

Cuestiones constitucionales

JOSÉ RAMÓN COSSÍO D. Y JOSEFINA CORTÉS CAMPOS

La inconstitucionalidad del reglamento de energía eléctrica (y las inconsistencias de la sentencia que la declara)

Jefe del Departamento de Derecho del itam.

Profesora del Departamento de Derecho del itam.

Hace algunas semanas se dio a conocer con gran revuelo publicitario, la resolución de la Suprema Corte de Justicia mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos del Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica que fueron reformados mediante el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de mayo de 2001. Como tantas veces ha pasado en nuestro país, este importante asunto terminó reducido a una dimensión cuasi pugilística: el Congreso de la Unión derrotó al presidente de la República, y con ello le dio una lección para que no vuelva a actuar fuera de su esfera de competencia y respete el principio de división de poderes. Es cierto que de modo parcial y primario, el asunto puede reducirse a esta lectura, pues toda declaración de inconstitucionalidad como la que terminó produciéndose tiene ese efecto. Este tipo de lecturas se sustenta, sin embargo, en visiones de corto plazo, donde pareciera que lo único que está en juego es el triunfo inmediato en el litigio constitucional, y no la construcción de un orden jurídico capaz de salvaguardar al Estado de derecho hacia el futuro. Desde este punto de vista, las resoluciones judiciales serán estimadas buenas en razón de que le otorguen a las partes aquello que solicitaron, y malas cuando se los nieguen. No importará, por tanto, que el tribunal identifique correctamente la litis, construya soluciones adecuadas y razonables, atienda a sus precedentes y resuelva adecuadamente o, por el contrario, actúe de forma completamente contraria a estos principios, pues lo único relevante terminará siendo la coincidencia del fallo con el personal punto de vista de los litigantes. En definitiva, las resoluciones judiciales serán estimadas buenas en razón de que otorguen a las partes aquello que solicitaron, y malas cuando se los nieguen.

De esta manera, se otorga un enorme grado de discrecionalidad a los órganos jurisdiccionales, los cuales, para salir adelante en su delicada función, no tienen sino que elegir el interés o punto de vista del sujeto más poderoso, aceptar como buenas sus pretensiones, y esperar el aplauso o reconocimiento público. En este caso, lo que los integrantes de los órganos jurisdiccionales requieren son más dotes de adivinación de la correlación de las fuerzas en disputa, que conocimientos jurídicos. Este tipo de juegos suelen ser útiles cuando los jugadores tienen la seguridad de que van a ganar. Sin embargo, en el momento en que deja de tener el poder o la presencia necesaria para controlar el propio juego o hacer prevalecer su punto de vista bajo la ideología de que es coincidente con el de todos, se presenta una situación compleja, pues no cuenta con ningún tipo de elemento objetivo mediante el cual limitar o someter la actuación del órgano

correspondiente.

Si existe la pretensión de construir un Estado de derecho, se hace indispensable juzgar a las resoluciones judiciales por sus propio méritos, y nunca por su capacidad de infligir daño al oponente político. Bajo estas premisas, analicemos la resolución dictada en la controversia constitucional 22/2001, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia el día 25 de abril de 2002.¹

La demanda fue presentada el 4 de julio de 2001 por el presidente y el secretario de la Comisión Permanente de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra del presidente de la República, los secretarios de Gobernación y Energía y la Comisión Reguladora de Energía, reclamando la constitucionalidad de las reformas a los artículos 126 y 135 del Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica. En la propia demanda se señaló la violación a los artículos 49; 73, fracción x; 89, fracción i, y 134 de la Constitución, y se adujo un solo concepto de invalidez, mismo que para una adecuada claridad expositiva se desglosa en los siguientes puntos:

Primero: el constitucionalismo mexicano adoptó las teorías de Locke y Montesquieu sobre la división de poderes en la Constitución de Apatzingán, y desde entonces han permanecido en las constituciones vigentes en el país. Segundo: en virtud de la división de poderes se otorga al poder Legislativo la facultad de expedir leyes, y al Ejecutivo la de reglamentarlas en términos de la fracción i del artículo 89 constitucional. Tercero: la facultad conferida al Legislativo excluye la posibilidad de que el Ejecutivo lo suplante. Cuarto: los tribunales federales y la doctrina más calificada (en cita de Tena Ramírez) han determinado que los reglamentos únicamente pueden ser expedidos dentro de los límites que la ley señale, por lo que no pueden extender sus supuestos, ser instrumentos para llenar las lagunas o remediar los olvidos u omisiones del legislador. Quinto: las reformas al Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica -en lo sucesivo Ley y Reglamento- exceden y contravienen las disposiciones previstas en Ley² debido a que ésta no es un ordenamiento marco limitado a fijar principios generales para desarrollar en un reglamento, sino que detalla de un modo puntual las características de prestación del servicio, así como "los requisitos, modalidades, características y grados de participación que corresponden o pueden corresponder a los sectores público, privado y social, a efecto de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 25, 27 y 28, que disponen que corresponde exclusivamente a la Nación y que el sector público tendría de manera exclusiva, la facultad de generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica". Sexto: en los artículos 3, 36, 36 bis, 37 y 38 de la Ley se establecen los supuestos en que de modo excepcional los particulares pueden participar en la generación de energía eléctrica, tales como la "generación para autoabastecimiento, cogeneración o pequeña producción; generación por productores independientes para su venta a la cfe; importación para abastecimiento de usos propios, y generación para usos en emergencias derivadas de interrupciones en la prestación del servicio público", lo cual no puede suponer la alteración del esquema de participación creado por la propia Ley. Séptimo: la primera violación señalada se deriva de la modificación del segundo párrafo y la adición de un tercero al artículo 126, del Reglamento, en tanto establecieron que los permisionarios que tuvieran excedentes (capacidad sobrante del permisionario una vez satisfechas sus necesidades), podrían ponerlos a disposición de la cfe fuera de convocatoria (en términos

de la fracción ii del artículo 135 del Reglamento), lo cual resultaba contrario a las disposiciones legales sobre su adquisición por licitación pública. Octavo: el artículo 135 del reglamento se impugnó porque permitía el aumento de las cuotas de generación previstas originalmente en la Ley,³ haciendo prácticamente obligatoria su adquisición por parte de la cfe.⁴

En síntesis, lo que el Congreso de la Unión señaló es que en el Reglamento se habían establecido modalidades para aumentar sin límites razonables los montos de producción de energía eléctrica por los particulares, y que los mismos podían ser vendidos a la cfe fuera de licitación pública.

Admitida la demanda, el consejero jurídico del Ejecutivo Federal le dio contestación, señalando, en primer lugar, que la Comisión Permanente no es un órgano que válidamente pueda representar al Congreso de la Unión en las controversias constitucionales, y que en el caso concreto los presidentes de las cámaras de Diputados y Senadores comparecen al proceso en calidad de "invitados", por lo que tampoco cuentan con una adecuada representación de los órganos respecto de los cuales se afirmó la vulneración de atribuciones. En segundo lugar, afirmó el consejero jurídico que la Ley no establece límites ni a la producción de energía eléctrica por los particulares, ni al monto máximo de adquisición por parte de la Comisión Federal de Electricidad, de ahí que el Reglamento no puede ir más allá de la propia Ley. En tercer lugar, dijo la Consejería que la licitación no es un fin en sí mismo, sino un medio que queda subordinado a lograr el fin que prevé la norma, de ahí que el propio Congreso de la Unión haya establecido que el procedimiento de licitación no era el medio idóneo en el caso de venta de excedentes de energía, por lo que de manera expresa sólo se exigió para la construcción de nuevas instalaciones. Lo anterior es así, dice la Consejería en su informe, porque la cfe es comprador único y la licitación no tiene ningún sentido, lo que no fue obstáculo para que el legislador haya previsto las formas por las cuales debiera garantizarse la eficacia, eficiencia y honradez de las adquisiciones.

De igual manera, y en términos semejantes a los planteados por la Consejería, el secretario de Energía señaló la falta de legitimación de la Comisión Permanente. Adicionalmente, y esto es importante por lo que se señala en la resolución acerca de la "irrelevancia" de definir al servicio público, se advirtió que en la Ley se distingue entre esta posibilidad y las modalidades de producción de energía eléctrica que no constituyen servicio público, dentro de lo cual cabe el autoabastecimiento y la cogeneración. Igualmente, se dijo que el Ejecutivo no iba más allá de lo establecido en la Ley, pues en ningún momento se violentaron las condiciones de prestación del servicio público de energía eléctrica por parte del Estado. De forma puntual, se dice que no se violó la división de poderes, pues el Ejecutivo no invadió las competencias del legislador, en tanto sólo desarrolló lo establecido por el segundo en la fracción iv del artículo 36 bis de la Ley; se insistió en la idea de que en la Ley sólo hay convocatoria en los casos de nuevas instalaciones y que en cuanto a la venta de excedentes, el legislador sólo estableció que mediante convenio, y sin mayor trámite, los permisionarios de autoabastecimiento y cogeneración venderían sus excedentes a la cfe. Por su parte, y en congruencia con los argumentos referidos, el procurador general de la República expresó que la Comisión Permanente no contaba con legitimación y, en lo que es un punto adicional novedoso, señaló que la reforma únicamente se refirió a algunos aspectos de adquisición de excedentes de los permisionarios de autoabastecimiento y cogeneración, en lo cual únicamente se limitaron los porcentajes a que habrá de sujetarse la

cfe para adquirir la energía eléctrica y no se afectó en modo alguno lo previsto en la Ley.

A partir de lo señalado en la demanda y los contenidos de los informes reseñados,⁵ la mayoría de los ministros se pronunció sobre el fondo del asunto planteado. En su orden, la primera cuestión fue determinar si la Comisión Permanente contaba o no con legitimación activa para acudir a la controversia. El argumento que a continuación se expondrá puede resultar en ciertos momentos técnico, pero vale la pena desarrollarlo en toda su amplitud, para efecto de dejar claro las falacias y las distorsiones argumentativas presentadas en la resolución. Frente a lo dicho por el consejero jurídico, el secretario de Energía y el procurador, la Corte adecuadamente comenzó haciendo la consabida distinción procesal entre legitimación en la causa y legitimación en el proceso, distinguiendo una de otra por la existencia de un derecho violado o desconocido y por la capacidad de ejecutar actos procesales. La Corte examinó primeramente lo relativo a la capacidad constitucional de la Comisión Permanente para representar al Congreso de la Unión, para lo cual desglosa el contenido del artículo 78 constitucional, concluyendo que en el mismo se encuentra prevista su integración, sus periodos de funcionamiento y sus atribuciones, sean éstas las contenidas en el propio precepto o en otros de la Constitución. Posteriormente, se analizan los artículos 116 a 121 de la Ley Orgánica del Congreso, y los artículos 171 a 176 de su Reglamento interior. La conclusión a la que llega la Corte a partir de su análisis es la siguiente: "De las disposiciones transcritas se infiere que tanto la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos como el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, congruentes con el texto constitucional, coinciden en que la Comisión Permanente es el órgano del Congreso de la Unión integrado por 37 miembros, de los cuales 19 serán diputados y 18 senadores, que desempeña las funciones que le otorga la Constitución, solamente durante los recesos de aquél."⁶

Hasta aquí, y en términos de las palabras de la Corte, parecería que la Comisión Permanente únicamente puede desempeñar las funciones que le otorga la Constitución, sean éstas las previstas en el artículo 78 o en cualquier otro precepto. A pesar de esta conclusión, enseguida comienza a abrirse una nueva línea argumental al apuntarse que algunas de las atribuciones que ejerce la Comisión Permanente son a título propio, mientras que "otras derivan precisamente del receso del Congreso de la Unión, de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, ya que están relacionadas con las que, en el periodo ordinario de sesiones, ejercerían estos órganos".

Esta distinción no deja de resultar interesante y novedosa, y abría el espacio para formular una amplia y detallada argumentación para sostenerla; sin embargo, lejos de realizarse ese ejercicio, se citó una tesis de jurisprudencia, a nuestro juicio muy poco pertinente para el caso,⁷ puesto que se limitó a afirmar que las Cámaras del Congreso de la Unión están legitimadas para plantear de forma aislada las controversias constitucionales, asunto que por lo demás está expresamente previsto en el inciso c) de la fracción i del artículo 105 constitucional. Debe notarse que de la posibilidad de que cada Cámara plantee sus propias controversias, la resolución del Pleno infiere que si la Comisión Permanente "estima que es necesario combatir un acto que vulnera las atribuciones del Poder Legislativo, del que forma parte, es evidente que puede promover una controversia a nombre de éste, por ser el órgano que está en funciones".

Si analizamos lo transcrito arriba, tenemos varios pronunciamientos por demás extraños. Primero, un cambio notable de sentido interpretativo, en tanto pasamos de considerar las facultades constitucionales de la Comisión Permanente, a las funciones que a la misma le correspondían en tanto órgano integrante del Poder Legislativo. Este matiz puede parecer sutil, pero no lo es: sencillamente pasamos de la búsqueda de una justificación en el texto constitucional, a la determinación genérica de las funciones que a un órgano le corresponden por "pertener" a otro, lo cual no puede considerarse un criterio de competencia. Segundo, de la inferencia hecha entre un criterio según el cual dos órganos diferenciados y expresamente nombrados en la Constitución puedan presentar por separado controversias constitucionales, como lo dice también expresamente el texto constitucional, a una solución de representación de un órgano diverso respecto de otros. Qué duda cabe que la tesis transcrita permite que cada una de las Cámaras defienda por sí misma la constitucionalidad de sus normas, y que en ello esté actuando en ejercicio de una facultad propia respecto de la cual no tiene por qué exigírsele la justificación de representación; sin embargo, ¿qué tiene que ver todo ello con "inferir" que un órgano diverso tiene la capacidad de representar en juicio a otro distinto?

Por si la "confusión" anterior fuera poca, en el párrafo siguiente se dice que además, es decir, como si se tratara de un sentido de abundamiento a un criterio sostenible por sí mismo, el artículo 105 constitucional menciona en el inciso c) de su fracción i a la Comisión Permanente, concluyendo que si se toma en cuenta lo establecido en él, "en cuanto reconoce la legitimación a la Comisión Permanente del Congreso de la Unión para promover acciones de controversia constitucional y los criterios de la tesis reproducida, debe llegarse a la conclusión de que la Comisión sí está legitimada para promover la presente controversia constitucional, como lo habrían estado la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, cada una en forma independiente como órganos del referido Congreso..." La traducción de estas últimas palabras más o menos diría así: "como la Constitución le confiere a la Comisión Permanente la facultad de promover controversias para defender actos propios, y como una vieja tesis nuestra ha concluido que cada Cámara está facultada para defender mediante controversias las afectaciones a las competencias que les confiere el artículo 73 constitucional, válidamente podemos concluir que la Comisión Permanente sí puede representar en juicio al Congreso de la Unión". Sin duda, un razonamiento impecable, en donde la distinción inicial entre legitimación en la causa y en el procedimiento jugó un papel de mero adorno, en donde la mención a que la Comisión sólo tenía las competencias que le otorgaba la Constitución no terminó por significar nada, en donde no se aportó ningún criterio válido sobre la posibilidad de que la Comisión representara al Congreso o a sus Cámaras y en donde, en general, no se quiso formular ningún criterio sobre representación.

Después de un largo y, este sí, sustentado argumento sobre la falta de legitimación del secretario de Gobernación y de la Comisión Reguladora de Energía, la Corte abordó otro de los más discutibles asuntos de su sentencia. En la parte inicial del considerando sexto, y de forma por demás sospechosa, se comienza afirmando que antes de entrar al estudio de los conceptos de invalidez, es necesario hacer varias precisiones, consistentes nada menos que en determinar el carácter de las controversias, la función que le corresponde a la Suprema Corte al estudiar asuntos de esta naturaleza, "y las reglas técnicas con las que debe cumplir al pronunciar la sentencia correspondiente".⁸ Sobre el primer punto, en la sentencia se dice que los criterios sobre la materia de las controversias han evolucionado a partir de 1995 en

cuatro etapas de las que se deriva lo siguiente: en la controversia constitucional sólo pueden plantearse problemas de invasión de esferas; a la Suprema Corte sólo le corresponde conocer de violaciones a la Constitución Federal, y no a las Constituciones o leyes locales; la Corte puede conocer de violaciones indirectas a la Constitución; y en las controversias pueden examinarse todo tipo de violaciones a la Constitución. Independientemente de que lo anterior no plantea una afinación de criterios, sino una complementariedad material entre diversos fallos respecto de un mismo objeto, la conclusión que se extrae anuncia muy pronto el amplio sentido que más adelante se dará al fallo: "[...] las hipótesis de control contempladas en la Carta Magna permiten que los actos de autoridad, provenientes tanto de la Federación como de las entidades que la componen, puedan ser anulados por una determinación de uno de los órganos del Poder Judicial Federal, en este caso la Suprema Corte, en ejercicio de una función de orden constitucional".⁹ Aun cuando esta afirmación no cobra sentido por sí misma, sí lo hace al conectarla con las dos siguientes, como enseguida se verá.

Por lo que se refiere al segundo tema, la función de las controversias constitucionales, la Corte apunta que consiste en la salvaguarda del federalismo y la supremacía constitucional, lo que es un error, en tanto la segunda categoría es presupuesto o, si se quiere, función del control constitucional, mientras que la primera es uno de los dos objetos de protección, junto con el principio de división de poderes. Sin embargo, de esta aseveración la Corte deduce, nuevamente, que la finalidad de las controversias es la más plena defensa de la Constitución. En cuanto al último problema, relativo a la técnica que debe cumplir al resolver las controversias constitucionales, en la sentencia se dice que debe atenderse a lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de la citada Ley reglamentaria, lo que significa "corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos", examinar en su conjunto "los razonamientos de las partes a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada", y "suplir la deficiencia de la demanda, contestación, alegatos o agravios". Identificadas las posibilidades, se presenta una de las formas más dogmáticas de resolución de controversias que sea posible imaginar. Por una parte, se dice que se trata, "consecuentemente, de reglas tan elásticas que bien pueden interpretarse en el sentido de que si la Suprema Corte advierte una violación a la Constitución que no se hubiere propuesto por el accionante, ella puede examinarla oficiosamente al suplir la demanda. Por mayoría de razón lo mismo puede hacer si existen algunos planteamientos que, por sí mismos, también pudieran prosperar." Por la otra, se citan seis tesis de jurisprudencia que, sin realizar ningún tipo de análisis o concreción adicional, se estiman suficientes para sustentar lo anteriormente dicho en cuanto a los alcances de la suplencia.¹⁰

Como es fácilmente apreciable, las determinaciones de las tesis son muy puntuales y no abren la posibilidad de que, como quiso y pudo, la Corte incorpore de manera genérica a la Constitución respecto de materias en las cuales, en principio, no se planteó la inconstitucionalidad de un precepto. Sin embargo, esto es precisamente lo que hizo, al establecer, como se verá más adelante, que la cuestión efectivamente planteada fue fijar la contradicción de los artículos impugnados del Reglamento contra la Constitución, en particular respecto del denominado capítulo económico,¹¹ y no sólo contra la Ley, como expresamente lo determinó la Comisión Permanente en su escrito de demanda.

Este es un asunto por demás grave, pues una cosa es decir que en una demanda concreta se quiso impugnar tal o cual precepto o que un argumento quiere decir "efectivamente" tal o

cual cosa, y otra muy distinta es decir que la Corte tiene la facultad genérica de pronunciarse sobre la constitucionalidad de cualquier precepto impugnado, ello a pesar de que no se haya impugnado la constitucionalidad de ninguno. Para llegar a esta conclusión, como ya se dijo, la Corte fue elaborando una construcción, haciendo parecer inocua la afirmación de que su gran misión es la salvaguarda de la Constitución; ello suena bien en términos abstractos o ideológicos, pero puede tener graves consecuencias para la resolución de situaciones concretas, sencillamente porque la Corte puede terminar fijando la litis que en cada caso le parezca razonable.¹² ¿Qué le puede parecer razonable para efectos de fijación de la litis? Es decir, ¿qué tipo de elementos guían la ampliación llevada a cabo por nuestro máximo tribunal? Por una parte, parece que está la idea, ya mencionada antes, de que la Corte busca llevar a cabo la máxima ampliación a efecto de resolver los asuntos de constitucionalidad, es decir, se trata de encontrar la forma en que puede llegar a pronunciarse sobre la constitucionalidad. La forma de justificar esta expansión de competencias parte de una idea que ha seguido desde hace varios años, la cual uno de nosotros ha tratado con más detalle en otro lugar.¹³ Debido a que desde 1988, pero especialmente a partir de 1994, la Suprema Corte es un tribunal constitucional, su función es llevar a cabo el control integral de toda la Constitución, para lo cual puede remover ciertos "límites" procesales, en una especie de lógica "del fin justifica los medios".

En la sentencia en comentario esta determinación juega un papel fundamental, dado que en primer lugar se dice que el conflicto planteado es de pura legalidad, entendiendo que se trata de un conflicto entre una ley y un reglamento. Sin embargo, luego se dice que en atención a las reglas consignadas en los artículos 39 y 40 de la Ley Reglamentaria y de las fracciones i y ii del artículo 105 constitucional, "se entra al estudio de lo que se considera la cuestión efectivamente planteada, supliendo la deficiencia de la demanda y contestación, y saber si los preceptos impugnados implican la violación al artículo 89, fracción i, de la Constitución, por violar los artículos relativos al autoabastecimiento y a la cogeneración de energía eléctrica de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, interpretados éstos a la luz de las normas constitucionales que establecen el marco supremo que rige todo lo relacionado con la energía eléctrica".¹⁴

Si uno analiza las cuestiones contenidas en esta breve transcripción, es fácilmente apreciable que no existe relación entre la suplencia y la forma de análisis llevado a cabo en la sentencia, puesto que no resulta fácil entender cómo es que la cuestión efectivamente planteada puede ser la confrontación entre Reglamento y Constitución y no entre Reglamento y Ley, cuando en la demanda se señaló este segundo supuesto de modo específico. Como se dijo, la única forma de entender el asunto es a partir de lo que la Corte estima es el ejercicio de su función como tribunal constitucional, es decir, la salvaguarda integral de la Constitución, y no como una especie de suplencia de queja. A partir de ahí, en la resolución se lleva a cabo un ejercicio aún más complejo y poco sustentable, al afirmarse que "en ejercicio de las atribuciones que el Constituyente le ha otorgado, este tribunal constitucional, para decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos reglamentarios impugnados, considera necesario conectar el problema con los artículos constitucionales que establecen las líneas fundamentales sobre el sector de energía eléctrica [...]". Lo que resulta de todo lo anterior es, más o menos, lo siguiente: "es cierto que en la demanda se planteó sólo el posible conflicto entre Reglamento y Ley; sin embargo, lo que en el fondo del asunto planteado subyace, es la necesidad de que esta Suprema Corte se pronuncie sobre la constitucionalidad del Reglamento, lo cual exige

confrontar a este último ordenamiento con lo dispuesto en los artículos 25, 27, 28 y 89, fracción i, de la Constitución, necesidad que se justifica a partir de su carácter de tribunal constitucional".

Es a partir de los anteriores elementos que la Corte decidió enfrentar el tema de estatus de constitucionalidad de los dos artículos impugnados del Reglamento. La forma de hacerlo fue transcribiendo el artículo 25 y la parte conducente del 27, de lo que deduce que corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica, materia en la que no se otorgarán concesiones a los particulares, y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que requiera para dichos fines.

Tal vez lo más importante de esta síntesis sea la afirmación de que "no es sólo la prestación del servicio público lo que es exclusivo de la Nación, sino todas las operaciones especificadas, cuando lo tengan por objeto".¹⁵ Para tratar de sustentar esta afirmación, en la resolución se transcribe un extracto de la exposición de motivos, y las opiniones vertidas por los diputados y los senadores que intervinieron en los debates, como si de ello fuera posible extraer un sentido normativo, unitario y concluyente, en la materia a discusión. En todo caso, de lo dicho en las transcripciones no se extrae ningún sentido, lo cual tampoco dificultó el salto a la exposición sintética de los artículos 25 y 28 constitucionales, de lo cual se destaca que si bien los particulares pueden producir su propia energía eléctrica: "lo único que no pueden hacer, conforme a la Constitución, es prestar el servicio público de energía eléctrica, y realizar las operaciones especificadas con ese fin, función que está reservada exclusivamente al Estado mexicano a través de los organismos correspondientes. Al respecto, debe añadirse que en el caso a estudio resulta irrelevante entrar al análisis de lo que debe entenderse por servicio público [...]."¹⁶

Curiosamente, se trata de escapar a la definición del servicio público, aun cuando previamente, y de pasada, haya sido mediante una definición implícita de éste como logró excluirse totalmente la participación de los particulares en materia de electricidad.

El argumento de la Corte para el tratamiento final del contraste entre la Ley y el artículo 89, fracción i, bien puede reducirse a lo siguiente: que la cogeneración y el autoabastecimiento no son, en principio, contrarios a la Constitución; que aunque la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica no establece ningún límite a tales excedentes, se entiende que solamente se puede vender a la cfe cantidades razonables una vez satisfechas sus necesidades de consumo; que no es admisible que bajo la apariencia de las dos primeras figuras, "se genere en forma significativa energía para el servicio público", pues con ello se estaría burlando lo previsto en el artículo 27 constitucional al darse, de hecho, a los particulares la calidad de concesionarios del servicio público de energía eléctrica; que "la reforma a los artículos 126 y 135 del Reglamento modifica el porcentaje que los autoabastecedores y cogeneradores pueden vender a la Comisión Federal de Electricidad, lo que implica una reorientación en materia de aprovechamiento de excedentes"; que el legislador estableció límites a los excedentes, pues los mismos derivan de su propia naturaleza; que el Reglamento produjo un cambio sustancial en la naturaleza de las actividades de cogeneración y autoabastecimiento establecidas en la Ley, pues pasó de entender al concepto de excedente como "lo que sobra racionalmente después del autoconsumo de la producción", a un sentido "de la capacidad sobrante del permisionario,

una vez satisfechas sus necesidades"; que la fracción ii del artículo 135 autoriza al secretario de Energía a modificar el porcentaje de 50%, conforme a las necesidades de energía que requiera la prestación del servicio público y al nivel de reserva del Sistema Eléctrico Nacional", con lo cual se deja a la autoridad administrativa la posibilidad de decidir discrecionalmente sobre la necesidad de energía requerida para atender al servicio público.

Estas ideas plantean varios problemas. En primer lugar, y ante todo, el de la falta de definición expresa del servicio público en materia de energía eléctrica, pues en ningún momento se delimitan los espacios de intervención de los particulares o los alcances de la participación del Estado. Es decir, al concluir la lectura de la resolución, y salvo la mención dogmática que antes se hizo, no es posible saber cuáles son los alcances de la noción de servicio público en esa materia.

En definitiva, de acuerdo con el análisis de la Corte no es posible saber si por servicio público se entiende que el Estado debe realizar absolutamente todas las etapas del proceso productivo encaminadas a la prestación del servicio público de energía eléctrica; o bien, si los particulares pueden desempeñar alguna de éstas actividades junto con el Estado. En el primer caso, estaríamos frente a un sector eléctrico caracterizado por la integración vertical de actividades, en donde la totalidad de los bienes y servicios destinados a la prestación del servicio eléctrico, deberían ser de titularidad pública exclusiva; en el segundo caso, por el contrario, sería posible que los particulares, como titulares de determinados bienes y servicios, intervinieran en las diversas etapas del ciclo de suministro eléctrico reservando, según lo dispone el enunciado constitucional, la prestación del servicio eléctrico al Estado. La cuestión a resolver no es tan simple como parece suponerse en la resolución, puesto que si se está en el primer caso, como parece derivarse de la propia sentencia, ¿cómo es posible que los particulares lleven a cabo la venta de sus excedentes para ser destinados al servicio público, cuando el propio servicio público no admite esa posibilidad?; o bien, ¿bajo qué argumento podría sostenerse la inconstitucionalidad de las actividades de autoabastecimiento y cogeneración, cuando son calificadas por la Ley como no constitutivas de servicio público?

Obviamente, la solución de la Corte parece descansar en la idea de "razonabilidad", "sobrantes razonables" o "excedentes después de consumo". Sin embargo, tampoco se establece un criterio sobre ese particular, de modo que lejos de enfrentar el problema, se evadió al dejar las cuestiones de fondo en la vaguedad de las expresiones acabadas de mencionar, además de no entrar al problema conceptual de los ámbitos de presencia o exclusión de los particulares en el servicio de electricidad. Nuevamente parece que nos enfrentamos a una cuestión de grado en la que se advierte la ausencia de las razones por las que sí se justifica que los particulares participen un "poquito" en donde, en principio y según el criterio de la Corte, no debieran participar nada. El resultado de la argumentación analizada, condujo a la Corte a declarar la inconstitucionalidad de los artículos 126, párrafos segundo y tercero y los tres últimos párrafos de la fracción ii del artículo 135, por contravención a lo dispuesto en la fracción i del artículo 89 constitucional, y a los artículos 25, 27, párrafo sexto, última parte y 28, párrafos cuarto y quinto de la Constitución.¹⁷ Como señalamos, uno de los problemas técnicos de la sentencia consiste en la inobservancia de lo previsto en la fracción iv del artículo 41 de la Ley Reglamentaria de las fracciones i y ii del artículo 105 constitucional. La oscuridad que caracteriza a la línea

argumental, y que conduce a desafortunadas y explicables confusiones, propicia también graves consecuencias en la determinación de los alcances de la sentencia. Es decir, como la Corte no precisó qué normas debían declararse inconstitucionales, qué efectos concretos debían darse, qué acontecía con las situaciones pasadas, qué autoridades debían cumplir con las determinaciones, etc., la cuestión de determinar los alcances habrá de ser una tarea a realizar por las partes, con el eventual peligro de que en su momento se vean expuestas a las sanciones previstas en el artículo 47 de la Ley, en relación con lo establecido en la fracción xvi del artículo 107 constitucional.¹⁸

Con independencia de que se pueda coincidir con el resolutivo de la sentencia que declara la invalidez de los artículos 126, párrafos segundo y tercero, y 135 fracción ii, tres últimos párrafos;¹⁹ del texto de la propia sentencia y de los considerandos, en particular del noveno,²⁰ pueden extraerse algunas reflexiones. En primer lugar, resultaría difícil llegar a sostener la inconstitucionalidad de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica en tanto que la misma no cuantifica el excedente; dejó abierta la posibilidad para que los particulares vendan su producción al servicio público, siempre que la misma sea en una cantidad "razonable"; y establece que no constituyen servicio público diversas actividades en las que efectivamente participan los particulares (autoabastecimiento, cogeneración, productores independientes; etc.). Bajo estas premisas, la inconstitucionalidad a la que alude la sentencia de la Corte podría operar en dos supuestos: sobre todo el sistema de venta de excedentes no razonables derivado de la autogeneración y la cogeneración -con lo que se estaría bloqueando cualquier forma de participación de los particulares en el servicio público de energía eléctrica-; o bien, y atendiendo literalmente al resolutivo, es decir, a la declaración estricta de inconstitucionalidad de las fracciones y párrafos relativos de los artículos 126 y 135 del Reglamento, sobre los excedentes del autoabastecimiento y la cogeneración que sean superiores a las cantidades que la Corte estimó inadecuadas y que sean vendidas fuera de licitación pública.²¹ Atendiendo al segundo criterio, si la cfe adquiriera excedentes menores a esas cantidades mediante licitación pública, podría considerarse que no se estaría actuando fuera de las determinaciones fijadas por la Corte en su sentencia, lo cual dejaría sin resolver, en todo caso, los problemas de qué monto del excedente sí es razonable, y cómo pueden adquirirse excedentes mediante licitación en un mercado con un solo demandante y muy pocos oferentes. En segundo lugar, con la determinación de la Corte parece enviar un mensaje al legislador que puede ser leído de diversas formas: el legislador ordinario debiera ajustar sus disposiciones a efecto de evitar en el futuro declaraciones de inconstitucionalidad; el legislador debe definir los ámbitos en los que válidamente, y con plenas garantías, pueden operar los particulares en el sector eléctrico; el legislador ha de proceder, sólo si así lo justifican las circunstancias económicas y políticas vigentes, a la reestructuración del sector eléctrico mexicano.²²

En suma, y vista en su conjunto, la sentencia analizada tiene graves inconvenientes.

Primeramente, de técnica procesal, pues pareciera que los argumentos se encaminaron a lograr la declaración de inconstitucionalidad y, de esa forma, a lograr el mantenimiento del carácter de la Suprema Corte como tribunal constitucional. Adicionalmente, porque el problema que en rigor se estaba disputando fue mal identificado y mal resuelto, en tanto no hubo una conceptualización adecuada de aquello que constituye el servicio público de energía eléctrica, ni las razones por las cuales los particulares pueden participar "un poco, pero no mucho", en la prestación de esa actividad o bienes. Sin embargo, lo más preocupante de todo este asunto posiblemente sea lo relacionado con la forma en que la Corte actuó, y el poco cuidado que la sociedad en general, y la comunidad jurídica en

particular, tuvo para comentar la sentencia y para dejar de considerar los efectos que puede tener en el largo plazo para la construcción de nuestro Estado de derecho. Mientras sigamos pensando que el verdadero sentido de los procesos de regularidad constitucional se reduce a levantarle la mano a uno de los "contendientes" frente al otro, seguiremos expuestos a sentencias como la que se acaba de comentar, donde lo relevante no es lo que se dijo y las razones por las cuales se dijo, sino al mero y contingente resultado final que es capaz de ponerle rostro al vencedor y al vencido z

1 Por razones de espacio, no se analizarán directamente las consideraciones apuntadas en los votos concurrente (elaborado por los ministros Juventino V. Castro, Humberto Román Palacios y Juan Silva Meza) y minoritario (elaborado por los ministros Vicente Aguinaco Alemán, Salvador Aguirre Anguiano, y José de Jesús Gudiño Pelayo), a pesar de que algunas de sus partes resultan de interés y ayudan a complementar el entendimiento de los equívocos en que incurrió la mayoría.

2 Es importante destacar el sentido del concepto de invalidez, es decir, el que la constitucionalidad del Reglamento se haya derivado de lo dispuesto en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, pues sobre este punto recae uno de los aspectos más discutidos de la resolución que se comenta.

3 Las adiciones y reformas contenidas en el Decreto que modifica al Reglamento de la Ley señalan, en síntesis, que la cfe podrá adquirir fuera de convocatoria, y mediante convenios, la capacidad excedente de autoabastecedores y cogeneradores de acuerdo con los porcentajes siguientes: a) Hasta por 20 mw cuando se trate de permisionarios de autoabastecimiento y cogeneración, siempre y cuando tengan una capacidad instalada total hasta de 40 mw. b) Hasta con 50% de su capacidad total cuando se trate de autoabastecimiento, siempre y cuando tengan una capacidad instalada total superior a 40 mw. c) Hasta la totalidad de la producción excedente de los permisionarios de cogeneración. El porcentaje que se establece en el inciso b) podrá ser modificado por la Secretaría, conforme a las necesidades de energía que requiera la prestación del servicio público y al nivel de reserva de energía del Sistema Eléctrico Nacional.

4 Ello es así debido a que en términos del antepenúltimo párrafo del propio artículo 135, la Comisión sólo podía negarse a convenir con los permisionarios la adquisición cuando las condiciones o términos ofrecidos no satisficieran las condiciones o términos previstos en las fracciones ii y iii del propio artículo, o cuando la prestación del servicio público de energía no requiriera de dichos excedentes.

5 Los informes rendidos por el secretario de Gobernación y la Comisión Reguladora de Energía no fueron tomados en cuenta, al decretarse la falta de legitimación pasiva. Por lo demás, no deja de resultar extraño que para una consideración relativamente menor como es la determinación de la legitimación, se hayan expuesto tan amplios y conceptuosos argumentos, mientras que para cuestiones mucho más relevantes, como la propia legitimación activa o el carácter de los servicios públicos, los argumentos hayan resultado tan breves y dogmáticos.

6 Cursivas nuestras.

7 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9, xii, agosto de 2000, p. 962.

8 Desde ahora conviene apuntar sobre este último punto, que una de las cuestiones "técnicas" que debiera estar presente en la sentencia es la satisfacción de los requisitos previstos en el artículo 41 de la Ley Reglamentaria de las fracciones i y ii del artículo 105 constitucional, de los cuales, por cierto, nada se dice. Vale la pena señalar de una vez, que existen una serie de cuestiones en las cuales la Corte no parece distinguir entre controversias y juicios de amparo, sino sólo en aquello que le resulta favorable para insistir en su supremo carácter de tribunal constitucional. Un ejemplo de ello es la fijación de los efectos de las sentencias, y otro es en lo que ve a la forma en que se da la obligatoriedad de las resoluciones (que no tesis), esto último en términos del artículo 43 del propio ordenamiento.

9 Cabe llamar la atención en el cambio del lenguaje utilizado por la Corte, pues lo que antes se presentó como puntualización de criterios jurisprudenciales, ahora es mencionado como "hipótesis de control contempladas en la Carta Magna", lo que sin duda le confiere más peso al ejercicio a realizar, en tanto no se es sino órgano de la Constitución, y no intérprete de la misma.

10 Las tesis citadas se refieren a los casos de suplencia expresamente previstos en el artículo 76 bis de la Ley de Amparo, precepto que por cierto enuncia de modo particular los sujetos o materias en los que concretamente debe suplirse la deficiencia; el caso de suplencia (que debía ser supletoriedad) del Código Federal de Procedimientos Civiles respecto de la Ley de Amparo; el caso concreto de suplencia tratándose de una violación manifiesta de la ley que haya dejado sin defensa al quejoso; la posibilidad de que en las controversias se supla la deficiencia respecto de las cuestiones de fondo en los casos en los que se haya declarado la improcedencia respecto del acto reclamado; la posibilidad de que la demanda se analice en su integridad a efecto de resolver la cuestión efectivamente planteada, así como un caso relacionado con el manejo de los recursos. Nada de esto, como puede verse, permite sustentar el amplio alcance de la suplencia en los términos mantenidos en la resolución.

11 El capítulo económico constitucional se integra por los artículos 25, 26, 27 y 28 del texto constitucional. Se trata de preceptos normativos que configuran el sector económico nacional a partir de los conceptos de planeación del desarrollo, rectoría económica del Estado, economía mixta, áreas prioritarias, áreas estratégicas y servicios públicos. Puede advertirse desde ahora, que se trata de un amplio marco normativo, compuesto de conceptos jurídicos sujetos a una amplia interpretación, y es precisamente a partir de tales elementos, sin un análisis conceptual previos, que se procede a verificar la constitucionalidad de las disposiciones reglamentarias en cuestión.

12 En la resolución se expresa que la litis se mantiene porque el fallo se mantuvo sobre los dos preceptos reglamentarios originalmente impugnados. No deja de resultar curioso que la Corte haya estimado que eso es la litis, cuando hay un artículo expreso que le permite pronunciarse sobre la constitucionalidad de todas aquellas normas que siendo de igual o inferior jerarquía a las impugnadas, resulten afectadas por la inconstitucionalidad de éstas. Es importante precisar que, fuera de las consideraciones ideológicas que sirvieron para

sustentar el papel de la Corte, la litis puede cambiarse cuando se modifican o incorporan preceptos a partir de los cuales habrá de hacerse el control de regularidad. A esta situación difícilmente puede llamársele suplencia, a menos que estemos dispuestos a llamar a las cosas con cualquier nombre.

13 Cfr. Cossío, J. R., *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, especialmente en la parte final del capítulo ii.

14 Las cursivas son nuestras.

15 Bajo este criterio, tratándose del ciclo de suministro eléctrico, cada una de las fases del proceso productivo de la electricidad -generación, transmisión y distribución-, con sus distintas variantes, deberían ser consideradas servicio público y, en consecuencia, de exclusividad estatal.

16 Las cursivas son nuestras.

17 De forma curiosa, se dijo que la Corte declaraba tal inconstitucionalidad atendiendo sólo a las cuestiones relacionadas con la Constitución, y en modo alguno a consideraciones relacionadas con la política o la economía. Esto suena más bien a una autojustificación, pues en realidad no había necesidad alguna de decirlo en el sentido general de la resolución.

18 Es importante hacer notar aquí que con motivo de la resolución del caso llamado del horario de verano (controversia constitucional 5/2001, el presidente de la Suprema Corte de Justicia cerró toda posibilidad de utilizar el recurso de aclaración de sentencia previsto en el artículo 223 del Código Federal de Procedimientos Civiles, como un medio para tratar de precisar los alcances de las sentencias. Mediante auto del 25 de septiembre de 2001, resolvió desechar por notoriamente improcedente tal recurso, sustentando su resolución en lo establecido en la tesis que en materia de supletoriedad dictó el Pleno de la anterior integración de la Suprema Corte (Semana Judicial de la Federación y su Gaceta, 8, lxxvi, abril de 1994, p. 33), lo cual resulta extraño en tanto el propio Pleno estableció, ya dentro de la novena época, un criterio diverso de supletoriedad que, primero, iba en el sentido de la solicitud hecha por el consejero jurídico y, segundo, y más importante, era posterior y contrario al utilizado por el presidente para fundar el desecamiento (Semana Judicial de la Federación y su Gaceta, 9, ii, agosto de 1995, p. 279). Desde nuestro punto de vista, si la Ley Reglamentaria de las fracciones i y ii establece en la fracción iv de su artículo 41 una serie de variados requisitos en materia de fijación de efectos de la sentencias, lo menos que la Corte podría hacer es, dado el sistema de suplencia que desde 1995 ha establecido, admitir la aclaración de sentencia para efecto de facilitar su comprensión y cumplimiento.

19 Es imposible desconocer que las disposiciones reglamentarias declaradas inconstitucionales, lo son debido al ejercicio excesivo de la facultad reglamentaria. Por un lado, el porcentaje de excedentes de energía, derivados del autoabastecimiento y la cogeneración, y susceptibles de ser vendidos a la cfe, desvirtúan la naturaleza misma del concepto de excedente, resultando tales supuestos violatorios del principio de primacía de Ley; bajo los parámetros que el reglamento señala, podrían presentarse escenarios en los que apoyándose en la figura de los "excedentes" a efectos prácticos los particulares generen

electricidad no para usos propios sino para su venta directa a la cfe. Por otro, de acuerdo con el texto constitucional, toda adquisición de bienes o servicios por parte de la administración pública ha de hacerse por medio de licitaciones; asimismo, cuando las licitaciones no resulten idóneas en la materia, la ley establecerá el procedimiento, las bases y los requisitos para tal adquisición (artículo 134 de la Constitución). En el supuesto que nos ocupa, es el reglamento controvertido, en violación al principio de reserva de ley, el que permite que sean celebrados convenios para la adquisición de electricidad, a través de un procedimiento distinto a la licitación.

20 El considerando noveno señala: "No pasa desapercibido para este Tribunal Constitucional, por una parte que no sólo la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y otras leyes relacionadas, pudieran contener disposiciones contrarias a la Constitución, pero ello es ajeno a la presente controversia y, de ser así, el propio Congreso de la Unión, que es la parte accionante en ella estará en aptitud de realizar las reformas pertinentes; y por otra que podrían darse necesidades de carácter económico o político que, desde esas perspectivas, cuestionaran la última parte del párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución y las otras normas que con él se vinculan, pero es claro que la decisión al respecto resulta ajena a las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y corresponde con toda claridad, al órgano previsto en el artículo 135 de la misma y al que podrá acudir con la iniciativa correspondiente que demuestre la necesidad referida."

21 De aceptar este criterio resultaría que la sentencia de la Corte declaró la invalidez de las disposiciones reglamentarias que (artículo 36 bis, fracciones i y iii, de la Ley; y artículos 126, segundo párrafo, y 135, fracción ii, del reglamento): primero, permitían a cfe celebrar convenios para atender necesidades de crecimiento o sustitución de la capacidad instalada de generación del Sistema Eléctrico Nacional; segundo, otorgaban a cfe la facultad de comprar la capacidad excedente de acuerdo con las siguientes proporciones: hasta 20 mw, cuando tengan una capacidad instalada total hasta de 40 mw tratándose del autoabastecedor; hasta 50% o más, si así lo determinaba la Secretaría de Energía, de su capacidad total cuando tengan una capacidad instalada total superior a 40 mw; y hasta 100% de la producción excedente de cogeneración; tercero, facultaban a la cfe para pactar del compromiso de adquisición de energía asociada a la capacidad excedente comprometida (hasta 20 mw o más según sea el caso), con la entrega sujeta a las reglas de despacho del Sistema. Por otra parte, se mantendría la validez de las disposiciones que permiten a la cfe celebrar, mediante convocatoria, convenios con los particulares adjudicatarios a fin de (artículo 36 bis, fracciones ii, iii y iv, de la Ley; y artículos 126, primer párrafo, y 135, fracción i, del reglamento): primero, pactar compromisos sobre toda su capacidad de generación (productores independientes de energía); segundo, pactar compromisos sobre su capacidad excedente sin limitación numérica o porcentual (para el caso de los autogeneradores) a fin de satisfacer las necesidades del Sistema Eléctrico Nacional, y tercero, convenir compras de energía asociada a la capacidad comprometida, conforme a las reglas de despacho.

22 Este mensaje parece haber sido recibido por los legisladores puesto que así se manifestó a los medios de comunicación al señalar que la línea de trabajo estaría expresamente acotada por la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitida en torno al Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica. Al respecto, debe advertirse que una de las principales tareas a las que, en su momento, se enfrentará el

constituyente consiste en lograr armonizar y dar sentido de unidad al capítulo económico de la Constitución a fin de superar la lógica contradictoria de los preceptos que lo integran (por un lado, los artículos 25, 26 y parte del 28, responden a la lógica de una economía mixta basada en la corresponsabilización de los sectores público, social y privado; y por otro, el artículo 27 constitucional y el resto del artículo 28, se nutren de una ideología claramente estatista). Véase *El Financiero*, miércoles 29 de mayo de 2002, pp. 1,12 y 13.