firmeza y seguridad sin necesidad de modificar su Constitución. Antes al contrario, la Constitución es una base muy importante de negociación (frecuentemente en las negociaciones internacionales del vecino del norte sale a relucir su imposibilidad de ceder a tal o cual petición en virtud de algún límite constitucional).
2. Hay dos tratados internacionales de carácter bilateral como los celebrados con los Estados Unidos que son un compromiso para el Estado mexicano y que ya establecen un marco jurídico obligatorio.
3. Aunque el Tratado de 2000 todavía debe ser concretado para poder explotar los recursos naturales de los yacimientos transfronterizos, es necesario negociar con base en las características de la Constitución mexicana, que en ningún momento se opone al derecho internacional.
4. La negociación correrá a cargo del Estado mexicano y es de Estado a Estado, no con las empresas trasnacionales, y de acuerdo con la Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica del año 2005.

La exclusividad nacional en materia de petróleo

José Antonio Almazán González[§]

Simulando estar en contra de la privatización de Pemex, el gobierno de Calderón consensa en el Congreso de la Unión una iniciativa de reforma a leyes secundarias para abrir la explotación del petróleo a la inversión del capital privado. Lo interesante del asunto es reflexionar si el marco constitucional vigente permite que leyes secundarias vulneren la primacía del concepto de exclusividad de la nación en materia petrolera y eléctrica que establece el párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución. Por lo mismo, aunque a los neoliberales les desagrade, es inevitable volver los ojos a la génesis del artículo 27 constitucional en materia del petróleo para reconocer que la Constitución puede ser reformada, siempre y cuando no se trastocan sus principios básicos. Por ende, cualquier reforma en leyes secundarias que atente contra la parte dogmática de la Constitución –como la que pretende Calderón–, es de origen inconstitucional.

El tema de la exclusividad nacional en materia energética constituye un aspecto fundamental en la larga lucha del pueblo de México

[§] Diputado federal por el PRD. Integrante de la Comisión de Energía de la Cámara de Diputados.

para defender y desarrollar su soberanía en el marco del Proyecto de Nación establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el 5 de febrero de 1917. Sin embargo, paradójicamente, el concepto de exclusividad nacional no fue establecido en el texto original del artículo 27 constitucional, aun cuando implícitamente está contenido en las ideas originales y la discusión que en torno a los conceptos constitucionales de propiedad originaria de la nación sobre las tierras y aguas de su territorio nacional; el dominio directo de todos sus recursos naturales y el carácter inalienable e imprescriptible de este dominio de la nación desarrolló el Congreso Constituyente de 1917.

Las razones de la inclusión de estos conceptos constitucionales se pueden leer en el *Diario de los Debates* de la época que básicamente tienen que ver con la apropiación por parte de la nación de los derechos que tenía la Corona española. Ese derecho monárquico natural y divino confería al rey derechos absolutos sobre las tierras y aguas del territorio de sus colonias, que por decisión propia podía conceder a particulares para su uso y explotación. Así, desde la guerra de Independencia, pasando por la Reforma, hasta llegar a la Revolución mexicana, la lucha emancipadora por un México soberano e independiente se centra fundamentalmente en asignarle al pueblo y a la nación los derechos que sobre el territorio tenía la Corona española.

Por su importancia actual, cito textualmente parte de la exposición de motivos que acompañó a la propuesta de iniciativa del artículo 27 presentada en el Congreso Constituyente en la sesión del 25 de enero de 1917, que se encuentra en el magnífico libro de Pastor Rouaix *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*:

Creemos haber conseguido lo que nos hemos propuesto. La proposición concreta a que acabamos de referirnos, anuda nuestra legislación futura con la colonial en el punto en que esta última fue interrumpida, para implantar otra, no precisamente mala, sino incompleta. Al decir que la proposición que hacemos anuda nuestra legislación futura con la colonial, no pretendemos hacer un regresión, sino al contrario. Por virtud precisamente de existir en dicha legislación colonial el derecho de propiedad absoluta en el rey, bien podemos decir que ese derecho ha pasado con el mismo carácter a la nación. En tal concepto, la nación viene a tener el derecho pleno sobre las tierras y aguas de su territorio, y sólo reconoce

u otorga a los particulares, el dominio directo, en las mismas condiciones en que se tuvo, por los mismos particulares durante la época colonial, y en las mismas condiciones en que la República después lo ha reconocido u otorgado. El derecho de propiedad así concebido, es considerablemente adelantado, y permite a la nación retener bajo su dominio, todo cuanto sea necesario para el desarrollo social, como las minas, el petróleo, etc., no concediendo sobre esos bienes a los particulares, más que los aprovechamientos que autoricen las leyes respectivas.

No alcanzaba todavía el petróleo el papel fundamental que en la economía de México tenían otros sectores como el de la minería. Por tal razón el dominio directo de la nación sobre sus recursos naturales recogió básicamente la experiencia que en materia de minería habían alcanzado las concesiones otorgadas, recuperándolas al dominio directo de la nación bajo la forma de impuestos.

La expropiación y nacionalización del petróleo

Habrían de pasar 21 años y junto con ellos el desarrollo de la industria petrolera en manos del capital privado internacional y los sucesivos conflictos de todo tipo derivados de su arrogancia y despotismo, de la explotación irracional de este recurso ya estratégico para esos años y del carácter injerencista en los asuntos internos de México, para que en el marco de las ideas originales del artículo 27 constitucional, el presidente Lázaro Cárdenas del Río decretara la expropiación de las empresas privadas petroleras el 18 de marzo de 1938, y un año y nueve meses después elevara a rango constitucional la nacionalización del petróleo, eliminando el régimen de concesiones.

Como se sabe, nueve meses después de la expropiación petrolera, el 22 de diciembre de 1938, el presidente de la república, general Lázaro Cárdenas, envió a la Cámara de Diputados una iniciativa de reforma al artículo 27, con el propósito de elevar a rango constitucional la exclusividad de la nación en materia petrolera, eliminando el régimen de concesiones. Lo que poco se conoce, son los Considerandos que fundamentaron dicha reforma constitucional, omitidos en el *Diario de los Debates* en razón de las condiciones político militares de la época, que por su importancia actual reproducimos íntegramente:

En ejercicio de la facultad que concede al Ejecutivo Federal la fracción I del Artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por conducto de ustedes someto a la consideración de esa H. Cámara la presente iniciativa de Ley Constitucional que tiende a adicionar el párrafo sexto del Artículo 27 de la Carta Fundamental del país, para establecer que tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, no se expedirán concesiones; sino que la explotación de esos productos se llevará a cabo por la Nación en la forma que lo determine el estatuto reglamentario que con posterioridad se dicte.

El proyecto es una consecuencia lógica tanto del desarrollo que la interpretación del Artículo 27 Constitucional ha tenido desde la época de su expedición, cuanto de las disposiciones dictadas a partir del 18 de marzo de este año, en que se llevó a cabo la expropiación de los bienes de las compañías que tenían bajo su control la mayor parte de la producción petrolera en la República.

En efecto, no obstante que en la iniciativa de 25 de enero de 1917 presentada al Congreso Constituyente y que dio la base para el texto aprobado, se dijo que mediante las reformas que se proponían y que fundamentalmente buscaban anudar la nueva legislación con las viejas tradiciones coloniales podría la Nación retener bajo su dominio todo cuanto fuese necesario para el desarrollo social, haciéndose particular referencia al petróleo, y a pesar de que en el texto mismo, que surgió del Congreso, se hablaba sólo de que la Nación podría otorgar concesiones a los particulares, con lo que claramente se autorizaba a la Federación para no conferir las o aun para realizar explotaciones directas, la interpretación dominante en los primeros años de vigencia del Artículo 27 fue en el sentido de que la propiedad nacional sobre el petróleo era simplemente el medio jurídico ideado para permitir una mejor distribución de esa substancia entre los particulares.

Los Decretos del Presidente Carranza en 1918 estaban apoyados también en la idea de que salvo los impuestos, rentas y regalías que deberían de cubrirse a la Federación en las diversas situaciones previstas por ellos, era obligatorio el otorgamiento de las concesiones. Así se explica que el procedimiento que fijaban para la manifestación y el denuncia de los predios considerara nada más la posibilidad de controversias entre varios particulares interesados que se disputaban la titulación y no previeran el caso de una negativa del Estado para concesionar.

Por esto la jurisprudencia posterior de la Suprema Corte de Justicia que reconoció el carácter discrecional del otorgamiento de las concesiones dada la fórmula que emplea el Artículo 27, no tuvo eficacia ni trascendencia alguna en beneficio de los intereses nacionales; supuesto que la discrecionalidad que consagraba la Ley Constitucional era después anulada en la legislación secundaria, inspirada, como queda dicho, en el criterio interpretativo que negaba que la nacionalización del petróleo tuviese otro propósito que el de entregar al Estado la regulación de la distribución.

La Ley del Petróleo de 1925 conservó todavía el principio de la obligatoriedad para la Administración Pública del otorgamiento de las concesiones ordinarias. En cuanto a la extensión de los derechos que esos títulos conferían consagró un sistema notoriamente diverso del que, según opiniones autorizadas, pretendieron fijar los constituyentes: en tanto que éstos pensaban en títulos precarios y revocables, la legislación del petróleo siguió muy de cerca la tradición de las leyes mineras. En esto influyó sin duda la peculiar situación tanto interna como internacional que existía cuando se dictó esa legislación y que seguramente no pudo ser desconocida por sus autores ni dejarse de tomar en cuenta.

De tal manera llegó a lograr fuerza la asimilación de los títulos petroleros a los de propiedad minera (salvo, naturalmente, en lo relativo a la obligación de efectuar trabajos regulares, que las últimas leyes de Minería anteriores a 1917, ya no consignaban, pero que sí se encontraba en la vieja legislación derivada de la Colonia) que inclusive llegó a elaborarse una respetable doctrina que sostenía que el dominio directo a que alude el Artículo 27 no era diverso del dominio radical que el Rey se reservaba en las ordenanzas de 1783. Todavía en 1933 se contentió expresamente ante la Suprema Corte de Justicia la constitucionalidad del sistema de reservas federales que, limitado primitivamente a las zonas que particularmente señalara el Ejecutivo, fijó el Artículo 16 de la Ley del Petróleo, y que posteriormente, en Decreto de mayo de 1933, se hizo extensivo, además de a zonas especialmente señaladas, a todos aquellos predios objeto de alguna solicitud de concesión cuando recuperasen el carácter de libres.

Ni siquiera instituciones jurídicas como la del rescate, experimentadas y admitidas por la generalidad de los países, fue incorporada al estatuto reglamentario del Artículo 27 en la materia de petróleo. De acuerdo con la doctrina aceptada, las concesiones para el uso exclusivo

de bienes del dominio público, pueden darse por terminadas por razones de interés general.

Prácticamente y salvo en las zonas en que la propiedad superficial correspondía por algún título a la Federación, ésta no guardaba más vinculación de intereses patrimoniales con la industria del petróleo que a través de los impuestos; la cual era notoriamente insuficiente, ya que para recaudar impuestos no se requiere el dominio directo; basta con el mero ejercicio de la jurisdicción que el Estado tiene a este respecto sobre todas las personas y los bienes.

Fue a través de la explotación directa de las reservas como la Nación, por conducto de las distintas entidades que ha creado en épocas sucesivas, logró iniciar un aprovechamiento verdadero de la riqueza del petróleo y no, como sin duda hubiese sido legalmente posible, también en las zonas que, a pesar de no estar reservadas, contenían un petróleo que era del dominio directo de la Nación y que no había sido puesto en duda por la falta de derechos creados antes del 1º de mayo de 1917.

La situación apuntada, antes de la expropiación acordada el 18 de marzo último, hubiera sin duda podido corregirse mediante una simple modificación de la Ley del Petróleo que alterara el régimen de las concesiones ordinarias fijado en 1925. Después de la expropiación el problema notoriamente es distinto. Una vez que la Nación ha tomado a su cargo directamente el control de las explotaciones en forma tal que no sólo podrá atender las necesidades del país, sino en su mayor parte, las de nuestro comercio exterior del petróleo, no se ve el motivo para permitir que continúen formándose y vigorizándose intereses privados que es de presumirse que llegarán a ser, si no antagónicos, a lo menos distintos de los intereses generales, cuya tutela procurará el Gobierno con todo empeño y energía.

La experiencia de todos conocida, relacionada con esta misma materia del petróleo, obliga al gobierno a obrar en lo sucesivo con gran cautela, máxime cuando según se reconoce ya, a través de las concesiones sobre los recursos naturales se crean con mayor facilidad vínculos cuya terminación constituye después un problema para el país que otorgó dichas concesiones, pues entonces inclusive sus buenas relaciones con otros pueblos se ponen en peligro.

A esto obedece el propósito del Ejecutivo de que termine el régimen de las concesiones. En rigor, y dado el carácter discrecional que para la entrega de la explotación a los particulares ha consagrado hasta hoy el

texto expreso del Artículo 27, carácter discrecional que la Suprema Corte en reiteradas ocasiones ha reconocido así, jurídicamente habría podido en ley secundaria fijarse el nuevo principio.

Sin embargo, no se ha decidido el Gobierno por este camino en virtud de que él admite que, según testimonios autorizados, los autores del Artículo 27 no quisieron que el dominio directo del petróleo se ejercitase excluyendo a los particulares. Y aunque es bien sabido que los textos de la Constitución como los de cualesquiera otras leyes son susceptibles de interpretaciones renovadas de acuerdo con las exigencias que sus autores no pudieron tener en cuenta en la época en que actuaron, piensa el Ejecutivo que una medida de la importancia de la que se proyecta no debe quedar sujeta a las controversias que los interesados muy probablemente provocarían apoyándose en aquellos testimonios. Esto independientemente de que incorporando al texto constitucional el principio de la explotación directa del petróleo que a la Nación corresponde, se le da una mayor fijeza y autoridad.

El 26 de diciembre de 1938 la Iniciativa de reforma al párrafo sexto del artículo 27 constitucional se aprueba en la Cámara de Diputados, al día siguiente es aprobada en la Cámara de Senadores, y pasa a los congresos locales para su aprobación; el 27 de diciembre de 1939 el Ejecutivo Federal expide el decreto que reforma el artículo 27 y el 9 noviembre de 1940 se publica en el *Diario Oficial* con el siguiente texto: “Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, no se expedirán concesiones y la ley reglamentaria respectiva determinará la forma en que la Nación llevará a cabo las explotaciones de esos productos”.

Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia de Petróleo de diciembre de 1939

Como parte del debate nacional en torno a la pretensión de abrir Pemex a la inversión del capital privado, algunos privatizadores, huérfanos de pensamiento propio, han comentado públicamente que ¡hasta el general Cárdenas estuvo de acuerdo con la participación del capital privado en la industria del petróleo en México!, apoyándose en el contenido de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional

en Materia de Petróleo de 1939. Conviene pues analizar el contenido de dicha ley reglamentaria para valorar el alcance de tan temerarias declaraciones. Cito textualmente parte de la exposición de motivos y del articulado de la misma:

...la exclusión de los particulares del régimen de concesiones que el artículo 27 fija para la explotación de los recursos naturales del dominio público, no implica que la Nación abandone la posibilidad de admitir la colaboración de la iniciativa privada, sino simplemente que esa colaboración deberá realizarse en el futuro dentro de las formas jurídicas diversas de la concesión que, por una tradición muy arraigada en nuestro sistema legislativo, se supone que, aunque en forma limitada y precaria, concede ciertos derechos a la explotación directa del subsuelo.

Esta colaboración de los particulares fue definida a partir de los siguientes criterios:

a) la necesidad de que el contratista sea en todo caso o una persona física mexicana o una sociedad constituida íntegramente por nacionales y en una forma en que sea posible en todo instante la comprobación de esta circunstancia; (...) y *d)* fijación del criterio de que el contratista no adquirirá un derecho directo a la explotación del petróleo, sino sólo a obtener una compensación que deberá ser equivalente a las inversiones que efectúe más la utilidad que razonablemente deberá tener por su inversión y por su esfuerzo.

Se agregó además que “la Constitución sólo ha prohibido la explotación mediante concesiones del petróleo pero no la posibilidad de la construcción de oleoductos, refinerías y sistemas de distribución para gas...” En el artículo 9 se precisó que “los contratos de que hablan los artículos anteriores sólo podrán celebrarse con nacionales o con sociedades constituidas íntegramente por mexicanos. No podrán concertarse en ningún caso con sociedades anónimas que emitan acciones al portador”.

Como he señalado, tanto la reforma al párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución, como la ley reglamentaria de este artículo en materia de petróleo, fueron expedidas por el presidente Lázaro Cárdenas el 27 y 30 de diciembre de 1939 respectivamente, pero fueron

publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de noviembre de 1940, es decir, 10 meses después (veintiún días antes de que concluyera el sexenio del presidente Lázaro Cárdenas). Varios hechos nacionales e internacionales explican este retraso entre su aprobación y su publicación, así como su aparente contradicción. Por un lado las relaciones con el poderoso vecino del norte habían alcanzado su nivel de conflicto más agudo a raíz de la expropiación del petróleo que había afectado a empresas estadounidenses, que “impidieron el transporte y la venta de petróleo mexicano, y exigieron la restitución de sus posesiones anteriores o una indemnización. El gobierno americano suspendió la compra de plata mexicana, prácticamente boicoteó el petróleo mexicano, rompió las negociaciones sobre un acuerdo comercial y negó créditos estatales para el vecino del sur”.¹ Por otra parte, México tenía pendiente el pago de compensaciones a los ciudadanos de los Estados Unidos que perdieron sus bienes durante la Revolución.² El otro hecho significativo fue el inicio de la Segunda Guerra Mundial en septiembre de 1939, que colocó a México en una situación geopolítica extremadamente complicada, en virtud de su posición de neutralidad y del papel que venía desarrollando en el nivel internacional con la exportación de petróleo.

En tal virtud, la promulgación inmediata de la reforma constitucional al artículo 27 hubiera agudizado el conflicto con las empresas petroleras y sus respectivos gobiernos. En el mismo sentido, la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia de Petróleo puede interpretarse como un gesto orientado a suavizar el conflicto, habida cuenta de las acusaciones en contra del gobierno de Cárdenas. En todo ello, como puede reconocerse, obró la astucia del general Cárdenas para defender la expropiación y nacionalización del petróleo y sortear con éxito un conjunto de fuertes presiones político diplomáticas.

¹ Blanca Torres, *México en la Segunda Guerra Mundial*, México, 1988, pp. 10 y ss.; Klaus Volland, *Das Dritte Reich und Mexiko. Studien zur Entwicklung des deutsch-mexikanischen Verhältnisses 1933-1942 unter besonderer Berücksichtigung der Ölpolitik*, Frankfurt/M., Bern, 1976, p. 154ff; E. David Cronon, *Josephus Daniels in Mexico*, Madison, 1960, pp. 185 y ss.; citados por Jürgen Müller, “El NSDAP en México: historia y percepciones, 1931-1940” [en línea]. Disponible en: <http://www.tau.ac.il/eial/VL_2/muller.htm>.

² *Idem*.

Empero, más allá de esta interpretación, lo cierto es que tras la lectura y análisis de la citada ley secundaria en materia de petróleo, es evidente el acotamiento de la colaboración a particulares mexicanos, lo que la hizo prácticamente inocua, y el rechazo explícito al capital extranjero. Fue por esto que Ávila Camacho propuso su derogación a los tres meses de asumir la Presidencia de la República, sustituyéndola por otra ley reglamentaria que explícitamente propiciaba lo que hoy Calderón anhela: la inconstitucional asociación de Pemex con las grandes trasnacionales petroleras.

La contrarreforma de Ávila Camacho

Impotente para revertir la reforma constitucional, al nuevo presidente Manuel Ávila Camacho no le quedó otro recurso que promover, en menos de tres meses, una contrarreforma a la ley secundaria en materia petrolera, derogando la expedida por el general Cárdenas, para restaurar el régimen de concesiones mediante la figura de contratos, amplios y flexibles, argumentando que ello sería “para el mejor estímulo de la iniciativa privada, en cuyas energías vitales –lo tenemos dicho– ciframos principalmente nuestra seguridad en la expansión económica del país”.

Por si fuera poco, en su exposición de motivos estableció que:

...las modificaciones intentan abrir nuevas oportunidades a la inversión del capital privado en la industria petrolera bajo formas de empresa que, por constituir entidades de economía mixta, es decir, organismos semioficiales controlados por el Gobierno, impriman a la participación privada un sentido preponderante de utilidad social.

De manera tal que en los artículos 6, fracción III, y 10, fracción III, se estableció que: “La Nación llevará a cabo la exploración y explotación del petróleo” mediante contratos con particulares o “sociedades de ‘economía mixta’, en las que el Gobierno Federal representará la mayoría de capital social, y de las cuales podrán formar parte socios extranjeros”. Cualquier parecido con lo que hoy pretenden Calderón y un sector del PRI que ha abjurado de sus principios nacionalistas es mera coincidencia.

En noviembre de 1958, el presidente Ruiz Cortines promulgó la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo que derogó la contrarreforma de Ávila Camacho y restituyó la legalidad constitucional.

La reforma constitucional de López Mateos

Finalmente, el 15 de octubre de 1959, a partir de una iniciativa de reforma de los artículos 27, 42 y 48 presentada por el presidente Adolfo López Mateos, la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados presentó una propuesta de adición al párrafo sexto del artículo 27 constitucional, con el propósito de enriquecerla, considerando los siguientes argumentos:

En relación con el petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos y gaseosos, que constituyen recursos importantísimos del subsuelo para la Nación Mexicana, la Comisión considera que debe asentarse de una vez por todas de manera indiscutible en el artículo 27 constitucional, que no se otorgarán concesiones ni contratos ni subsistirán los que haya otorgado y que sólo la nación podrá llevar a efecto la explotación de esos productos, en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva; porque no obstante que ha sido manifiesto el propósito del Constituyente, a partir de la reforma de diciembre de 1939, el de substraer totalmente la explotación petrolera del régimen de concesiones o contratos, en ocasión de que fue expedida a fines del año anterior la ley reglamentaria respectiva, volvió a suscitarse un debate jurídico sobre la subsistencia de algunas concesiones o derechos de los particulares a la explotación del petróleo; por lo que, para evitar cualquier controversia, es procedente la reforma que propone la Comisión en la parte resolutive de este dictamen.

La propuesta de adición al párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución fue aprobada el 22 de octubre de 1959 en la Cámara de Diputados, el 16 de diciembre en la de Senadores y publicada el 20 de enero de 1960 en el *Diario Oficial*, con el siguiente texto: “Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o

gaseosos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva”.

Lo hasta aquí asentado es suficiente para que los privatizadores se den de topes contra la pared, pues la razón constitucional deja en claro que cualquier iniciativa de reforma de leyes secundarias que pretenda, bajo cualquier modalidad, abrir a participación del capital privado la explotación del petróleo, de origen sería inconstitucional, pues estaría contradiciendo el artículo 27 constitucional y los criterios de interpretación contenidos en los considerandos que le dieron origen.

¡Viva la expropiación y la nacionalización del petróleo!
¡No a la privatización del petróleo que promueven los vende patrias encabezados por Calderón y sus comparsas del PRI!

27 de marzo de 2008