**VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE QUE FORMULA LA MINISTRA LORETTA ORTIZ AHLF, EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 64/2021.**

En las sesiones de cinco y siete de abril de dos mil veintidós, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación discutió el asunto citado al rubro, cuyo engrose estuvo bajo mi encargo. La acción de inconstitucionalidad fue promovida por diversas Senadoras y Senadores del Congreso de la Unión, quienes impugnaron el decreto de nueve de marzo de dos mil veintiuno que reformó la Ley de la Industria Eléctrica, que modificó diversas disposiciones tal como se muestra en el siguiente cuadro.

|  |  |
| --- | --- |
| **TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA** | **TEXTO REFORMADO** |
| **Artículo 3.-** Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:  I. a IV. ...  V. Central Eléctrica Legada: Central Eléctrica que, ~~a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley~~, no se incluye en un permiso para generar energía eléctrica bajo la modalidad de autoabastecimiento, cogeneración, pequeña producción, producción independiente o usos propios continuos, y:  a) Es propiedad de los organismos, entidades o empresas del Estado, ~~y se encuentra en condiciones de operación, o~~  b) Cuya construcción y entrega se ha incluido en el Presupuesto de Egresos de la Federación en modalidad de inversión directa;  VI. a XI. ...  XII. Contrato de Cobertura Eléctrica: Acuerdo entre Participantes del Mercado mediante el cual se obligan a la compraventa de energía eléctrica o Productos Asociados en una hora o fecha futura y determinada, o a la realización de pagos basados en los precios de los mismos;  XIII. …  XIV. Contrato Legado para el Suministro Básico: Contrato de Cobertura Eléctrica que los Suministradores de Servicios Básicos tendrán la opción de celebrar, con precios basados en los costos y contratos respectivos, que abarcan la energía eléctrica y Productos Asociados de las Centrales Eléctricas Legadas y las Centrales Externas Legadas  XV. a LVII. ... | **Artículo 3.-** ...  I. a IV. ...  V. Central Eléctrica Legada: Central Eléctrica que no se incluye en un permiso para generar energía eléctrica bajo la modalidad de autoabastecimiento, cogeneración, pequeña producción, producción independiente o usos propios continuos, y:  a) Es propiedad de los organismos, entidades o empresas del Estado, y  b) Cuya construcción y entrega **sea con independencia de su modalidad de financiamiento**;  VI. a XI. ...  XII. Contrato de Cobertura Eléctrica: Acuerdo entre Participantes del Mercado mediante el cual se obligan a la compraventa de energía eléctrica o Productos Asociados en una hora o fecha futura y determinada, o a la realización de pagos basados en los precios de los mismos. **Exclusivamente los Suministradores de Servicios Básicos podrán celebrar Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física**;  **XII Bis. Contrato de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física: Acuerdo entre un Suministrador de Servicios Básicos y un Generador mediante el cual se obligan a la compraventa de energía eléctrica o Productos Asociados en una hora o fecha futura y determinada, con el compromiso de realizar la entrega física de la energía, Servicios Conexos o Potencia establecidos, y para lo cual el Generador presentará al CENACE los programas de generación de las Centrales Eléctricas que formen parte del Contrato mediante ofertas de programa fijo en el Mercado Eléctrico Mayorista, conforme a las Reglas del Mercado;**  XIII. ...  XIV. Contrato Legado para el Suministro Básico: Contrato de Cobertura Eléctrica que los Suministradores de Servicios Básicos tendrán la opción de celebrar, con precios basados en los costos y contratos respectivos, que abarcan la energía eléctrica y Productos Asociados de las Centrales Eléctricas Legadas y las Centrales Externas Legadas, **con compromiso de entrega física**;  XV. a LVII. ... |
| **Artículo 4.-** El Suministro Eléctrico es un servicio de interés público. La generación y comercialización de energía eléctrica son servicios que se prestan en un régimen de libre competencia.  ...  I. Otorgar acceso abierto a la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución en términos no indebidamente discriminatorios;  II. a V. ...  VI. Ofrecer energía eléctrica, potencia y Servicios Conexos al Mercado Eléctrico Mayorista basado en los costos de producción conforme a las Reglas del Mercado y entregar dichos productos al Sistema Eléctrico Nacional cuando sea técnicamente factible, sujeto a las instrucciones del CENACE. | **Artículo 4.-** ...  ...  I. Otorgar acceso abierto a la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución en términos no indebidamente discriminatorios, **cuando sea técnicamente factible**;  II. a V. ...  VI. Ofrecer energía eléctrica, potencia y Servicios Conexos al Mercado Eléctrico Mayorista basado en los costos de producción **unitarios** conforme a las Reglas del Mercado, **garantizando, en primera instancia, los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física y, en segundo término, el suministro de energías limpias, entregando** dichos productos al Sistema Eléctrico Nacional cuando sea técnicamente factible, sujeto a las instrucciones del CENACE. |
| **Artículo 12**.- - La CRE está facultada para:  I. Otorgar los permisos a que se refiere esta Ley y resolver sobre su modificación, revocación, cesión, prórroga o terminación  II. a LIII. ... | **Artículo 12.-** ...  I. Otorgar los permisos a que se refiere esta Ley, **considerando los criterios de planeación del Sistema Eléctrico Nacional establecidos por la Secretaría**, y resolver sobre su modificación, revocación, cesión, prórroga o terminación;  II. a LIII. ... |
| **Artículo 26.-** Los Transportistas y los Distribuidores son responsables de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución y operarán sus redes conforme a las instrucciones del CENACE. Para el mantenimiento de la Red Nacional de Transmisión y de los elementos de las Redes Generales de Distribución que correspondan al Mercado Eléctrico Mayorista, los Transportistas y los Distribuidores se sujetarán a la coordinación y a las instrucciones del CENACE | **Artículo 26.-** Los Transportistas y los Distribuidores son responsables de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución y operarán sus redes conforme a las instrucciones del CENACE, **quien considerará la prioridad en el uso de estas redes para el despacho de las Centrales Eléctricas Legadas y las Centrales Externas Legadas con compromiso de entrega física**. Para el mantenimiento de la Red Nacional de Transmisión y de los elementos de las Redes Generales de Distribución que correspondan al Mercado Eléctrico Mayorista, los Transportistas y los Distribuidores se sujetarán a la coordinación y a las instrucciones del CENACE. |
| **Artículo 35.-** Cuando las obras, ampliaciones o modificaciones necesarias para la interconexión o conexión no se incluyan en los programas de ampliación y modernización de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución, el Generador, Generador Exento o Usuario Final podrán optar por realizarlas a su costa o por hacer aportaciones a los Transportistas o a los Distribuidores para su realización y beneficiarse de las mismas, bajo los términos, condiciones y metodologías de cálculo que se establezcan en los Reglamentos, o bien, que fije la CRE mediante disposiciones administrativas de carácter general, conforme a las bases generales siguientes:  I. a V. ... | **Artículo 35.-** Cuando las obras, ampliaciones o modificaciones necesarias para la interconexión o conexión no se incluyan en los programas de ampliación y modernización de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución, **los Generadores, Generadores Exentos, Usuarios Finales y/o los solicitantes para la interconexión de las Centrales Eléctricas y la conexión de los Centros de Carga** podrán optar por **agruparse para** realizarlas a su costa o hacer aportaciones a los Transportistas o a los Distribuidores para su realización y beneficiarse de las mismas, bajo los términos, condiciones y metodologías de cálculo que se establezcan en los Reglamentos, o bien, que fije la CRE mediante disposiciones administrativas de carácter general, conforme a las bases generales siguientes:  I. a V. ... |
| **Artículo 53.-** Los Suministradores de Servicios Básicos celebrarán Contratos de Cobertura Eléctrica ~~exclusivamente~~ a través de subastas que llevará a cabo el CENACE. Los términos para llevar a cabo dichas subastas y asignar los Contratos de Cobertura Eléctrica respectivos se dispondrán en las Reglas del Mercado. | **Artículo 53.-** Los Suministradores de Servicios Básicos **podrán celebrar** Contratos de Cobertura Eléctrica a través de subastas que llevará a cabo el CENACE. Los términos para llevar a cabo dichas subastas y asignar los Contratos de Cobertura Eléctrica respectivos se dispondrán en las Reglas del Mercado. |
| **Artículo 101.-** Con base en criterios de Seguridad de Despacho y eficiencia económica, el CENACE determinará la asignación y despacho de las Centrales Eléctricas, de la Demanda Controlable y de los programas de importación y exportación. Dicha asignación y despacho se ejecutará independientemente de la propiedad o representación de las Centrales Eléctricas, la Demanda Controlable u ofertas de importación y exportación. | **Artículo 101.-** Con base en criterios de Seguridad de Despacho y eficiencia económica, el CENACE determinará la asignación y despacho de las Centrales Eléctricas, de la Demanda Controlable y de los programas de importación y exportación. Dicha asignación y despacho se ejecutará independientemente de la propiedad o representación de las Centrales Eléctricas, la Demanda Controlable u ofertas de importación y exportación. **Lo anterior, considerando los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física.** |
| **Artículo 108.-** El CENACE está facultado para:  I. a IV. ...  V. Determinar la asignación y el despacho de las Centrales Eléctricas, de la Demanda Controlable y de los programas de importación y exportación, a fin de satisfacer la demanda de energía eléctrica en el Sistema Eléctrico Nacional;  VI. Recibir las ofertas y calcular los precios de energía eléctrica y Productos Asociados que derivan del Mercado Eléctrico Mayorista, de conformidad con las Reglas del Mercado;  VII. a XXXIV. ... | **Artículo 108.-** ...  I. a IV. ...  V. Determinar la asignación y el despacho de las Centrales Eléctricas, de la Demanda Controlable y de los programas de importación y exportación, a fin de satisfacer la demanda de energía eléctrica en el Sistema Eléctrico Nacional, **y mantener la Seguridad de Despacho, Confiabilidad, Calidad y Continuidad del Sistema Eléctrico Nacional**;  VI. Recibir las ofertas y calcular los precios de energía eléctrica y Productos Asociados que derivan del Mercado Eléctrico Mayorista, **y recibir los programas de generación y consumo asociados a los Contratos de Cobertura con compromisos de entrega física,** de conformidad con las Reglas del Mercado;  VII. a XXXIV. ... |
| **Artículo 126.-** Para efectos de las obligaciones de Certificados de Energías Limpias:  I. ...  II. La Secretaría establecerá los criterios para su otorgamiento en favor de los Generadores y Generadores Exentos que produzcan energía eléctrica a partir de Energías Limpias;  III. a V. ... | **Artículo 126.-** ...  I. ...  II. La Secretaría establecerá los criterios para su otorgamiento en favor de los Generadores y Generadores Exentos que produzcan energía eléctrica a partir de Energías Limpias. **El otorgamiento de los Certificados de Energías Limpias a Centrales Eléctricas, no dependerá ni de la propiedad, ni de la fecha de inicio de operación comercial de las mismas;**  III. a V. ... |
| **ARTÍCULOS TRANSITORIOS** | |
|  | **Cuarto**. Los permisos de autoabastecimiento, con sus modificaciones respectivas, otorgados o tramitados al amparo de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, que continúen surtiendo sus efectos jurídicos, obtenidos en fraude a la ley, deberán ser revocados por la Comisión Reguladora de Energía mediante el procedimiento administrativo correspondiente. En su caso, los permisionarios podrán tramitar un permiso de generación, conforme a lo previsto en la Ley de la Industria Eléctrica. |
|  | **Quinto.** Los Contratos de Compromiso de Capacidad de Generación de Energía Eléctrica y Compraventa de Energía Eléctrica suscritos con productores independientes de energía al amparo de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, deberán ser revisados a fin de garantizar su legalidad y el cumplimiento del requisito de rentabilidad para el Gobierno Federal establecido en los artículos 74, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 32 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y 18 de la Ley Federal de Deuda Pública. En su caso, dichos contratos deberán ser renegociados o terminados en forma anticipada. |

La mayoría de las y los integrantes de este Pleno, decidieron validar diversas normas que formaron parte de la reforma, así como desestimar la acción respecto de otras.

|  |  |
| --- | --- |
| **Artículos que se declararon válidos** | **Artículos sobre los que se desestimó la acción de inconstitucionalidad** |
| * Artículo 3, fracción XII * Artículo 3, fracción XII Bis * Artículo 3 fracción XIV * Artículo 4, fracción I * Artículo 12, fracción I * Artículo 35 * Artículo 108, fracción V * Artículo Cuarto transitorio * Quinto transitorio | * Artículo 3, fracción V, b) * Artículo 4, fracción VI (costos unitarios) * Artículo 4, fracción VI (garantizando) * Artículo 26 * Artículo 53 * Artículo 101 * Artículo 108, fracción VI * Artículo 126, fracción II |

En atención a lo anterior, la elaboración del engrose se basó en la discusión del Pleno en las sesiones correspondientes, así como en los comentarios de la y los Ministros sobre las primeras versiones del engrose, en donde se mantuvieron los argumentos del proyecto original que sustentaron la validez de los artículos que se reconocieron constitucionales y, por otra parte, se eliminaron aquellas argumentaciones relacionadas con los artículos sobre los cuales se desestimó la acción.

Tomando en cuenta lo anterior, en el presente voto precisaré las razones por las cuales disiento de la resolución mayoritaria, al considerar que los artículos sobre los que se desestimó la Acción de Inconstitucionalidad debieron declararse constitucionales.

Asimismo, expresaré los motivos por los cuales estimo que el apartado de consideraciones previas, eliminado a petición de la mayoría de los integrantes del Pleno, resultaba necesario para entender los alcances de la sentencia de la presente acción.

Para ello, el presente voto mantendrá la estructura adoptada en el proyecto original, de tal manera que se analizara: (i) la necesidad de implementar la metodología a partir de la cual se resolvió el presente asunto; (ii) la importancia de las consideraciones previas que contenía el proyecto original; y (iii) el estudio de los artículos sobre los cuales se desestimó la acción, que en mi consideración, son constitucionales.

1. **Metodología adoptada por el proyecto**

En este apartado destacaré las razones por las cuales (a) la metodología de estudio ameritaba un estudio individualizado de las normas y no como parte de un sistema normativo, y (b) la división temática que adoptó la sentencia.

* 1. Metodología de estudio

Como se puede observar de la línea jurisprudencial de este Alto Tribunal, la metodología de análisis de normas que se aducen inconstitucionales varía caso por caso. Cada una de las y los Ministros, hemos optado por la metodología de análisis que consideramos más adecuada al caso concreto, sin que exista un criterio o parámetro establecido para determinar cuál es la que debe adoptarse para cada caso.

Estimo que dicha actuación del Tribunal Pleno es totalmente acorde con los principios fundamentales de todo tribunal constitucional, la cual se caracteriza por la diversidad de perfiles en su conformación que enriquecen y direccionan la resolución de los asuntos que son sometidos a consideración.

Contrario a los comentarios de diversos integrantes de este Tribunal Pleno, considero que en el caso bajo análisis, a la reforma impugnada no podía ser analizada como un sistema normativo.

Si bien, en ocasiones puede ser pertinente, e incluso necesario, hacer el análisis de constitucionalidad de una reforma en su conjunto, lo cierto es que dependiendo del caso concreto puede existir un riesgo fundado de que este Máximo Tribunal no analice adecuadamente los vicios de constitucionalidad que podrían tener únicamente algunos de los elementos que componen una reforma o decreto legislativo.

Bajo mi consideración, por regla general, el estudio de constitucionalidad de las normas debe partir de un análisis individualizado de los artículos o porciones normativas que sean impugnadas, a pesar de que los argumentos de la parte accionante, no se hayan focalizado de manera independiente y particularizada.

Lo anterior, me parece que garantiza el principio de división de poderes, sin que de manera indirecta este Tribunal Pleno se pronuncie sobre la idoneidad de una decisión o acuerdo legislativo, más allá de su constitucionalidad. Ello, sin que eso signifique que la Suprema Corte deje de desempeñar su papel de máximo intérprete de la Constitución y protector de los intereses más sensibles de las personas y comunidades de nuestra sociedad.

En mi opinión, la metodología de análisis puede hacerse de manera holística como un sistema normativo siempre que: (i) las normas impugnadas, no puedan subsistir de manera evidente, a partir de la invalidación de otras, por lo que las mismas se tornen inoperantes; o (ii) si a pesar de lo anterior, la invalidación de ciertas porciones o normas sean la razón que motiva la reforma impugnada.

Bajo esta lógica, la razón por la cual, en este caso, no podía analizarse el decreto impugnado a partir de un sistema normativo es porque el decreto en concreto no se encuadra en las excepciones que referí en el párrafo anterior.

En otras palabras, al invalidar ciertas porciones normativas del decreto impugnado, no desarticula el mismo, ni pierde su razón de ser, a la luz de la finalidad del acto legislativo.

* 1. División temática del proyecto

La reforma a la Ley de la Industria Eléctrica se puede dividir -a grandes rasgos- en 4 modificaciones principales que se ven reflejadas en la totalidad de los artículos impugnados de dicha Ley.

* La modificación del orden de despacho.
* La modificación al régimen de Certificados de Energías Limpias.
* La inclusión de los supuestos de revocación permisos de autoabastecimiento y revisión obligatoria de los contratos suscritos con productores independientes de energía.
* La modificación para que la Comisión Reguladora de Energía considere los criterios del Sistema Eléctrico Nacional establecidos por la Secretaría de Energía.

Otra de las particularidades del caso, se relaciona con que al menos cinco conceptos de invalidez estuvieron encaminados a acreditar que la totalidad de los artículos impugnados relacionados con el orden de despacho, alegando la vulneración de disposiciones constitucionales de naturaleza muy diversa, presentando argumentos igualmente distintos. La parte accionante consideró que la reforma impugnada vulnera:

1. El artículo 28 constitucional, que reconoce el principio de la libre competencia y concurrencia, lo cual se abordó en la **Cuestión A** de la sentencia.
2. El artículo 133 constitucional, por considerar que se vulneraron diversas disposiciones del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico y del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá, lo cual se estudió en la **Cuestión B** de la sentencia.
3. Los artículos 1° y 4°, párrafos cuarto y quinto, de la Constitución Federal, así como el Acuerdo de París, por considerar que se trastoca el derecho a un medio ambiente sano y a la salud, lo cual se analizó en la **Cuestión C** de la sentencia.
4. Diversos artículos constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos, por considerar que la reforma conllevaría inequívocamente a un alza de tarifas a los usuarios finales, en perjuicio de diversos de sus derechos humanos, lo cual fue abordado en la **Cuestión F** de la sentencia.
5. Los artículos 14, 16, 25, 26, 27 y 28 constitucionales, así como diversos transitorios de la reforma energética de 2013, en tanto que atentan contra los objetivos del Sistema Eléctrico Nacional, cuyo análisis se aborda en la **Cuestión G** de la sentencia.

Dicho escenario, no sucedió en lo que respecta a los artículos cuarto y quinto transitorios de la Ley de la Industria Eléctrica impugnada, esto es, **los supuestos de revocación permisos de autoabastecimiento y revisión obligatoria de los contratos suscritos con productores independientes de energía,** los cuales se analizaron en un único apartado correspondiente a la **Cuestión D**.

Lo mismo ocurrió con el último tema que derivó del análisis del artículo 12, fracción I, del decreto impugnado, relacionado con la modificación para que la Comisión Reguladora de Energía considere los criterios del Sistema Eléctrico Nacional establecidos por la Secretaría de Energía, lo cual se estudió en la **Cuestión E** de la sentencia.

1. **La importancia de las consideraciones previas que contenía el proyecto original**

En el proyecto original, consideré fundamental establecer cinco consideraciones previas. La primera, recogía los antecedentes del Sistema Eléctrico Nacional; la segunda, se relacionaba con el marco constitucional que rige el Sistema Eléctrico Nacional; la tercera, por su parte, daba cuenta de las obligaciones de la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional desde una perspectiva de derechos humanos; la cuarta, desarrolló la cristalización del acceso a la energía eléctrica como un derecho humano; y, finalmente, la quinta daba una explicación sobre el funcionamiento del Sistema Eléctrico Nacional.

En particular me referiré a tres de ellas, cuya ausencia en el engrose representaba, a mi parecer, una significativa oportunidad para este Alto Tribunal, de dotar de un verdadero sentido garantista y con perspectiva de derechos humanos, a la reforma impugnada: (a) el marco constitucional que rige el Sistema Eléctrico Nacional; (b) las obligaciones de la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional desde una perspectiva de derechos humanos; y (c) la cristalización del acceso a la energía eléctrica como un derecho humano.

1. El marco constitucional que rige el Sistema Eléctrico Nacional

Son pocas las ocasiones en las que la Suprema Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de la reforma constitucional de 2013, en lo que corresponde a la energía eléctrica. Una de esas ocasiones, antes de que fuera electa para integrar este Máximo Tribunal, fue en la resolución de la Controversia Constitucional 89/2020, en donde la Segunda Sala analizó el *“Acuerdo por el que se emite la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional”*, emitido por la Secretaría de Energía.

En mi opinión, el marco constitucional que se desarrolla en dicha controversia deja inconcluso el análisis y la visión de uno de los pilares de la reforma constitucional de 2013. Esto es, el alcance de la planeación y control del Sistema Eléctrico Nacional, como área estratégica a cargo del Estado; así como el nuevo papel y naturaleza que asumió la Comisión Federal de Electricidad, como empresa productiva del Estado.

Hasta el año 2013, todas las actividades relacionadas con la energía eléctrica eran concebidas como un área estratégica que estaba a cargo exclusivo de la Nación. Esto implicaba que, desde el punto de vista constitucional, particularmente a partir de lo señalado por el cuarto párrafo del artículo 28, las actividades relacionadas con la energía eléctrica no se considerarían como un monopolio, alejándose de la prohibición que contempla el primer párrafo de dicho artículo.

El veinte de diciembre de dos mil trece se publicó la reforma constitucional en materia de energía que reformó los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Federal, modificando sustancialmente el marco constitucional de la industria eléctrica en México.[[1]](#footnote-1)

En primer lugar, las actividades relacionadas con la industria eléctrica se dividieron en cuatro actividades principales: la generación, la transmisión, la distribución y la comercialización de la energía eléctrica. Con esta división, la reforma constitucional limitó que dos de dichas actividades, la transmisión y la distribución, serían las únicas áreas de la industria que permanecerían como áreas estratégicas a cargo exclusivo de la Nación, abriendo a la iniciativa privadas las actividades de generación y comercialización.

El procedimiento de dicha reforma se derivó de tres iniciativas presentadas por distintos grupos parlamentarios. El dictamen de las comisiones legislativas de la Cámara de Senadores precisó que su objetivo principal era el de establecer un nuevo diseño institucional para el sector eléctrico nacional.

En dicho dictamen se establecieron dos cuestiones principales relacionadas con el Sistema Eléctrico Nacional: (i) la participación de empresas privadas en diversas áreas que habían sido exclusivas del Estado, incluida la de energía eléctrica; y (ii) la creación de órganos reguladores coordinados en materia de energía o el reconocimiento de la Comisión Federal de Electricidad como una empresa productiva del Estado. Con relación al régimen existente de energía eléctrica, los artículos 25, 27 y 28 constitucionales fueron modificados de la manera que se expone a continuación.

* + - 1. Artículo 25 constitucional

El actual texto del artículo 25 de la Constitución Federal, en lo que respecta a la materia energética, fue modificado de la siguiente manera.

|  |  |
| --- | --- |
| **Antes de la reforma de 2013** | **A partir de la reforma de 2013** |
| **Artículo 25.** Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.  El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.  Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación. El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.  Asimismo, podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo. Bajo criterios de equidad social ~~y~~ productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.  La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios. La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución. | **Artículo 25.** Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante **la competitividad,** el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. **La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.**  **El Estado velará por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero para coadyuvar a generar condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo. El Plan Nacional de Desarrollo y los planes estatales y municipales deberán observar dicho principio.**  El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.  Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación. El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos **y empresas productivas del Estado que** en su caso se establezcan. **Tratándose de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, la Nación llevará a cabo dichas actividades en términos de lo dispuesto por los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución. En las actividades citadas la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas productivas del Estado, así como el régimen de remuneraciones de su personal, para garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y rendición de cuentas, con base en las mejores prácticas, y determinará las demás actividades que podrán realizar.**  Asimismo, podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo. Bajo criterios de equidad social ~~y~~ productividad **y sustentabilidad** se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.  La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios. La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, **promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo industrial sustentable que incluya vertientes sectoriales y regionales,** en los términos que establece esta Constitución.  **A fin de contribuir al cumplimiento de los objetivos señalados en los párrafos primero, sexto y noveno de este artículo, las autoridades de todos los órdenes de gobierno, en el ámbito de su competencia, deberán implementar políticas públicas de mejora regulatoria para la simplificación de regulaciones, trámites, servicios y demás objetivos que establezca la ley general en la materia.** |

Como se observa, y en lo que respecta al Sistema Eléctrico Nacional, las principales modificaciones que se hicieron se relacionan con: (i) el reconocimiento expreso de que el Estado tendrá la propiedad y el control sobre las empresas productivas del Estado; (ii) la Nación llevará a cabo la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional, así como del Servicio Público de transmisión y distribución de Energía Eléctrica, en los términos establecidos por los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 constitucional; y (iii) en estas actividades la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas productivas del Estado. De dicha reforma también se destaca el **reconocimiento constitucional de la Comisión Federal de Electricidad en una empresa productiva del Estado**.

* + - 1. Artículo 27 constitucional, párrafo 6

Por su parte, el texto del artículo 27 constitucional, también fue modificado a raíz de la reforma de 2013, a través de la cual se implementaron los siguientes cambios.

|  |  |
| --- | --- |
| **Antes de la reforma de 2013** | **A partir de la reforma de 2013** |
| **Artículo 27.** […] En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes.Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales y substancias a que se refiere el párrafo cuarto regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de éstas.  El Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes se harán por el Ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean. Tratándose ~~del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o~~ de minerales radiactivos no se otorgarán concesiones ~~ni contratos, ni subsistirán los que en su caso se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la Ley Reglamentaria respectiva.~~ Corresponde exclusivamente a la Nación ~~generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público~~  energía eléctrica, no se otorgarán concesiones ~~a los~~ particulares ~~y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales~~ en los términos que establezcan las leyes, mismas que determinarán la forma en que ~~se requieran para dichos fines.~~ […] | **Artículo 27.** […] En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es **inalienable** e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes, **salvo en radiodifusión y telecomunicaciones, que serán otorgadas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones.** Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales y substancias a que se refiere el párrafo cuarto, regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de éstas.  El Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes se harán por el Ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean. Tratándose de minerales radiactivos no se otorgarán concesiones. Corresponde exclusivamente a la Nación **la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de** energía eléctrica, **en estas actividades** no se otorgarán concesiones, **sin perjuicio de que el Estado pueda celebrar contratos con** particulares **en los términos que** establezcan las leyes, mismas que determinarán la forma en que **los particulares podrán participar en las demás actividades de la industria eléctrica.** […] |

A raíz de dicha reforma, las actividades de generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer que estaban reconocidas en el artículo 27 constitucional, fueron reagrupadas para que éstas pudieran ser catalogadas en cuatro actividades principales: generación, transmisión, distribución y comercialización. Lo anterior con el fin de abrir al sector privado dos de ellas, la generación y la comercialización. Con ello, quedaría a cargo exclusivo de la Nación la transmisión y distribución.

Asimismo, se estableció que la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional, así como el Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica corresponderían exclusivamente a la Nación. Sobre estas actividades se mantuvo la prohibición de concesiones, con la salvedad de que se abrió la posibilidad para que el Estado pueda celebrar contratos con particulares en los términos que establezcan las leyes. Finalmente, se destacó la posibilidad de que los particulares participaran en la generación y comercialización de la energía eléctrica.

* + - 1. Artículo 28 constitucional

La última modificación constitucional sobre la industria eléctrica del año 2013 fue la relacionada con el artículo 28, que se refiere a la prohibición de monopolios en el Estado. Las modificaciones fueron las siguientes.

|  |  |
| --- | --- |
| **Antes de la reforma de 2013** | **A partir de la reforma de 2013** |
| **Artículo 28.** En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. […]  No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía~~; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y~~ las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.  El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado. […] | **Artículo 28.** En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos**, las condonaciones de impuestos** y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. […]  No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía**minerales radiactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución, respectivamente; así como** las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.  El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado. […] |

El artículo 28 constitucional establece la prohibición general a los monopolios y a las prácticas de esta índole. Asimismo, en su párrafo cuarto se señalan aquellas excepciones que no serán consideradas como monopolios o prácticas monopólicas, por ser “áreas estratégicas”. Estas áreas, son aquellas actividades económicas que se encuentran reservadas de manera exclusiva al Estado, por ser consideradas de interés general para el desarrollo económico del país por lo que el Estado puede manejarlas con libertad a través de los mecanismos que se consideren necesarios para su operación.

Así, como se observa del texto vigente reformado en 2013, se establece la prohibición de monopolios y prácticas monopólicas, a excepción de las mencionadas en el párrafo cuarto de dicho precepto. Dentro de dichas excepciones, se eliminó la referencia expresa al área estratégica de “electricidad”, añadiendo como excepción la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional, así como el Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica, en los términos señalados en el artículo 27 constitucional.

Por su parte, el segundo párrafo de este precepto constitucional que no fue modificado con la reforma reconoce la libre concurrencia, principio que permite la posibilidad de fijar de manera libre los precios con base en las reglas del propio mercado, de acuerdo con la ley de oferta y la demanda. Por su parte, también se establece la libre competencia se refiere a que el Estado no debe permitir que los agentes económicos desarrollen prácticas que busquen desplazar a los competidores, y, por tanto, dominen el mercado.

* + - 1. Régimen transitorio

Del régimen transitorio de dicha reforma, se introdujeron 21 artículos encaminados a operativizar la reforma en materia energética del 2013. A partir de dicho régimen, se buscó proteger la seguridad energética para incentivar a diversos participantes al Mercado Eléctrico Mayorista.

Asimismo, se buscó la implementación de un régimen de sustentabilidad que buscara la protección del derecho a un medio ambiente sano, a partir de la generación de energía a partir de fuentes renovables de generación de “energías limpias”.

No obstante lo anterior, también es cierto que el régimen transitorio, buscó fortalecer a la Comisión Federal de Electricidad como una de las nuevas Empresas Productivas del Estado.

**Tercero.** La ley establecerá la forma y plazos, los cuales no podrán exceder dos años a partir de la publicación de este Decreto, para que los organismos descentralizados denominados Petróleos Mexicanos y **Comisión Federal de Electricidad se conviertan en empresas productivas del Estado**. En tanto se lleva a cabo esta transición, Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios quedan facultados para recibir asignaciones y celebrar los contratos a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 27 que se reforma por este Decreto. Asimismo, la Comisión Federal de Electricidad podrá suscribir los contratos a que se refiere el párrafo sexto del artículo 27 que se reforma por virtud de este Decreto. […]

**Décimo Séptimo.** Dentro de los trescientos sesenta y cinco días naturales siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto, el Congreso de la Unión realizará las adecuaciones al marco jurídico, para establecer las bases en las que **el Estado procurará la protección y cuidado del medio ambiente**, en todos los procesos relacionados con la materia del presente Decreto en los que intervengan **empresas productivas del Estado**, los particulares o ambos, mediante la incorporación de criterios y mejores prácticas en los temas de eficiencia en el uso de energía, disminución en la generación de gases y compuestos de efecto invernadero, eficiencia en el uso de recursos naturales, baja generación de residuos y emisiones, así como la menor huella de carbono en todos sus procesos. **En materia de electricidad, la ley establecerá a los participantes de la industria eléctrica obligaciones de energías limpias y reducción de emisiones contaminantes.** […]

**Vigésimo.** Dentro del plazo previsto en el transitorio cuarto de este Decreto, el Congreso de la Unión realizará las adecuaciones al marco jurídico para regular a las empresas productivas del Estado, y establecerá al menos que:

1. Su objeto sea la **creación de valor económico e incrementar los ingresos de la Nación, con sentido de equidad y responsabilidad social y ambiental.**
2. Cuenten con autonomía presupuestal y estén sujetas sólo al balance financiero y al techo de servicios personales que, a propuesta de la Secretaría del ramo en materia de Hacienda, apruebe el Congreso de la Unión. Su régimen de remuneraciones será distinto del previsto en el artículo 127 de esta Constitución.
3. **Su organización, administración y estructura corporativa sean acordes con las mejores prácticas a nivel internacional, asegurando su autonomía técnica y de gestión**, así como un régimen especial de contratación para la obtención de los mejores resultados de sus actividades, de forma que sus órganos de gobierno cuenten con las facultades necesarias para determinar su arreglo institucional.
4. Sus órganos de gobierno se ajusten a lo que disponga la ley y sus directores sean nombrados y removidos libremente por el Titular del Ejecutivo Federal o, en su caso, removidos por el Consejo de Administración. Para el caso de empresas productivas del Estado que realicen las actividades de exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos en términos de lo previsto por el párrafo séptimo del artículo 27 de esta Constitución, la ley deberá establecer, entre otras disposiciones, que su Consejo de Administración se conforme de la siguiente manera: cinco consejeros del Gobierno Federal, incluyendo el Secretario del Ramo en materia de Energía quien lo presidirá y tendrá voto de calidad, y cinco consejeros independientes.
5. Se coordinen con el Ejecutivo Federal, a través de la dependencia competente, con objeto de que sus operaciones de financiamiento no conduzcan a un incremento en el costo de financiamiento del resto del sector público o bien, contribuyan a reducir las fuentes de financiamiento del mismo.
6. Cuenten, en términos de lo establecido en las leyes correspondientes, con un régimen especial en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas, presupuestaria, deuda pública, responsabilidades administrativas y demás que se requieran para la eficaz realización de su objeto, de forma que les permita competir con eficacia en la industria o actividad de que se trate.

Una vez que los organismos descentralizados denominados Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios, y Comisión Federal de Electricidad, se conviertan en empresas productivas del Estado de conformidad con las leyes que se expidan para tal efecto en términos del transitorio tercero de este Decreto, no les serán aplicables las disposiciones relativas a la autonomía contenidas en las fracciones anteriores, sino hasta que conforme a las nuevas disposiciones legales se encuentren en funciones sus consejos de administración y estén en operación los mecanismos de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas. Los consejeros profesionales de Petróleos Mexicanos en funciones a la entrada en vigor del presente Decreto permanecerán en sus cargos hasta la conclusión de los periodos por los cuales fueron nombrados, o bien hasta que dicho organismo se convierta en empresa productiva del Estado y sea nombrado el nuevo Consejo de Administración. Los citados consejeros podrán ser considerados para formar parte del nuevo Consejo de Administración de la empresa productiva del Estado, conforme al procedimiento que establezca la ley.

De los artículos transcriptos puedo llegar a diversas conclusiones que fortalecen la rectoría del Estado en materia de electricidad.

La primera de ellas se relaciona con la consolidación de la Comisión Federal de Electricidad como una empresa productiva del Estado. Dicho encargo, implicaba que la Comisión Federal de Electricidad se fortaleciera como empresa del Estado, en atención a la creación de un valor económico e incrementar los ingresos de la Nación.

Ello, en ningún momento implicó que la Comisión hubiera perdido su función de prestar el servicio público de transmisión y distribución. De ahí que su fortalecimiento resulte primordial para cumplir el objeto por la cual fue transformada, así como para garantizar el carácter de servicio de interés público y universal del suministro eléctrico.

La segunda conclusión, se relaciona con la transición energética para fomentar el uso de energías limpias. Como se puede observar, del régimen transitorio, se determinó que el Congreso de la Unión realizaría las adecuaciones al marco jurídico, para establecer las bases en las que el Estado procuraría la protección y cuidado del medio ambiente, en todos los procesos relacionados con la reforma.

Asimismo, se hizo énfasis en que las empresas productivas del Estado, los particulares o ambos, mediante la incorporación de criterios y mejores prácticas en los temas de eficiencia en el uso de energía, disminuirían la generación de gases y compuestos de efecto invernadero, eficiencia en el uso de recursos naturales, baja generación de residuos y emisiones, así como la menor huella de carbono en todos sus procesos.

En ese sentido, contrario a lo argumentado por la mayoría de las y los Ministros del Tribunal Pleno, en la discusión de la presente acción, en ningún momento se pretendió que los particulares sustituyeran a la Comisión Federal de Electricidad, como únicos generadores de energías limpias. Por el contrario, se motivó al Legislador Federal a establecer un marco regulatorio sólido, para garantizar que la empresa productiva del Estado generara energía eléctrica, a partir de energías limpias.

1. La planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional desde una perspectiva de derechos humanos.

La segunda consideración previa que la mayoría de las y los Ministros determinaron eliminar, fue la relacionada con el alcance del área estratégica del Estado, consistente en la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional.

La reforma constitucional estableció que **la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional** también sería un área estratégica a cargo exclusivo de la Nación, la cual tampoco podría ser considerada como un monopolio, para efectos del artículo 28, primer y cuarto párrafo constitucional. Cuestión que resulta de gran relevancia para entender la dimensión bajo la que debe analizarse la constitucionalidad de la reforma impugnada.

En el proyecto original destaqué que la intención del legislador al disponer como áreas estratégicas el control y planeación del Sistema Eléctrico Nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución, fue que el Estado ejerciera la función reguladora de la industria eléctrica, aún con la participación de particulares en la generación y transmisión de energía eléctrica. En ese sentido, la reforma constitucional a los artículos 25, 27 y 28 buscó garantizar la rectoría del Estado en materia de electricidad.

Para ello, se confirió al Congreso de la Unión una libertad configurativa a efecto de establecer las condiciones conforme a las cuales el Estado podría llevar a cabo dicho control y planeación del Sistema Eléctrico Nacional, en tanto una actividad necesaria para el desarrollo económico nacional que influye de manera directa en el bienestar de todas y todos los mexicanos.

Con el fin de dar cabal cumplimiento a dicha actividad, la reforma constitucional expresamente buscó el fortalecimiento de la Comisión Federal de Electricidad, empresa productiva del Estado en la materia, con el objetivo de fortalecer la soberanía nacional, el crecimiento económico, y una distribución más justa de la riqueza, como establece el artículo 25 constitucional. Asimismo, la reforma tuvo como objetivo específico fortalecer a la Comisión Federal de Electricidad para que pudiera garantizar un servicio público de la energía eléctrica.

Tomando en cuenta lo anterior, en el proyecto original se destacó que diversos órganos especializados de la Organización de las Naciones Unidas han señalado que la apertura al sector privado de actividades esenciales, como el servicio público de la electricidad, implica que el Estado mantiene a su cargo la obligación de garantizar que los servicios públicos no se vean afectadas por la privatización de dichas actividades.[[2]](#footnote-2)

Con base en lo establecido en el derecho internacional de los derechos humanos, se concluyó que si bien la privatización no está prohibida por sí misma, en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; cuando esto sucede, los Estados tienen la obligación de establecer un marco normativo sólido que sujete a los proveedores privados a normativas estrictas que les impongan las denominadas “obligaciones de los servicios públicos”. Ello con el fin de que la privatización tenga como consecuencia que el disfrute de los derechos enunciados en dicho Pacto no esté condicionado a la capacidad de las empresas privadas de proveer el servicio, sobre todo considerando que ésta puede ir acompañada de una falta de rendición de cuentas.[[3]](#footnote-3)

Una de esas medidas que es imperante, fue el fortalecimiento de las capacidades del Estado, a través de sus empresas productivas, para garantizar el derecho que se vincula al suministro de los servicios, mismo que se abordará en el siguiente apartado.

Así, no puede afirmarse que la Comisión Federal de Electricidad tenga ventajas indebidas a su favor, pues su naturaleza no la coloca en igualdad de condiciones frente a los demás competidores del mercado, toda vez que se trata de un ente de derecho público que busca objetivos de interés común, y no un fin de lucro, como sucede con las empresas privadas.[[4]](#footnote-4)

1. La cristalización del acceso a la energía eléctrica como un derecho humano

El proyecto original planteó, a mi parecer, una gran oportunidad para que el Tribunal Constitucional Mexicano reconociera el acceso a la energía eléctrica como un derecho humano.

No tengo dudas de que el acceso a este derecho se ha consagrado como un elemento indispensable para garantizar los derechos humanos de las personas y al mismo tiempo, como un derecho autónomo cuya garantía protege una necesidad de primer nivel para todas las personas.

Actualmente ni la Constitución Federal, ni ningún tratado de los que México es parte, reconocen expresamente a la energía eléctrica como un derecho humano. Sin embargo, existe una variedad de derechos fundamentales que se encuentran en una situación similar, como el derecho al agua, mismo que no se encuentra reconocido de manera textual en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sin embargo, con relación a éste, el Comité encargado de supervisar e interpretar este Pacto concluyó que los derechos enunciados en el artículo 11 no integran una lista exhaustiva, sino enunciativa, que permite reconocer que existen otros derechos humanos que pueden ser cristalizados como tales, en virtud de la importancia que adquieren con el paso del tiempo y la evolución de las necesidades sociales.[[5]](#footnote-5)

Como he señalado en distintas oportunidades, tanto la Constitución de nuestro país como los tratados internacionales en materia de derechos humanos, son instrumentos vivos que ameritan una interpretación evolutiva a la luz de las condiciones que se viven día con día.[[6]](#footnote-6)

Con base en todo ello, el proyecto original sostenía que **el acceso a la energía eléctrica es un derecho humano con una doble dimensión**. La dimensión subjetiva, se refiere a la energía eléctrica como un componente necesario para garantizar los derechos humanos a la vida, integridad personal, salud, vivienda, trabajo, entre otros. Por su parte, la dimensión objetiva implica que la energía eléctrica es un derecho independiente, cuya denegación arbitraria e indiscriminada pudiera generar una violación autónoma.

Para acreditar esta dimensión y, por tanto, su cristalización como derecho humano, en el proyecto se destacaron ejemplos de cómo las personas dependemos de la electricidad en mayor o menor medida. Asimismo, se realizó un estudio de derecho comparado a efecto de observar la existencia de legislaciones nacionales que ya reconocen a la electricidad como un derecho humano, así como la condición de personas electrodependientes para aquellas cuya vida depende inexorablemente de ésta.[[7]](#footnote-7)

De igual forma, se precisó que otros tribunales han reconocido a la energía eléctrica como un derecho humano. Es el caso del Tribunal Supremo de Madras de India, que ha reconocido -y reiterado-[[8]](#footnote-8) que el acceso a la energía eléctrica es un derecho humano del que gozan todas las personas, en los términos que se precisan a continuación.

El derecho a la electricidad de una persona en ocupación de tierras del Gobierno Poromboke está reconocido en el Código de Distribución y **es parte integral del logro de los derechos socioeconómicos**. Está intrínsecamente relacionado con la reducción de la pobreza. La electricidad es un componente implícito y una faceta de los derechos humanos. A la luz de la discusión anterior, los demandados deberían haberse presentado para proporcionar el suministro de electricidad a los peticionarios, en lugar de oponerse a la reparación solicitada.

**El acceso a la electricidad debe interpretarse como un derecho humano**, por supuesto, a los requisitos que deben satisfacerse en virtud de las leyes de electricidad. La negación de la misma, aun con el cumplimiento de los requisitos, equivaldría a una violación de los derechos humanos.[[9]](#footnote-9) **(énfasis añadido)**

Otro ejemplo de cómo la energía eléctrica se ha cristalizado como un elemento indispensable para temas de seguridad, se observa en el alumbrado público, servicio que constituye un instrumento útil para el combate a la delincuencia e incluso considerado como un mecanismo para abatir la violencia contra las mujeres.

Considero, incluso, que el simple uso doméstico de la energía eléctrica es suficiente para sostener la consagración de ésta como un derecho humano autónomo, indispensable para realizar las actividades de nuestras vidas, por lo que cuenta con la protección del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como de nuestra Constitución.

Finalmente, considerando que el acceso a la energía ha surgido y se ha garantizado a partir de un desarrollo progresivo, de carácter prestacional, se constata que estamos ante un derecho de naturaleza social. En ese sentido, al igual que el resto de los derechos de este tipo, su garantía implica la adopción de una obligación inmediata de asegurar a las personas un nivel esencial para el acceso a éste, así como una obligación de cumplimiento progresivo.

Por todo lo anterior, estimo que la generación y comercialización de la energía eléctrica no es una actividad con un carácter meramente económico. Estas actividades están intrínsecamente ligadas con la garantía de un derecho fundamental cuyo principal garante es el mismo Estado, quien no solo está facultado para fortalecer a los órganos estatales encargados de garantizar este derecho, sino que está obligado a hacerlo.

A fin de dar una perspectiva de derechos humanos a un tema que pudiera parecer ajeno la garantía de los mismos, el proyecto buscó solventar esta falta de visión, por lo que, a mi juicio, este Tribunal Constitucional encargado de velar por la protección de los derechos humanos de todas las personas, particularmente de las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, debió aprovechar la oportunidad de ahondar en el reconocimiento constitucional y convencional implícito que ya tiene el acceso a la energía eléctrica.

1. **Estudio de los artículos sobre los cuales se desestimó la acción, que considero son constitucionales**

En este apartado me referiré únicamente a aquellos artículos sobre los cuales se desestimó la acción de inconstitucional y que en mi opinión debieron ser validados por este Alto Tribunal.

Con el fin de seguir la estructura de la sentencia me referiré a ellos en el siguiente orden, (a) orden de despacho en el Sistema Eléctrico Nacional, a la luz del principio de libre competencia y concurrencia; y (b) la reforma impugnada a la luz del derecho a un medio ambiente sano.

1. Orden de despacho en el Sistema Eléctrico Nacional, a la luz del principio de libre competencia y concurrencia

Las normas que consideré que componían el orden de despacho fueron los artículos que se observan a continuación y que, al mismo tiempo, impactaron en siete aristas que compusieron dicha modificación.

|  |  |
| --- | --- |
| **Modificación** | **Artículos** |
| 1. Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física | Artículo 3°, fracción V  Artículo 3, fracción XII  Artículo 3, fracción XII bis  Artículo 4°, fracción VI  Artículo 53  Artículo 101  Artículo 108, fracción VI |
| 2. Costos unitarios | Artículo 4, fracción VI |
| 3. Acceso abierto a la RNT y RGD | Artículo 4°, fracción I |
| 4. Contratos legados para el suministro básico | Artículo 3, fracción XIV  Artículo 26 |
| 5. Agrupación de los solicitantes de interconexión | Artículo 35 |
| 6. Criterios del Sistema Eléctrico Nacional | Artículo 108, fracción V |
| 7. Central Eléctrica Legada | Artículo 3°, fracción V |

De los artículos referidos, la mayoría consideró inconstitucionales los artículos 3, fracción V, inciso b), 4, fracción VI, 26, 53, 101 y 108, fracción VI, toda vez que los mismos vulneraban el principio a la libre competencia y concurrencia reconocido en el artículo 28 constitucional.

Al respecto, no comparto dicho criterio, pues en mi opinión las modificaciones que se hicieron a dichas normas no otorgan ninguna ventaja indebida a la Comisión Federal de Electricidad. Además, de las discusiones del Pleno en las sesiones referidas, se puede observar que la mayoría de las y los Ministros utilizaron como parámetro para analizar la reforma impugnada, la propia Ley de la Industria Eléctrica de 2014, y no la Constitución Federal.

Antes de analizar las aristas de cada uno de los elementos que conforman el orden de despacho, es pertinente destacar que uno de los motivos principales de dicha reforma, fue el de garantizar la continuidad y seguridad de despacho de la energía eléctrica.

La eficiencia, calidad, confiabilidad, continuidad, seguridad y sustentabilidad son los principios que rigen el Sistema Eléctrico Nacional. La continuidad, se refiere a la satisfacción de la demanda eléctrica de los Usuarios Finales con una frecuencia y duración de interrupciones menor a lo establecido en los criterios respectivos que emita la CRE.[[10]](#footnote-10) Por su parte, la seguridad de despacho hace alusión a la condición operativa en la cual se pueden mantener la calidad y continuidad de la operación del Sistema Eléctrico Nacional, en el corto plazo, frente a la falla de un elemento o múltiples elementos del mismo, conforme a los criterios respectivos que emita la Comisión Reguladora de Energía.[[11]](#footnote-11)

Al respecto, si bien, la Ley de la Industria Eléctrica no prioriza dichos principios, considero que, dado el carácter de la energía eléctrica como derecho humano, e incluso como bien constitucionalmente protegido de primer nivel, la Constitución Federal sí establece una obligación reforzada para garantizar el acceso a la energía eléctrica, la cual se deriva de los artículos 1°, 25, 27 y 28 constitucionales, así del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

**Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

**Artículo 1o.** En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas **gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales** de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

[…]

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de **promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos** de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

**Artículo 25.** Corresponde al **Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable**, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

[…]

El **Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional**, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

[…]

Bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e **impulsará a las empresas de los sectores social** y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

**Artículo 27.** […]

**La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación**, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.

**Artículo 28.** […]

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el **eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.**

**Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

**Artículo 2.**

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a **adoptar medidas**, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, **hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos**.

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a **garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna** por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[…] **(énfasis añadido)**

Con base en todo lo anterior, contrario a lo que argumentaron algunos de los integrantes del Tribunal Pleno, el hecho de garantizar el acceso a la energía eléctrica no puede entenderse como una priorización del principio de continuidad del servicio y de la seguridad de despacho, por encima de los demás principios, reconocidos en la Ley de la Industria Eléctrica.

Con independencia de que el resto de las y los integrantes del Pleno, no estén de acuerdo con el reconocimiento del acceso a la energía eléctrica como un derecho humano, es innegable que su falta de garantía conlleva a una o diversas violaciones a derechos humanos.[[12]](#footnote-12) En ese sentido, la seguridad de despacho y la continuidad del servicio, deben ser entendidas como la garantía del acceso a la energía eléctrica, obligación imperativa derivada del mandato constitucional y convencional en la materia.

En ese sentido, el objeto de garantizar la seguridad de que todas y todos tengan acceso a la energía eléctrica trasciende más allá de los principios contemplados en la Ley de la Industria Eléctrica y se consagra como una obligación constitucional y convencional en materia de derechos humanos.

1. **Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física**

Entre otras cuestiones, la mayoría de las y los integrantes de este Tribunal Pleno consideraron que, a través de la figura de Contrato de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física y su regulación, se modificó el orden y prelación en el despacho de energía en beneficio de las empresas productivas subsidiarias de Comisión Federal de Electricidad- Generación.

La mayoría estimó que la generación y comercialización de la energía eléctrica constituyen servicios que deben prestarse en libertad de competencia, y que, contrario a ello, la reforma otorga preferencia al despacho de energía derivada de los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromisos de Entrega Física. Esto se traduce en beneficiar a las derivadas de las centrales eléctricas pertenecientes a la Comisión.

En ese sentido, concluyeron que esta arista de la reforma impugnada es contraria a la finalidad de la reforma constitucional de 2013, cuyo objeto era que primara el principio de libre competencia y concurrencia entre los diversos participantes del mercado.

Al respecto, no puedo compartir dicha conclusión. En mi opinión la inclusión de estos contratos y su priorización en el orden de despacho no vulneran el principio de libre competencia y concurrencia reconocido en el artículo 28 de la Constitución Federal.

Para explicar el por qué difiero de la conclusión mayoritaria, en primer lugar, considero pertinente retomar el contenido de aquellos artículos sobre los cuales se desestimó la acción de inconstitucionalidad:

**Artículo 3**.- […]

V. Central Eléctrica Legada: Central Eléctrica que no se incluye en un permiso para generar energía eléctrica bajo la modalidad de autoabastecimiento, cogeneración, pequeña producción, producción independiente o usos propios continuos, y:

**Artículo 4**.- […]

VI. Ofrecer energía eléctrica, potencia y Servicios Conexos al Mercado Eléctrico Mayorista basado en los costos de producción unitarios conforme a las Reglas del Mercado, garantizando, en primera instancia, los **Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física** y, en segundo término, el suministro de energías limpias, entregando dichos productos al Sistema Eléctrico Nacional cuando sea técnicamente factible, sujeto a las instrucciones del CENACE. […]

**Artículo 53**.- Los Suministradores de Servicios Básicos **podrán celebrar** Contratos de Cobertura Eléctrica a través de subastas que llevará a cabo el CENACE. Los términos para llevar a cabo dichas subastas y asignar los Contratos de Cobertura Eléctrica respectivos se dispondrán en las Reglas del Mercado.

**Artículo 101**.- Con base en criterios de Seguridad de Despacho y eficiencia económica, el CENACE determinará la asignación y despacho de las Centrales Eléctricas, de la Demanda Controlable y de los programas de importación y exportación. Dicha asignación y despacho se ejecutará independientemente de la propiedad o representación de las Centrales Eléctricas, la Demanda Controlable u ofertas de importación y exportación. Lo anterior, considerando los **Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física**.

**Artículo 108**.- ... […]

VI. Recibir las ofertas y calcular los precios de energía eléctrica y Productos Asociados que derivan del Mercado Eléctrico Mayorista, **y recibir los programas de generación y consumo asociados a los Contratos de Cobertura con compromisos de entrega física, de conformidad con las Reglas del Mercado;** […] **(énfasis añadido)**

La reforma impugnada reconoció en la ley a los Contratos de Cobertura con Compromisos de Entrega Física, así como a los participantes del mercado con las facultades para celebrarlo, que serán todos los Suministradores de Servicios Básicos, entendiendo por ellos a cualquier permisionario que ofrece el Suministro Básico a los usuarios y representa en el Mercado Eléctrico Mayorista a los Generadores Exentos que lo soliciten.

Este tipo de contratos no es otra cosa si no el compromiso de un generador de inyectar la energía generada a la Red Nacional de Transmisión, en las fechas y horas que se hubiesen pactado. En ese sentido, la entrega se debe hacer de conformidad con un programa acordado entre las partes, a partir de una hora especifica, para que se garantice el despacho de energía en determinados momentos.

La priorización de dichos contratos en el orden de despacho, obedeció a la necesidad de garantizar el derecho de acceso a la energía eléctrica, así como cumplir con el elemento de **continuidad del servicio como parte de la seguridad de despacho**, lo cual implica satisfacer la demanda eléctrica de los usuarios finales con una frecuencia y duración de interrupciones baja.

Con base en los criterios analizados por este Alto Tribunal, se observa que hay dos dimensiones que se deben tomar en cuenta, cuando se analiza si una práctica constituye o no una barrera a la libre competencia y concurrencia. Esto es, que no exista una ventaja exclusiva de derecho -*de iure*-, ni de hecho -*de facto*-.[[13]](#footnote-13)

En ese sentido, como se puede observar la modificación a la Ley de la Industria Eléctrica, no menciona en ningún momento que se dará un trato diferenciado ni preferencial a la Comisión Federal de Electricidad. En ese sentido, no considero que se esté dando un trato *de iure*, diferenciado a la Empresa Productiva del Estado.

En segundo lugar, si bien la reforma a la Ley de la Industria Eléctrica impuso la obligación de que este tipo de contratos fueran llevados a cabo exclusivamente por un Suministrador de Servicios Básicos. Este tipo de suministrador se refiere a **cualquier permisionario que ofrezca el servicio**, el cual puede ser tanto un ente privado como uno público, que cumpla con los requisitos para poder ser suministrador.

Contrario a lo alegado, en el sentido de que la única empresa que actualmente funge como Suministrador de Servicios Básicos, es la Subsidiaria de Servicios Básicos de la Comisión Federal de Electricidad, existen empresas que han adquirido permisos de la Comisión Reguladora de Energía para realizar las actividades de Suministrador de Servicios Básicos, como se acredita a través de los permisos número E/2068/SB/2018, E/2069/SB/2018, y E/2070/SB/2018 emitidos por la Comisión Reguladora de Energía, lo cual es indicativo de que no se trata de un mercado al cual únicamente la Comisión Federal de Electricidad puede acceder.[[14]](#footnote-14)

En este sentido, no comparto que la inclusión de los citados contratos en la ley implique que única y exclusivamente pueda celebrarlos la Comisión Federal de Electricidad, a través de su subsidiaria respectiva y con ello se les dé una ventaja indebida que vulnere el principio a la libre competencia y concurrencia, reconocido en el artículo 28 constitucional.

Finalmente, en lo que respecta al artículo 53 de la Ley de la Industria Eléctrica, el cual elimina la posibilidad de que los Suministradores de Servicios Básicos celebren Contratos de Cobertura Eléctrica exclusivamente a través de subastas llevadas a cabo por el Centro Nacional de Control de Energía, permite ampliar la cobertura de participación en el suministro de energía, con lo que se garantiza la seguridad de despacho, confiabilidad, calidad y continuidad del Sistema Eléctrico Nacional, para beneficio del interés general, a través del control del Sistema Eléctrico Nacional, como lo señala el artículo 25 constitucional, en su párrafo quinto.

De igual manera, no dejo de señalar que la posibilidad de celebrar contratos fuera de subastas no es algo novedoso en la reforma impugnada. La Ley de la Industria Eléctrica en sus términos aprobados en 2014, ya preveía en sus transitorios, la posibilidad de firmar contratos fuera del mecanismo de subastas:

**Décimo Noveno.** Los Suministradores de Servicios Básicos **tendrán la opción de celebrar Contratos Legados para el Suministro Básico bajo la figura de Contratos de Cobertura Eléctrica, con precios basados en los costos y contratos respectivos**, que abarcan a energía eléctrica y Productos Asociados de cada Central Eléctrica Legada y cada Central Externa Legada.

Con el fin de minimizar los costos del Suministro Básico, la Secretaría de Energía, con opinión de la Comisión Reguladora de Energía, establecerá los términos, plazos, criterios, bases y metodologías de los Contratos Legados para el Suministro Básico y determinará los mecanismos de evaluación de los Contratos Legados para el Suministro Básico**. Estos mecanismos podrán ejecutarse de manera coordinada o independiente de las subastas señaladas en el artículo 53 de la Ley de la Industria Eléctrica.** Los Suministradores de Servicios Básicos celebrarán los Contratos Legados para el Suministro Básico que resulten de dichos mecanismos. […]” **(énfasis añadido)**

De lo anterior, se puede observar que la modificación al artículo 53, simplemente buscó dar coherencia en su texto sustantivo, a una posibilidad que, por sí misma, ya estaba reconocida en el régimen transitorio de la Ley de la Industria Eléctrica de 2014. Además, no dejo de observar que, si bien, las subastas son uno de los métodos o procesos de contratación que se usan para garantizar la libre competencia y concurrencia, lo cierto es que éstos no son el único mecanismo existente para hacerlo.

Bajo esa premisa, y tomando en cuenta que la Constitución Federal no prevé el mecanismo adecuado para garantizar este principio constitucional, considero que dicha tarea se encuentra reservada a la libertad configurativa con la que cuenta el Legislador Federal. Con ello, la labor de este Alto Tribunal al respecto, consiste en determinar si las subastas son el único método capaz de garantizar la libre competencia y concurrencia; con lo cual no coincido, así como tampoco lo hicieron diversos Ministros y Ministras en la discusión de la presente acción.[[15]](#footnote-15)

Es por ello, que tampoco comparto las afirmaciones que se hicieron, en las que se determinó que la eliminación de las subastas como método exclusivo para la celebración de contratos, sean contrarias al texto constitucional, particularmente en lo que concierne al principio de libre competencia y concurrencia, reconocido en el artículo 28.

1. **Costos unitarios**

Con relación a los costos unitarios, observo que la mayoría de las y los integrantes de este Tribunal Pleno, consideraron que el establecimiento de dichos costos vulnera la libre competencia y concurrencia reconocida en el artículo 28 constitucional, ya que el hecho de modificar los costos variables por los unitarios equivaldría a incentivar a aquellos productores que tienen mayor capacidad por sobre aquellos que tengan mejores precios o eficiencia.

No coincido con dicha conclusión. Para explicar el por qué difiero de ésta, a continuación señalo el artículo sobre el cual se desestimó la acción de inconstitucionalidad:

**Artículo 4.-** […]

VI. Ofrecer energía eléctrica, potencia y Servicios Conexos al Mercado Eléctrico Mayorista basado en los costos de producción **unitarios** conforme a las Reglas del Mercado, garantizando, en primera instancia, los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física y, en segundo término, el suministro de energías limpias, entregando dichos productos al Sistema Eléctrico Nacional cuando sea técnicamente factible, sujeto a las instrucciones del CENACE.

Como mencioné anteriormente, la mayoría de las y los Ministros utilizaron como parámetro para analizar la reforma ignorada, la propia Ley de la Industria Eléctrica de 2014, y no la Constitución Federal. Un claro ejemplo de ello sucedió en el análisis de este apartado.

Antes de la reforma impugnada únicamente se establecía que los costos de producción se basarían en las Reglas del Mercado, emitidas por el Centro Nacional de Control de Energía, las cuales establecen que los costos de producción se basan en los costos marginales.[[16]](#footnote-16) Como se puede observar, la Ley de la Industria Eléctrica no establecía una definición sobre qué costos de producción debían prevalecer, delegando lo anterior a las normas administrativas secundarias. Mucho menos aún, la Constitución Federal establece el tipo de costos en que se debe basar el Mercado Eléctrico Mayorista.

En mi opinión, este aspecto evidencia que la reforma a la fracción VI del artículo 4° de la Ley de la Industria Eléctrica logra clarificar esta situación al considerar como costos de producción a los unitarios, con base en la amplia libertad configurativa que tiene el Legislador Federal para implementar el mandato constitucional que le otorga el marco constitucional aplicable.

En atención a ello, en el proyecto original sostuve que el establecimiento de los costos de producción, tomando en cuenta el valor unitario de la producción, no son una barrera a la libre competencia y concurrencia. Como mencioné, antes de la reforma impugnada, la Ley de la Industria Eléctrica no establecía una definición sobre qué costos de producción debían prevalecer, delegando lo anterior a las normas administrativas secundarias. Este aspecto evidencia que la reforma a la fracción VI del artículo 4° de la Ley de la Industria Eléctrica logra clarificar esta situación al considerar como costos de producción a los unitarios.

Por otro lado, contrario a lo sostenido por la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno, los costos marginales, costos en los que se basaba el Mercado Eléctrico Mayorista con base en las Reglas que emite el Centro Nacional, no son indispensables para garantizar la libre competencia y concurrencia, y por tanto el mandato constitucional.

Además, de acuerdo con la evidencia científica que se analizó en el proyecto original, el establecimiento de dichos costos han sido objeto de críticas, cuando se implementan en mercados que no son perfectamente competitivos, como lo es el de la industria eléctrica.[[17]](#footnote-17)

Contrario a lo expresado por el Pleno, no considero que el establecimiento de **costos unitarios** favorezca exclusivamente a la Comisión Federal de Electricidad. En primer lugar, tanto el modelo de costos unitarios, como el de costos marginales resulta igualmente aplicable a cualquier tipo de empresa, sin importar su nacionalidad, naturaleza o propiedad.

Por otro lado, contrario a lo que se ha establecido, a pesar de que los costos marginales de energías como la solar o la eólica son muy cercanos a $0, el modelo está planteado para que el Centro Nacional de Control de Energía acomode a las plantas a despachar de acuerdo con el costo marginal más bajo, y así hasta tener toda la demanda que tiene pronosticada.

El precio que se paga por la electricidad es igual al costo marginal de la última planta del orden de despacho necesaria para cubrir la demanda esperada. Por lo que, aquellas plantas con costos marginales cercanos a $0, esperan que el costo marginal de la última planta sea lo suficientemente alto como para cubrir sus costos totales, y generarles una utilidad. La última planta, al recibir únicamente sus costos marginales, no podrá cubrir sus costos totales, lo que la lleva a tener, inevitablemente, pérdidas.

Además, tal como se puede observar, la Constitución Federal no establece en ninguna de sus disposiciones, el tipo de costos en los que deben basarse el Mercado Eléctrico Mayorista. En ese sentido, queda claro que el Congreso de la Unión, en uso de su libertad configurativa que le otorgó la Constitución Federal, dio una mayor certeza y seguridad jurídicas a los participantes del mercado del sector eléctrico al establecer en una ley reglamentaria de los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Federal que, la forma de adquirir energía eléctrica será con base en costos unitarios de la energía que se oferte y no así, en una norma administrativa del Centro Nacional de Control de Energía.

En ese sentido, considero que el establecimiento de los costos de producción tomando en cuenta el valor unitario, no vulnera el artículo 28 constitucional.

1. **Contratos legados para el suministro básico**

Con relación a los contratos legados para el suministro básico, observo que la mayoría de las y los integrantes de este Tribunal Pleno, consideraron que la modificación legislativa relacionada con éstos privilegia a aquellas centrales propiedad del Estado.

Al respecto, no coincido con dicha conclusión toda vez que las centrales legadas no son otra cosa sino centrales eléctricas que ya se habían constituido como tal, antes de la entrada en vigor de la Ley de la Industria Eléctrica en 2014. Así, las Centrales Legadas, se pueden catalogar en dos tipos, las que eran propiedad del Estado y las que no, con lo cual se puede observar que no se favorece a la Empresa Productiva del Estado. El artículo sobre el cual se desestimó la acción de inconstitucionalidad establece:

**Artículo 26.-** Los Transportistas y los Distribuidores son responsables de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución y operarán sus redes conforme a las instrucciones del CENACE, **quien considerará la prioridad en el uso de estas redes para el despacho de las Centrales Eléctricas Legadas y las Centrales Externas Legadas con compromiso de entrega física**. Para el mantenimiento de la Red Nacional de Transmisión y de los elementos de las Redes Generales de Distribución que correspondan al Mercado Eléctrico Mayorista, los Transportistas y los Distribuidores se sujetarán a la coordinación y a las instrucciones del CENACE.

Contrario a la opinión mayoritaria, la porción normativa no privilegia a aquellas centrales propiedad del Estado, sino impone la obligación en cuestión, con relación ambos tipos de Centrales Legadas. Considero importante señalar tres cuestiones para señalar la naturaleza del contrato que considera a las Centrales Legadas en cuestión.

Éste se trata de un Contrato de Cobertura Eléctrica, en el que las partes son un Suministrador de Servicios Básicos, por un lado, y por otro una Central Eléctrica Legada o una Central Externa Legada; a lo cual se le suma el compromiso de entrega física.

Los Contratos Legados para el Suministro Básico esencialmente son Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física, con la particularidad de que se celebran con Centrales Legadas, recordando que estos contratos exclusivamente pueden ser celebrados por Suministradores de Servicios Básicos.

A mi juicio, lo anterior no constituye una práctica que vulnere la libre concurrencia y competencia. Ello, pues la figura de Suministrador de Servicios Básicos está abierta a cualquier participante que busque adquirir el permiso.

En ese sentido, no se puede concluir que lo referente a las Centrales Eléctricas Legadas o Centrales Externas Legadas implique un beneficio indebido a un sector del mercado que desplace a los demás competidores. Esto, pues el artículo incluye tanto a las Centrales Eléctricas Legadas, las cuales son propiedad de los organismos, entidades o empresas del Estado y, las Centrales Externas Legadas, las cuales se refieren a aquellas en que participan los productores independientes.

Adicionalmente, la cuestión de priorizar la entrega física persigue el fin jurídicamente válido de vigilar la seguridad de despacho de energía eléctrica, como ya se había señalado. Además, priorizar este tipo de contratos funciona como incentivo para la participación de más agentes del mercado bajo la figura de Suministradores de Servicio Básico, nicho que anteriormente había sido relegado por los participantes.

Por todo lo anterior, considero que el artículo 26 impugnado no vulnera el principio de libre competencia y concurrencia, reconocido en el artículo 28 constitucional.

1. La reforma impugnada a la luz del derecho a un medio ambiente sano

A partir de los conceptos de invalidez de la parte accionante se puede observar que considera que las violaciones al derecho a un medio ambiente sano y al derecho de la protección a la salud contenidos en los párrafos cuarto y quinto del artículo 4° de la Constitución Política y en el Acuerdo de París, se dan a partir de dos grandes modificaciones, que tomé como referencia para el estudio metódico de la sentencia: (i) la modificación del orden de despacho de la energía eléctrica; y (ii) la modificación del régimen de los Certificados de Energías Limpias.

|  |  |
| --- | --- |
| **Modificación** | **Artículos impugnados en donde se ve impactada** |
| 1. Orden de despacho de la energía eléctrica | Artículo 3°, fracción V  Artículo 3°, fracción XII  Artículo 3°, fracción XII bis  Artículo 3°, fracción XIV  Artículo 4°, fracción I  Artículo 4°, fracción VI  Artículo 26  Artículo 53  Artículo 101  Artículo 108, fracción V  Artículo 108, fracción VI |
| 2. Régimen de certificados de energías limpias | Artículo 126, fracción II |

De lo anterior podemos observar los artículos que la mayoría consideró inconstitucionales fueron los artículos 4, fracción VI, 26, 101, 108, fracción VI y 126 fracción II. De manera genérica, las y los integrantes del Tribunal Pleno consideraron que los mismos vulneran el derecho a un medio ambiente sano reconocido en el artículo 4° constitucional y en diversos tratados en materia de medio ambiente.

Al respecto, no comparto dicho criterio, pues en mi opinión las modificaciones que se hicieron a dichos artículos no vulneran el derecho a un medio ambiente sano, a partir de una interpretación conforme de los mismos.

1. **Orden de despacho de la energía eléctrica**

La mayoría de las y los integrantes del Pleno, consideraron que diversas disposiciones impugnadas relacionadas con el orden de despacho de la energía eléctrica atentaban contra el régimen constitucional de protección al medio ambiente sano, a partir de la transición energética a energías limpias.

Al respecto, no comparto dicha consideración, por diversos motivos que expresaré a continuación, no sin antes transcribir los artículos que se consideraron vulnerados y sobre los cuales se desestimó la presente acción, a partir de la reforma impugnada, en lo que concierne al orden de despacho.

**Artículo 4.-** […]

VI. Ofrecer energía eléctrica, potencia y Servicios Conexos al Mercado Eléctrico Mayorista basado en los costos de producción **unitarios** conforme a las Reglas del Mercado, **garantizando, en primera instancia, los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física y, en segundo término, el suministro de energías limpias, entregando** dichos productos al Sistema Eléctrico Nacional cuando sea técnicamente factible, sujeto a las instrucciones del CENACE.

**Artículo 26.-** Los Transportistas y los Distribuidores son responsables de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución y operarán sus redes conforme a las instrucciones del CENACE, **quien considerará la prioridad en el uso de estas redes para el despacho de las Centrales Eléctricas Legadas y las Centrales Externas Legadas con compromiso de entrega física**. Para el mantenimiento de la Red Nacional de Transmisión y de los elementos de las Redes Generales de Distribución que correspondan al Mercado Eléctrico Mayorista, los Transportistas y los Distribuidores se sujetarán a la coordinación y a las instrucciones del CENACE.

**Artículo 101.-** Con base en criterios de Seguridad de Despacho y eficiencia económica, el CENACE determinará la asignación y despacho de las Centrales Eléctricas, de la Demanda Controlable y de los programas de importación y exportación. Dicha asignación y despacho se ejecutará independientemente de la propiedad o representación de las Centrales Eléctricas, la Demanda Controlable u ofertas de importación y exportación. **Lo anterior, considerando los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física.**

**Artículo 108.-** […]

VI. Recibir las ofertas y calcular los precios de energía eléctrica y Productos Asociados que derivan del Mercado Eléctrico Mayorista, **y recibir los programas de generación y consumo asociados a los Contratos de Cobertura con compromisos de entrega física,** de conformidad con las Reglas del Mercado;

Al respecto, tal como lo adelanté, en mi opinión la constitucionalidad de los artículos transcritos se puede desprender a partir de una interpretación conforme. Para tal efecto, considero aplicable la tesis de rubro “**INTERPRETACIÓN CONFORME EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, CUANDO UNA NORMA ADMITA VARIAS INTERPRETACIONES DEBE PREFERIRSE LA COMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN**”.[[18]](#footnote-18)

Del dicho criterio, se desprende que, al interpretar una disposición normativa, ello debe hacerse en un inicio bajo la premisa de que debe presumirse es acorde con la Constitución.

Además, se desprende de dicho criterio que, en ciertos casos, una disposición normativa puede ser interpretada en más de un sentido y que cuando ocurra ello, debe preferirse el sentido que armonice con la Constitución.

Por último, menciona que este Alto Tribunal debe adoptar el método de la interpretación conforme, el cual conduce a la declaración de validez de la disposición normativa impugnada, pues en esos casos se debe preferir el sentido de la norma que sea acorde con el marco constitucional.

Ahora bien, los artículos sobre los cuales se desestimó la presente acción de inconstitucionalidad, si bien de forma aislada podría señalarse que privilegian las energías sucias sobre las limpias, pues la reforma da prioridad a la entrega física de energía, bajo una interpretación conforme y en atención a una interpretación sistemática de la Ley de la Industria Eléctrica son acordes al derecho a un medio ambiente sano, reconocido en la Constitución y en los tratados internacionales en la materia.

El derecho a un medio ambiente sano supone la adopción de medidas de mitigación en materia climática, y si bien es imposible aspirar a evitar los efectos del cambio climático simplemente reduciendo emisiones, sí existe un deber de realizarlo de forma que se refleje la mayor ambición posible.[[19]](#footnote-19)

Ahora bien, por lo que hace a la modificación de orden de despacho, una interpretación sistemática de la Ley de Industria Eléctrica permite vislumbrar que ello no acarrea el desplazamiento de las energías renovables, y por tanto el aumento de gases de efecto invernadero en el Sistema Eléctrico.

En primer lugar, es necesario señalar que la Ley de la Industria Eléctrica, prevé que las actividades de generación, transmisión, distribución, comercialización y el Control Operativo del Sistema Eléctrico Nacional deben cumplir con las obligaciones de energías limpias y reducción de gases de efecto invernadero.[[20]](#footnote-20)

Aunado a lo anterior, es preciso destacar que los contratos de eléctrica con compromiso de entrega física también pueden ser suscritos por generadores que produzcan energía eléctrica a partir de energías limpias.

De esta forma, debe entenderse que los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física deben realizarse bajo el entendido del fomento y preferencia del uso de energía renovables, con miras a cumplir las metas en materia climática.

Lo anterior hace notar que la garantía, bajo esta interpretación conforme, no desplaza de forma directa o indirecta a los generadores de energías limpias. Por ello, una interpretación conforme de las disposiciones impugnadas debe ir en el sentido de no perjudicar la transición gradual y justa en materia energética.

Resulta necesario destacar que las obligaciones internacionales de mitigación contraídas por el Estado tampoco se ven, bajo esta interpretación conforme, incumplidas.

De acuerdo con diversos tratados en materia climática, y específicamente con el acuerdo de Contribución Determinada a Nivel Nacional de 2020, el Estado mexicano se comprometió, de manera no condicionada, a reducir sus emisiones en un 22% de gases de efecto invernadero y un 51% las de carbono negro para el 2030, respecto a la línea base construida en un escenario tendencial estimado para el 2013.

La modificación del orden de despacho, en el sentido explicado, no generaría, en sí misma, una modificación de estas obligaciones o algunas otras en materia de mitigación, la cuales deben adoptarse con la mayor ambición posible y garantizar que las inversiones públicas y privadas sean coherentes con un desarrollo con bajas emisiones de carbono y resistentes al cambio climático. Especialmente, en atención a que de tales instrumentos internacionales no se desprende una forma o tipos determinados y específicos de cumplimiento con las obligaciones generales relacionadas con la generación de energías limpias.

En ese sentido, como se puede observar, existe más de una interpretación que se puede dar a la reforma impugnada, una que me llevaría a concluir que la reforma es inconstitucional, y otra que solamente si es analizada a la luz del parámetro de control de regularidad en la materia, puede ser considerada constitucional.

En mi opinión, las normas antes transcritas son constitucionales si son interpretadas a la luz de las obligaciones nacionales e internacionales en la materia, a partir de la interpretación conforme realizada.

1. **Certificados de Energías Limpias**

La mayoría de las y los integrantes del Pleno, consideraron que la modificación al artículo 126 que reconoce el régimen de Certificados de Energías Limpias, atentaba contra el régimen constitucional de protección al medio ambiente sano, a partir de la transición energética a energías limpias.

Al respecto, no comparto dicha conclusión. El artículo 126, analizado en este apartado establece:

**Artículo 126.-** [...]

II. La Secretaría establecerá los criterios para su otorgamiento en favor de los Generadores y Generadores Exentos que produzcan energía eléctrica a partir de Energías Limpias. **El otorgamiento de los Certificados de Energías Limpias a Centrales Eléctricas, no dependerá ni de la propiedad, ni de la fecha de inicio de operación comercial de las mismas;** […] **(énfasis añadido)**

Toda vez que las consideraciones relacionadas con el régimen de estos certificados fueron eliminadas totalmente del proyecto, considero pertinente destacar algunas cuestiones básicas para el entendimiento de cómo funcionan los certificados en cuestión.

Los Certificados de Energías Limpias son títulos expedidos por la Comisión Reguladora de Energía, los cuales acreditan la generación de un monto determinado de energía eléctrica a partir de energías limpias dentro del Sistema de Gestión de Certificados y Cumplimiento de Energías Limpias.

Los generadores de energía eléctrica obtienen estos instrumentos cuando se acredita ante la Comisión Reguladora de Energía haber producido cierta cantidad de energía a partir de fuentes de energías limpias; actualmente, se otorga un Certificados de Energías Limpias por cada Megawatt-hora generado.[[21]](#footnote-21)

Con relación a su obtención, la Secretaría de Energía determina anualmente el porcentaje de energía limpia que los sujetos obligados deben generar. Al respecto, las empresas participantes en la industria eléctrica están obligadas a generar un monto mínimo de energía limpia, por lo que adquirir Certificados de Energías Limpias en el mercado les permite evitar multas en caso de no poder satisfacer ese mínimo.

De conformidad con la Ley de la Industria Eléctrica, la adquisición de los Certificados de Energías Limpias, junto con la acreditación de los generadores de energías limpias constituyen el mercado de Certificados de Energías Limpias.[[22]](#footnote-22) El objetivo principal de los Certificados de Energías Limpias es fomentar el desarrollo de nuevos proyectos de energías limpias, incrementar la capacidad de generación y, por ende, lograr una mayor participación en la generación nacional de energías.

En dos mil catorce se dieron a conocer los lineamientos que establecen los criterios para el otorgamiento de los Certificados de Energías Limpias y los requisitos para su adquisición, emitidos por la Secretaría de Energía, los cuales establecían que tienen derecho a obtener dichos certificados: (a) las Centrales Eléctricas Limpias que entren en operación con posterioridad al once de agosto de dos mil catorce y (b) las Centrales Eléctricas Legadas que generen energía eléctrica a partir de Energías Limpias que hayan entrado en operación antes del once de agosto de dos mil catorce, siempre y cuando hayan realizado un proyecto para aumentar su producción de energías limpias.

En atención a lo anterior, las centrales eléctricas de fuentes limpias que iniciaron operaciones previo al inicio de la vigencia de la Ley de la Industria Eléctrica, el once de agosto de dos mil catorce, no pueden obtener este tipo de certificados, pues ya se contabilizaban en la generación de energías limpias del país y, además, ya habían amortizado sus costos de instalación.

En otras palabras, antes de la modificación al artículo 126 de la Ley de la Industria Eléctrica mediante la reforma impugnada, únicamente se contabilizaban los Certificados de Energías Limpias que hubieran sido adquiridos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de la Industria Eléctrica en dos mil catorce. Con la reforma impugnada se modifica lo anterior, al establecer que el otorgamiento de dichos certificados no dependerá ni de la propiedad, ni de la fecha de inicio de operación comercial de las mismas.

Con relación a lo anterior, se considera pertinente destacar que la regulación de los Certificados de Energías Limpias prevé su compraventa en: (i) los mercados de corto plazo, (ii) en contratos mediante subastas de largo plazo, y (iii) mediante contratos bilaterales entre particulares. Para su adquisición, pueden presentarse ofertas de compraventa de certificados a cualquier precio, es decir, su precio no es fijo, sino que depende de la demanda y oferta, en conjunto con los mecanismos de comercialización disponibles.[[23]](#footnote-23)

Derivado del texto reformado se modificaron las condiciones para el otorgamiento de los Certificados de Energías Limpias de modo que su otorgamiento no dependa de la propiedad, ni de la fecha de inicio de operación comercial de las centrales eléctricas.

Esta disposición controvertida, que reconoce el régimen de los Certificados de Energías Limpias admite una interpretación conforme al derecho a un ambiente sano, bajo la cual no se desincentive y se facilite la participación de la producción de energía renovable.

En principio, la norma señala que el otorgamiento de los Certificados de Energías Limpias no depende de la propiedad o la fecha de inicio de las operaciones comerciales de las centrales eléctricas.

Sin embargo, es posible advertir que una interpretación conforme debería suponer: (i) que dentro de una interpretación sistemática de la Ley existe una obligación de estabilizar los precios a través de distintos mecanismos, y (ii) la apertura del mercado, en atención a estos criterios, no supone, en sí misma, una regresión en materia ambiental.

Tal y como lo señala la Ley de la Industria Eléctrica, la Secretaría de Energía se encuentra facultada, en su artículo 11, a establecer los requisitos para la adquisición y criterios para el otorgamiento de Certificados de Energías Limpias.

Así, es posible señalar que, si bien existe una apertura de mercado, la propia ley señala que la Secretaría, a fin de promover la estabilidad de precios, puede implementar mecanismos que permitan cumplir la política de diversificación de fuentes de energía y promoción de fuentes de Energías Limpias.

Entre estas se encuentran, por ejemplo, la facultad de establecer obligaciones para adquirir los Certificados de Energía, instrumentar los mecanismos que se requieran para dar cumplimiento a la política en la materia, celebrar convenios que permitan su homologación con los instrumentos correspondientes de otras jurisdicciones, entre otros.[[24]](#footnote-24)

Así, una lectura integral de la Ley de la Industria Eléctrica e interpretada acorde a las normas constitucionales permite vislumbrar que es posible adoptar una interpretación que entienda que la apertura prevista en la fracción II del artículo 126 no implica una afectación al derecho a un medio ambiente sano, en tanto la propia ley prevé distintos mecanismos para el cumplimiento de las metas y obligaciones en esta materia.

En el mismo sentido debe entenderse la progresividad de este derecho, en tanto la norma no implicó en sí misma la regresión de la protección del medio ambiente.

De esta forma, bajo una interpretación holística a partir de un análisis abstracto de constitucional, la apertura del mercado, prevista en la fracción II del artículo 126, no acarrea en sí mismo una contravención al derecho a un medio ambiente sano, en tanto las autoridades poseen, en el marco de la Ley de la Industria Eléctrica, una serie de mecanismos que permiten no desincentivar la producción de energías renovables y cumplir las metas nacionales de generación a partir de Energías Limpias y las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado.

En ese sentido, como se puede observar, existe más de una interpretación que se puede dar al artículo 126 impugnado. Una que podría acarrear la inconstitucionalidad de la norma y otra que si es analizada a la luz del parámetro de control de regularidad en la materia, puede ser considerada constitucional.

En mi opinión, dicho artículo es válido a la luz de la interpretación que realizo en el presente apartado, que además es congruente con las obligaciones nacionales e internacionales en la materia.

1. **Consideraciones adicionales**

Al respecto, considero pertinente destacar que un ejemplo de medidas efectivas que se han adoptado por los Estados en atención a sus obligaciones en materia ambiental lo podemos ver en el caso del Reino Unido.

Dicho país reconoció que la intermitencia de las energías renovables debe ser considerada a efecto de la continuidad del servicio eléctrico. En ese sentido, este país no descartó que se pudieran usar energías fósiles de manera sustentable en respeto y total protección del medio ambiente, lo que generó que actualmente se convirtiera en uno de los líderes en la reducción de emisiones de carbono.

Al mantener el uso de energías fósiles, de manera conjunta a otras fuentes de energía como la hidráulica, el Reino Unido ha logrado reducir hasta en un 47% sus emisiones de carbono. Lo anterior, ya que estas plantas no deben mantenerse activas de manera continua a la espera de una intermitencia, sino que directamente inyectan el fluido eléctrico que se estima necesario para mantener la continuidad en el servicio.[[25]](#footnote-25)

A partir de la evidencia científica disponible hasta el momento, los países que más energía limpia utilizan son Suiza, Noruega y Dinamarca.[[26]](#footnote-26)

Suiza, por ejemplo, cuenta con 650 plantas de generación de energía hidroeléctrica, las cuales se encargan de producir el 60% de la energía que consume su población, logrando el justo equilibrio entre las intermitencias que provocan otras energías renovables y la obligación de usar fuentes de energías limpias cumpliendo con sus compromisos medioambientales.[[27]](#footnote-27)

Con el fin de comparar el cumplimiento de los objetivos del Estado mexicano en la materia, podemos observar que países como China, Estados Unidos, India, Japón, Alemania, Corea del Sur, Canadá y Brasil, que también han implementado energías renovables en sus territorios, producen miles de toneladas más de CO2, que México.[[28]](#footnote-28)

Por ejemplo, en 2020, China produjo 26 veces más CO2, mientras que Estados Unidos, produjo casi 12 veces más.[[29]](#footnote-29)

Cabe destacar que México continuamente ha demostrado su compromiso con la transición energética para utilizar más energías limpias. Así, en 2015, México ocupo el tercer lugar a nivel mundial en términos de adición de capacidad de energía geotérmica, representando el 17% de toda la capacidad del mundo.[[30]](#footnote-30)

En el mismo año, México fue el segundo país de América Latina que más aumentó su capacidad de generación eléctrica a través de energías eólicas, la cual incrementó de 0.7 Giga Watts (GW) a 3.0 GW, quedando únicamente detrás de Brasil quién alcanzó los 8.7 GW.[[31]](#footnote-31)

Incluso, México es considerado uno de los cuatro países que lideran en materia de energía solar en América Latina, junto con Chile, Brasil y Argentina.[[32]](#footnote-32)

1. **No vulneración del principio de no regresión**

Algunas de las y los integrantes del Tribunal Pleno, consideraron que la reforma impugnada era regresiva, toda vez que, a diferencia de la Ley de la Industria Eléctrica de 2014, las energías limpias quedaban relegadas a un segundo plano, en relación con las energías sucias.

Considero que lo anterior resulta erróneo, ya que parte de diversas premisas falsas.

Si bien, antes de la reforma impugnada, el orden de prelación del despacho de la energía eléctrica estaba basado en la eficiencia económica, esto es, el despacho de energías más baratas antes que el resto, también lo es que se parte de la falacia de que los costos finales de las energías limpias son los menores. **Priorizar los costos más bajos de la energía eléctrica, no es lo mismo que priorizar las energías limpias.**

Como ya lo adelanté en el apartado de “Costos Unitarios”, a pesar de que los costos marginales de energías como la solar o la eólica son muy cercanos a $0, el modelo está planteado para que el Centro Nacional de Control de Energía acomode a las plantas a despachar de acuerdo con el costo marginal más bajo, y así hasta tener toda la demanda que tiene pronosticada.

En otras palabras, el precio que se paga por la electricidad es igual al costo marginal de la última planta del orden de despacho necesaria para cubrir la demanda esperada. Por lo que, aquellas plantas con costos marginales cercanos a $0, esperan que el costo marginal de la última planta sea lo suficientemente alto como para cubrir sus costos totales, y generarles una utilidad. La última planta, al recibir únicamente sus costos marginales, no podrá cubrir sus costos totales, lo que la lleva a tener, inevitablemente, pérdidas.

Con base en lo anterior, podemos observar que la primera premisa falsa de la que partió la mayoría de las y los integrantes del Pleno, fue el hecho de que las energías limpias son las más baratas en el mercado.

Ahora, en segundo lugar, considero que algunos de los argumentos que esgrimió la mayoría de este Pleno, parten de idea errónea de que las empresas privadas son las únicas que producen o han producido energías limpias desde la implementación de la reforma.

Lo anterior se contrasta con los datos oficiales en la materia, los cuales señalan que, en México, del total de las inyecciones a la red de generación privada, en el año 2020, únicamente el **20.3% corresponde a generación limpia**, encontrándose por debajo de la generación de la Comisión Federal de Electricidad cuya proporción es del 37.5%.[[33]](#footnote-33)

En otras palabras, l**a iniciativa privada inyecta más energía derivada de fuentes sucias**, que de fuentes limpias.

Por otro lado, podemos observar cómo, a nivel nacional, la generación limpia aportada por las centrales de la Comisión Federal de Electricidad representa el 55% de la generación limpia total del Sistema Eléctrico Nacional.[[34]](#footnote-34)

Ahora, del total del 37.5% de la energía limpia que produce la Comisión Federal de Electricidad, el 25.4% corresponde a la hidroeléctrica, 8.67% a la generación de otras limpias como la nuclear, 3.39% a la geotermoeléctrica, y el resto a la fotovoltaica y a la eólica.[[35]](#footnote-35)

Además, si bien es cierto el artículo 4°, fracción VI, impugnado de la Ley de la Industria Eléctrica menciona que se garantizará “en primera instancia, los Contratos de Cobertura Eléctrica con Compromiso de Entrega Física y, en segundo término, el suministro de energías limpias”, lo cierto es que, en la versión anterior a la reforma de dicho artículo, ni siquiera se mencionaban a dichas energías.

La conclusión de que antes de la reforma de 2021, la Ley protegía con mayor intensidad el derecho a un medio ambiente, parte de la falacia de que la energía limpia es la más barata, lo cual, como ya expliqué, resulta una conclusión errónea. La Ley de la Industria Eléctrica, antes de la reforma impugnada, ni siquiera mencionaba a las energías limpias.

Ahora, tal como mencioné en el proyecto original, no paso desapercibido que toda vez que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho humano que cuenta con reconocimiento constitucional y convencional, debe ser protegido, también, a partir de políticas públicas. Por ello, al emitir cualquier tipo de ley que tenga un impacto en este derecho, se debe tomar en cuenta una política integral para su protección.

En ese sentido, contrario a la opinión mayoritaria, se observa que la modificación al régimen de Certificados de Energías Limpias no genera un impacto en los requisitos para la obtención de energías limpias. Si bien, los certificados pueden bajar sus costos en algún punto, esto no implica que se modifiquen los requisitos para acreditar cierta cantidad de energías limpias para su obtención cada año.

Por el contrario, el hecho de que el otorgamiento de los Certificados a Centrales Eléctricas no dependa de la propiedad, ni de la fecha de inicio de operación comercial de las mismas, permite que más generadores puedan concursar en condiciones de igualdad, sin que se elimine la obligación de generar cierta cantidad de energía limpia anual.

Además, considero que dicha modificación, podría verse como un incentivo para promover su modernización, con independencia de que sus costos ya estén amortizados.

A partir de la reforma, se eliminó la discriminación para el otorgamiento de los Certificados a las Centrales Eléctricas, reforzando con ello la competitividad a que alude el artículo 4, párrafo primero de la Ley de la Industria Eléctrica. Con ello, se cumple con una de las finalidades de ésta, que es la de promover el desarrollo sustentable de la industria eléctrica y garantizar su operación continua, eficiente y segura en beneficio de los usuarios.

El derecho internacional de los derechos humanos no impone un modelo económico particular, ni el grado de participación del Estado o del sector privado en áreas de la economía nacional. Además, se concede a los Estados la flexibilidad para elegir las medidas medioambientales que consideren pertinentes, teniendo en cuenta los posibles impactos socioeconómicos y de otro tipo que pueda tener en sus respectivas economías y tomando en consideración la situación particular de los países en desarrollo.

A mayor abundamiento, de la reforma impugnada se observa que al modificar el orden de despacho, se tomaron en consideración otras medidas que protegen el medio ambiente, como lo es la prelación de energías limpias generadas a partir de la hidráulica.

Esta energía es considerada como una de las formas de generación más medioambientalmente responsables y económicamente atractivas, pues ayuda a disminuir el uso de gas y petróleo. Además, la implementación de energía hidráulica se ha visto de manera positiva es en países como Albania, Costa Rica, Islandia, Namibia, Noruega, Paraguay, y Uruguay, quienes obtienen entre el 98% y el 100% de su electricidad a través de energías renovables, entre las que se encuentra la hidroeléctrica.[[36]](#footnote-36)

En ese sentido, se reconoce que la energía hidroeléctrica, usada en una gran medida por la Comisión Federal de Electricidad, es la fuente eléctrica renovable más grande con base en la relación entre el costo y beneficio que se obtiene a partir de su uso.

Por ese motivo, darle prelación a la generación eléctrica a través de hidroeléctricas no solo **no es violatorio** al derecho a un medio ambiente sano, sino que, por el contrario, da cumplimiento a las obligaciones internacionales en materia ambiental.

Finalmente, concluyo que una violación al derecho a disfrutar de un medio ambiente sano podría, en determinado caso, conllevar a la violación del derecho a la salud. Con ello, se considera que para estudiar si se vulnera este derecho, primero tendría que determinarse que existe una violación al derecho a un medio ambiente sano. Por ello, toda vez que se estableció que la reforma impugnada no vulnera el derecho a un medio ambiente sano, resultaba inoperante analizar las alegadas violaciones al derecho a la salud.

**ATENTAMENTE**

**MINISTRA LORETTA ORTIZ AHLF**

VMML/lhmz/aem

En términos de lo dispuesto en los artículos 3, fracción XXI, 73, fracción II, 111, 113, 116, Octavo y Duodécimo Transitorios de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como en el segundo párrafo de artículo 9º del Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para la aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en esta versión pública se testa la información considerada legalmente como reservada o confidencial que encuadra en esos supuestos normativos.

1. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Naciones Unidas, A/73/396, p. 16. [↑](#footnote-ref-2)
3. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General número 24*: *sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, 2017, párrs. 21-22. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ley de la Comisión Federal de Electricidad, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014; como se puede observar en el segundo párrafo del artículo 4 de la citada ley, la Comisión Federal de Electricidad debe actuar en beneficio de la población, procurando que se minimicen los costos de la industria eléctrica. [↑](#footnote-ref-4)
5. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General número 15: El derecho al agua*, Naciones Unidas, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, pp. 5-7. [↑](#footnote-ref-5)
6. Tesis, 1a. CDV/2014 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, p. 714, registro digital 2007981, de rubro: DERECHOS HUMANOS. SU CONTENIDO NO SE LIMITA AL TEXTO EXPRESO DE LA NORMA QUE LO PREVÉ, SINO QUE SE EXTIENDE A LA INTERPRETACIÓN QUE LOS ÓRGANOS AUTORIZADOS HAGAN AL RESPECTO; TEDH, *Caso Vo. Vs. Francia*, Sentencia de 8 de julio de 2004, (No. 53924/00), párrs. 75, 82, 84 y 85; Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, para. 237. [↑](#footnote-ref-6)
7. Tal es el caso de Argentina. La Ley 27.351 de la República de Argentina establece la gratuidad del servicio eléctrico para los usuarios electrodependientes. El beneﬁcio aplica a todo ciudadano inscrito en el Registro de Electrodependientes por Cuestiones de Salud (RECS). Además de obtener sin cargo el servicio de energía eléctrica, los usuarios inscriptos en el RECS tienen derecho a reclamar un equipamiento que asegure una provisión de energía continua y estable en el caso de alteración del suministro regular. [↑](#footnote-ref-7)
8. India, Corte Constitucional, *Chaman Lal vs. el Estado de Himachal Pradesh & Ors*, sentencia del 20 de noviembre de 2018, párr. 4. [↑](#footnote-ref-8)
9. India, Corte Constitucional, *T.M.Prakash vs The District Collector*, sentencia del 27 de septiembre de 2013, párrs. 69 y 70. [↑](#footnote-ref-9)
10. Artículo 3, fracción XI de la Ley de la Industria Eléctrica vigente. [↑](#footnote-ref-10)
11. Artículo 3, fracción XLI de la Ley de la Industria Eléctrica vigente. [↑](#footnote-ref-11)
12. Organización de las Naciones Unidas, “Objetivo 7: Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna”, *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Agenda 2030, Asamblea General, 2015; Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 165; Corte IDH. *Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C No. 439, párr. 81; Corte IDH. *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*. Sentencia de 31 de agosto de 2021, Serie C No. 432, párr. 43; Corte IDH. *Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C No. 439, párr. 82; Corte IDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa v Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 125, párr. 162; Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo). Serie C. No. 63 párr. 144; Corte IDH. *García Ibarra y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 17 de noviembre de 2015, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C. No 306, párr. 97. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 14/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 24 de junio de 2013; Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 35/2012, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 24 de junio de 2013; Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 35/2012, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 16 de octubre de 2018; Sentencia recaída al Amparo en Revisión 837/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 15 de marzo de 2017. [↑](#footnote-ref-13)
14. BH Energy Supply (Núm. Permiso E/2068/SB/2018 aprobado mediante Resolución RES/1646/2018), Enlace y Representación Gubernamental T&M (Núm. Permiso E/2069/SB/2018 aprobado mediante Resolución RES/1647/2018) y Suministro Básico del Centro SUBACE (Núm. Permiso E/2070/SB/2018 aprobado mediante Resolución RES/1648/2018) [↑](#footnote-ref-14)
15. Ver páginas 39 y 40 de la versión estenográfica de la versión estenográfica de la sesión del 7 de abril de 2022. [↑](#footnote-ref-15)
16. Bases del Mercado del Centro Nacional de Control de energía, Base 1.3.2. [↑](#footnote-ref-16)
17. Milligan, Michael et al, *Marginal Cost Pricing in a World without Perfect Competition: Implications for Electricity Markets with High Shares of Low Marginal Cost Resources*, Estados Unidos, National Renewable Energy Laboratory, 2017, pp. 21-22; Peeter Pikk & Marko Viiding, “The dangers of marginal cost based electricity pricing”, *Baltic Journal of Economics*, vol. 13, núm. 1, 2014,p.59. [↑](#footnote-ref-17)
18. Tesis P.IV/2008 (9ª), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, febrero de 2008, Tomo XXVII, página 1343, registro digital 170280, de texto:“La interpretación de una norma general analizada en acción de inconstitucionalidad, debe partir de la premisa de que cuenta con la presunción de constitucionalidad, lo que se traduce en que cuando una disposición legal admita más de una interpretación, debe privilegiarse la que sea conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Entonces, cuando una norma legal admita distintas interpretaciones, algunas de las cuales podrían conducir a declarar su oposición con la Ley Suprema, siempre que sea posible, la Suprema Corte de Justicia de la Nación optará por acoger aquella que haga a la norma impugnada compatible con la Constitución, es decir, adoptará el método de interpretación conforme a ésta que conduce a la declaración de validez constitucional de la norma impugnada, y tiene como objetivo evitar, en abstracto, la inconstitucionalidad de una norma; sin embargo, no debe perderse de vista que la acción de inconstitucionalidad es un medio de control que tiene como una de sus finalidades preservar la unidad del orden jurídico nacional, a partir del parámetro constitucional; como tampoco debe soslayarse que tal unidad se preserva tanto con la declaración de invalidez de la disposición legal impugnada, como con el reconocimiento de validez constitucional de la norma legal impugnada, a partir de su interpretación conforme a la Ley Suprema, ya que aun cuando los resultados pueden ser diametralmente diferentes, en ambos casos prevalecen los contenidos de la Constitución. En consecuencia, el hecho de que tanto en el caso de declarar la invalidez de una norma legal, como en el de interpretarla conforme a la Constitución, con el propósito de reconocer su validez, tengan como finalidad salvaguardar la unidad del orden jurídico nacional a partir del respeto y observancia de las disposiciones de la Ley Suprema, este Tribunal Constitucional en todos los casos en que se cuestiona la constitucionalidad de una disposición legal, debe hacer un juicio razonable a partir de un ejercicio de ponderación para verificar el peso de los fundamentos que pudieran motivar la declaración de invalidez de una norma, por ser contraria u opuesta a un postulado constitucional, frente al peso derivado de que la disposición cuestionada es producto del ejercicio de las atribuciones del legislador y que puede ser objeto de una interpretación que la haga acorde con los contenidos de la Ley Suprema, debiendo prevalecer el que otorgue un mejor resultado para lograr la observancia del orden dispuesto por el Constituyente y el órgano reformador de la Norma Suprema”. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cfr. CIDH, Resolución 3/2021 “Emergencia climática. Alcance y obligaciones interamericanas de derechos humanos”, 31 de diciembre de 2021, p. 11. [↑](#footnote-ref-19)
20. Ley de la industria Eléctrica, artículo 4, fracción V. [↑](#footnote-ref-20)
21. Lineamientos que establecen los criterios para el otorgamiento de Certificados de Energías Limpias y los requisitos para su adquisición, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de octubre de 2014. [↑](#footnote-ref-21)
22. **Artículo 124.-** En el primer trimestre de cada año calendario, la Secretaría establecerá los requisitos para la adquisición de Certificados de Energías Limpias a ser cumplidos durante los tres años posteriores a la emisión de dichos requisitos, pudiendo establecer requisitos para años adicionales posteriores. Una vez establecidos los requisitos para un año futuro, no se reducirán.

    **Artículo 125.-** La regulación aplicable permitirá que estos certificados sean negociables, fomentará la celebración de Contratos de Cobertura Eléctrica a largo plazo que incluyan Certificados de Energías Limpias y podrá permitir el traslado de certificados excedentes o faltantes entre periodos y establecer cobros por realizar dicho traslado a fin de promover la estabilidad de precios. A su vez, la regulación permitirá la adquisición, circulación y compraventa de los Certificados de Energías Limpias y los Contratos de Cobertura Eléctrica relativos a ellos por personas que no sean Participantes de Mercado. [↑](#footnote-ref-22)
23. Comisión Federal de Competencia Económica, *Transición hacia mercados competidos de energía: Los Certificados de Energías Limpias en la industria eléctrica mexicana*, mayo de 2021. [↑](#footnote-ref-23)
24. Ley de la Industria Eléctrica, artículo 121. [↑](#footnote-ref-24)
25. Woolard, John, *Beyond Renewables: How to reduce energy-related emissions by measuring what matters,* World Resources Institute, 2019. [↑](#footnote-ref-25)
26. World Economic Forum, *Fosterin Effective Energy Transition: 2021 Edition,* World Economic Forum, 2021. [↑](#footnote-ref-26)
27. Montiel, José Carlos, *Suiza apuesta por las energías renovables,* Keeui, 2021. [↑](#footnote-ref-27)
28. World Population Review, *Carbon Footprint by Country 2022,* 2022; Agencia Internacional de Energía, *Energy Atlas,* 2021. [↑](#footnote-ref-28)
29. *Idem.* [↑](#footnote-ref-29)
30. Renewable Energy Policy Network for the 21st Century (REN21), *Energías Renovables 2016: Reporte de la situación Mundial,* REN21, 2016; Yepez, A., Lins C., Viera de Carvalho, A., *América Latina y el Caribe son líderes en energía renovable,* BID, 2016. [↑](#footnote-ref-30)
31. *Idem.*  [↑](#footnote-ref-31)
32. Iglesias Otero, M., *Cuatro países lideran la energía solar en América Latina,* BBVA, 2017; Robberechts, E., *Four countries leading in solar in Latin America and the Caribbean,* IDB Invest, 2017. [↑](#footnote-ref-32)
33. Comisión Federal de Electricidad, *Generación de Energía en la CFE con base en Tecnologías Limpias,* 2021. [↑](#footnote-ref-33)
34. *Idem.* [↑](#footnote-ref-34)
35. *Idem.*  [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible: Derecho a un medio ambiente saludable*, Naciones Unidas, A/HRC/43/53, 30 de diciembre de 2019, p.13. [↑](#footnote-ref-36)