

Nuevas dimensiones del Derecho Internacional, La Energía y los Derechos Humanos

Por Jesús Eduardo Troconis Heredia

LA FORMACIÓN DEL DERECHO DEL DERECHO DE LA ENERGÍA

El Derecho de la Energía o Derecho de las Energías

De la misma manera, que uno ha podido plantearse la cuestión de saber si existe un Derecho como norma reguladora de la producción petrolera, uno puede entonces interrogarse acerca de la existencia de un Derecho de la Energía.

Existe en realidad un marco jurídico de la producción, transporte, distribución uso y compraventa de las energías (electricidad, gas, petróleo, carbón) en el cual convergen el Derecho Internacional, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Civil, Derecho Mercantil y Derecho del Medio Ambiente.

En Francia en 1898, entran en vigor las primeras reglas concernientes a las redes de distribución del gas y de la hidroelectricidad. En ese mismo año, comienza la prospección y extracción del petróleo en Venezuela¹. Corresponde al Derecho Minero la regulación de la producción petrolera, su preeminencia permanece intacta, pese a diversas reformas. En 1920 la legislación se bifurca al promulgarse la Ley de Hidrocarburos: La Ley de Minas para los minerales y piedras preciosas y la Ley de hidrocarburos concerniente a la explotación de los yacimientos petrolíferos.

Las Constituciones de 1874 y 1881 consagran el Sistema Dominial: “minas de petróleo y demás sustancias minerales combustibles, y en general, toda clase de minas eran de la propiedad del Estado Federal”.

La evolución del Derecho de Hidrocarburos de Venezuela, antigua Capitanía General²Adhiere la Ordenanza de Minería de Nueva España de 1783, considerado el primer texto jurídico alusivo a los hidrocarburos, incorpora la denominación bitúmenes o jugos de la tierra, modifica el régimen legal establecido por la Recopilación de Indias, instituyendo la propiedad del subsuelo a la Corona.

En Francia son sancionadas varias leyes relacionadas con el régimen del petróleo, la Oficina Nacional de Combustibles líquidos, el régimen de importación y aduanas, y la fundación del Instituto Francés del Petróleo. En Venezuela la política de explotación, conservación y defensa del hidrocarburo, formulada en 1959 dentro del "Pentágono de Acción", cinco ángulos claves, uno, salta el ámbito nacional, la OPEP, los restantes bajo la soberanía del Estado, la Participación Razonable, la Comisión Coordinadora de la Conservación y el Comercio de los Hidrocarburos, la Corporación Venezolana del Petróleo y No más Concesiones.

Semejantes postulados determinan una profunda reforma administrativa en el sector público de la energía. El Ministerio de Fomento es sustituido por el Ministerio de Minas e Hidrocarburos, se establecen la Comisión Coordinadora de la Conservación y el Comercio de los Hidrocarburos y la Corporación Venezolana de Petróleo, semilla de PDVSA.

¹ Concesión otorgada por el Estado venezolano a la empresa *Petrolia del Táchira* en 1898.

² Creada por mandato del Rey Carlos III en tiempos de la Ilustración, año 1977.

La Participación Razonable surge como una obligación de la administración del Estado para obtener un beneficio justo en la explotación de la riqueza colectiva. Se investigan las cuentas de las empresas trasnacionales y sus estados de ganancias y pérdidas. El Decreto del 31 de diciembre de 1945, asienta las bases para determinar el beneficio razonable en función de la utilidad neta y el capital invertido, la participación se elevó hasta un nivel igual a la utilidad neta de las empresas, denominada partición de 50-50 o fifty-fifty.

Los Principios de *no más concesiones* y de *participación razonable*, están estrechamente enlazados con las normas jurídicas pautadas en la ley del Impuesto sobre la Renta de 1943, su logro el aumento de todos los impuestos: Impuesto sobre la Renta propiamente dicho; Impuesto de Exploración; Impuesto Inicial de Explotación y el Impuesto Superficial.

La Comisión Coordinadora de la Conservación y el Comercio de Hidrocarburos, creada en 1945 por la Junta Revolucionaria de Gobierno presidida por Rómulo Betancourt, es el instrumento que evita el despilfarro y defiende los precios. La CCCCH, eliminada durante la dictadura de Marcos Pérez Jiménez, 1948 a 1958, fue repuesta por el Gobierno democrático de 1959. La necesidad de coordinar la producción con la demanda mundial, obedece a los cambios del comercio internacional. De importancia capital, es la fundación de la Organización de Países Exportadores de Petróleo en 1960, creada gracias a Juan Pablo Pérez Alfonzo.

En 1945 la Junta Cívico Militar presidida por Rómulo Betancourt garantiza la eficiencia en la administración del petróleo, al mismo tiempo, el Gobierno Provisional de Charles De Gaulle sanciona la nacionalización de la electricidad y del gas.

El Derecho medio ambiental origina los procedimientos de encuesta pública reguladores de la construcción de una represa hidroeléctrica, de una central térmica o nuclear o de una red de transporte de gas, electricidad o de hidrocarburos. El Derecho de Urbanismo, obligaba un permiso previo a las instalaciones inmobiliarias.

El Consejo mundial de la energía

Fundado en 1923, es la primera organización multi-energética mundial, interesado en todo tipo de energías, nuclear o hidráulica, combustibles fósiles o energías renovables.

El Consejo mundial de la energía (*World Energy Council, WEC*), es una Organización no Gubernamental sin fines de lucro, asociada a las Naciones Unidas, con sede en Londres, consta de una asamblea general y de activos coordinadores regionales en Asia, en Europa, en África, en América Latina y el Caribe.

La Agencia Internacional de la energía (AIE)

La Agencia fue constituida el 15 noviembre de 1974, con ocasión de la crisis petrolera, integrada por 38 países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Su principal impulsor fue el Secretario de Estado norteamericano Henry Kissinger su idea es diametralmente opuesta a la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP).

Actualmente la AIE concentra sus esfuerzos la seguridad energética, el desarrollo económico, la protección del medio ambiente y la alianza de cooperación en tecnología de punta con los grandes productores y consumidores de energía, China, India, Rusia y la OPEP.

La Jurisprudencia y la Doctrina en el Derecho de la Energía

La jurisprudencia de las jurisdicciones administrativas es particularmente rica, la edificación y uso de las obras de producción, transporte y distribución de la electricidad y el gas, han sido afectadas al servicio público hace más de un siglo. Por consiguiente, su empleo activa el contencioso administrativo, una demostración incontestable de su condición jurisprudencial.

La Doctrina como fuente de Derecho de la energía en Francia ha sido una aportación tardía, quizá debido a la ausencia del hidrocarburo en su territorio y al aprovisionamiento que dió origen a los Tratados de Evian, firmados con Argelia. La inexistencia de estudios consagrados al Derecho de la Energía, ha sido compensada por la fecunda presentación de Tesis en las Facultades de Lyon, Grenoble y Toulouse.

En Venezuela abundan los libros en torno al Derecho Minero y Petrolero. Desde antiguo fue instituida la Ingeniería petrolera en la Universidad Central de Venezuela, incorporándose en 1973 la enseñanza del Derecho internacional del Petróleo en el Máster de Economía de los Hidrocarburos de la Universidad Simón Bolívar.³

Francia, esperó el año de 1970 para que el profesor Philippe Manin celebrará en el Institut des Hautes Etudes Internationales de la Universidad de París, un Seminario acerca de La Explotación Internacional de los Hidrocarburos , en cuyo contexto presenté la Tesis "Les Aspects Juridiques de L'Exploitation du Pétrole au Venezuela".⁴

En 1982, el profesor Devaux-Charbonell presenta en la Universidad de París su obra repartida en dos tomos, el primero referente al Derecho de los hidrocarburos, el segundo corresponde al Derecho del carbón, la energía atómica y a la energía solar.

La Política Energética y el derecho de la energía

La Carta de la Energía, vigente a partir del 16 de abril de 1998, integra los postulados fundacionales del Derecho de la Energía, a la Constitución mediante ley orgánica n°2005-205 de 1 de marzo de 2005, por tanto se imponen a los poderes públicos. Los destaco en seguida:

La preservación del desarrollo sustentable

Las políticas públicas acerca del desarrollo sustentable y la biodiversidad en concordancia con la Unión Europea están dirigidas a la protección del medio ambiente, el progreso económico y el progreso social, según la ley de agosto de 2009.

El principio de precaución

El artículo 5 de la *Charte de l'environnement* dispone: "cuando la realización de un daño pudiera afectar de manera grave e irreversible el medio ambiente las autoridades velarán por la aplicación del principio de precaución a fin de poner en marcha los mecanismos de evaluación de riesgos y adopción de medidas provisorias para evitar el daño".

El principio de la responsabilidad

Igualmente, la *Charte de l'environnement* plantea la responsabilidad de la persona jurídica o individual: "toda persona debe contribuir a la reparación de los daños que ella cause al medio ambiente, en las condiciones establecidas en la ley". Este principio "contaminador-pagador" tiene un fuerte impacto por las consecuencias derivadas del

³ Profesor Jesús Eduardo Troconis Heredia. Asignatura: Derecho Internacional del Petróleo, en el Máster de Economía de los Hidrocarburos, Universidad Simón Bolívar, desde 1973.

⁴ Seminario sobre las Normas Jurídicas Reguladoras de la Producción Mundial del Petróleo.

funcionamiento de las instalaciones energéticas, como la contaminación del aire, las aguas o los suelos.

La preparación de una transición energética

Podríamos definir la transición energética como un cambio progresivo en el uso de las diversas fuentes de energía tendente a la complementación entre las energías no renovables y las energías renovables. El proceso de cambio del patrón energético tiene un doble objetivo, la reducción de emisiones de gases derivados de la contaminación y desechos peligrosos y la potente inversión en las nuevas tecnologías para luchar contra el cambio climático que amenaza la existencia de toda la humanidad.⁵

Francia planteó la “hoja de ruta para la transición ecológica”, durante la conferencia de París el 15 de septiembre de 2012, cuyo aporte esencial se resume así: “la lucha contra el cambio climático no es solamente una causa planetaria, europea o nacional sino que es la instauración de un modelo de crecimiento a la vez inteligente, durable y solidario”. A este título, Francia cuya producción de electricidad depende de la energía nuclear pasa del 75% al 50% en 2025 y el fracking será prohibido por generar altos riesgos para la salud y el medioambiente.

EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

Del Arbitraje Internacional al Arbitraje Comercial

La idea fundamental es aportar una solución a la controversia surgida entre sujetos con personalidad jurídica internacional, los Estados y las Organizaciones Internacionales. El artículo 37 de la Convención de la Haya de 18 de octubre de 1907, reza: “El arbitraje internacional tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados mediante jueces por ellos elegidos y sobre la base del respeto al Derecho. El Convenio de arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia arbitral”. La instancia arbitral alcanza relevancia principal con el *affaire Alabama*, entre EEUU y el Reino Unido, concerniente a los deberes de neutralidad de este país durante la guerra de secesión americana. El tribunal arbitral integrado por cinco miembros, dos de la nacionalidad de las partes y tres de diferentes nacionalidades, dictó su laudo el 14 de septiembre de 1872. El arbitraje anglo-norteamericano fue ejemplar, pues durante los años subsiguientes son muchos los Estados que acudieron a la jurisdicción arbitral, al lado de las antiguas formas de Comisión Mixta o Arbitraje por soberano⁵.

Tanto el Pacto de la Sociedad de Naciones como la Carta de Naciones Unidas hacen referencia expresa al Arbitraje como medio de arreglo de diferencias. Además, la Comisión de Derecho Internacional, organismo legislativo de NNUU, inscribió en su agenda de 1949, la codificación de las normas del procedimiento arbitral.

Es posible que el proceso de globalización haya favorecido el advenimiento de arbitrajes entre un particular y un Estado o entre un particular y una Organización Internacional. Entre este tipo de arbitrajes destacan hoy los organizados por el CIADI, adscrito al Banco Mundial, al amparo de la Convención de Washington de marzo de 1965 tendentes a desplazar la figura de la Protección Diplomática.⁵

Respecto al desarrollo actual del arbitraje podríamos decir que algunos Estados lo han considerado preferible al arreglo judicial como medio de solución de conflictos. Francia parte de la idea que “todo tribunal preconstituido es mejor que un tribunal constituido”

⁵ Ídem.

El Tribunal arbitral y la sentencia arbitral

La competencia del Tribunal arbitral está fundada sobre el consentimiento de los Estados.

En el arbitraje la libertad de los Estados es plena, pueden escoger los árbitros integrantes del órgano arbitral y conformar de mutuo acuerdo el procedimiento, en contraste, en el arreglo judicial, los Estados están constreñidos por un procedimiento establecido en el reglamento del tribunal de la causa. La sentencia arbitral es definitiva, no caben en su contra los recursos de apelación o casación, dada la estructura no jerarquizada de la Comunidad Internacional. Empero, la opinión doctrinal actual admite algunos recursos opositores a la sentencia arbitral, los de interpretación, revisión y nulidad, desarrollados por los artículos 82 y 83 de la Convención de la Haya de 1907 y el artículo 35 del modelo de procedimiento arbitral de la Comisión de Derecho Internacional.

El Arbitraje Comercial

El Arbitraje comercial es un medio de solución de los litigios entre personas privadas, fuera de la jurisdicción de los Tribunales Oficiales. La integración del Tribunal Comercial cuenta con tres árbitros: un representante de la parte demandante otro que representa la contraparte demandada y un tercer árbitro que es escogido de común acuerdo. Este último árbitro es propuesto, frecuentemente, por las instancias arbitrales privadas, nacionales o internacionales que admiten este procedimiento para la solución de conflictos generados por transacciones comerciales, como la Cámara de Comercio de Estocolmo, el Centro Internacional para el arreglo de diferencias relativas o la Cámara de Comercio Internacional de París.

El Arbitraje Comercial no es generalmente apelable, en ese sentido, muestra una resaltante similitud con El arbitraje Internacional. Quizá el precedente más notable en la industria petrolera ha sido el uso de un producto derivado del manganeso, sin plomo y capaz de aumentar ostensiblemente el poder de los motores de explosión.⁶ La sociedad americana Ethyl, en efecto, exportaba el producto mencionado en el marco del Acuerdo de Libre Cambio Norte Americano de 1994, sus dispositivos ofrecían a todo inversionista la posibilidad de acudir al arbitraje privado.

Sin embargo, el Parlamento de Ottawa discute un proyecto de ley destinado a prohibir la importación y transporte del derivado del manganeso, considerado un neurotóxico, proscrito en los Estados Unidos. La contradicción consiste en que algunos químicos aducen que el manganeso concentrado en el cerebro puede causar enfermedades neurodegenerativas, mientras los fabricantes de automóviles evocan daños probables al motor. El Parlamento desdeña la amenaza y adopta la ley en junio de 1997 en oposición a la norma establecida en el Acuerdo de Libre cambio, posteriormente Ethyl reclama 251 millones de dólares por expropiación no habiéndose cumplido los requisitos de la medida de expropiación.

En julio de 1998, el gobierno canadiense transige y paga 13 millones de dólares. De esta manera el Estado canadiense fue reducido en sus potestades por una empresa privada que ejerce acciones ante jueces fuera de su territorio. Estas circunstancias ponen en evidencia el rompimiento con la jurisdicción oficial en favor de la vía arbitral. Es obvio la colisión entre las dos opiniones. Unos prefieren los procesos judiciales y otros los procesos arbitrales para solucionar los conflictos que puedan surgir de la interpretación de un contrato entre un

⁶ BARLOW, M. *Fighting TTIP, CETA and ISDS: Lessons from Canada*. The Council of Canadians. Ottawa, 2016, p. 12.

inversionista privado y una empresa del Estado. El triunfo es rotundo, para quienes proponen sustituir a la jurisdicción nacional por la justicia privada.

El profesor Emmanuel Gaillard, por cierto, es un firme partidario de escapar a la jurisdicción nacional y de acudir a la justicia privada, en "*Les Aspects Philosophiques du Droit de l'Arbitrage International*" escribe: "el arbitraje confiere a las partes la libertad de preferir en lugar de las jurisdicciones del Estado una forma privada para solucionar las diferencias; de escoger su juez; de elaborar el proceso que en su parecer sea el más apropiado; y de determinar las reglas de Derecho aplicables al conflicto concreto; los árbitros tienen plena libertad de pronunciarse sobre sus propias competencias, de reglar el desarrollo del proceso y, ante el silencio de las partes, pueden escoger las normas relativas al fondo del litigio".

El proceso arbitral en manos de las instituciones o personas de naturaleza privada ha sido adoptado por varias convenciones internacionales, como el Protocolo de Ginebra de 1923, la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Ginebra de 1961. Igual, ha sido desarrollado a través de la normativa puesta en vigor por organismos de la categoría de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, la Cámara de Comercio Internacional o las Cámaras de Comercio Nacionales.

La justicia arbitral encuentra un amplio impulso a raíz de los movimientos de descolonización de las décadas de los años 50 y 60, en la misma medida en que los países europeos firmaron los convenios comerciales con sus antiguas colonias. Con la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en 1995, surgen nuevos tipos de convenios comerciales que ayudan a revisar las tarifas aduaneras, eliminando las barreras a la libertad del comercio en general. En el ámbito del Petróleo en particular, somos partidarios de procurar equitativos beneficios para el Estado productor, propiciando la alta inversión de capital, la fusión del capital del Estado y del capital privado, la aplicación de los métodos de economía concertada y el acceso a las tecnologías, las más avanzadas. Una concepción actual del Convenio petrolero aconseja la inserción de la cláusula del arbitraje comercial o privado.

El arbitraje se le considera un procedimiento independiente, rápido, poco costoso, vinculante y una atractiva garantía a las inversiones extranjeras y a la transferencia de tecnología. La inclusión de la cláusula de arbitraje en el acuerdo petrolero repercute en su naturaleza jurídica. Estamos conscientes de la reforma Constitucional y legal que supone la entrada en vigor del arbitraje en los sistemas jurídicos de los países productores, en ese sentido nos hemos decantado por la eliminación de cualquier obstáculo al entendimiento entre los países productores del petróleo y las grandes empresas petroleras. Empezando por apartarnos de la declaración constitucional del acuerdo petrolero como de interés nacional, que conlleva dilucidar las diferencias entre la jurisdicción nacional y la ley del foro, o sea, la jurisdicción y la ley del Estado productor.

La naturaleza jurídica del acuerdo y la ley aplicable siempre han estado presentes en la polémica. Venezuela asume desde el comienzo de la explotación del petróleo una actitud profundamente escrupulosa y fervorosa de defensa de nuestros recursos naturales, de nuestra industria petrolera y otras industrias extractivas.

El artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 20 de diciembre de 1999, promueve el arbitraje internacional como medio de solución de conflictos, lo que podría abrir paso a la incorporación del arbitraje comercial en el campo de los hidrocarburos o de otros recursos minerales.

Evolución y aplicación práctica del Arbitraje Comercial

Podemos distinguir varios tipos de Arbitraje Comercial: 1) Arbitraje entre los Estados, se trata de insertar la cláusula de arbitraje en las Convenciones Internacionales. El artículo 27 de la Carta de la Energía prevé la integración de un tribunal *Ad Hoc* para dilucidar las diferencias. Verbo y gracia, el affaire entre España y Francia, relativo al uso con fines hidroeléctricos de las aguas del Lago Lanoux, fue sometido a un tribunal arbitral en 1956. 2) Arbitraje entre empresas. Su utilización es frecuente en los contratos de comercialización del gas. 3) Arbitraje entre el Estado y un operador del sector energético.

En Francia, el artículo 25 de la ley de 16 de octubre de 1919 regula el uso de la energía hidráulica, a ese efecto, afirma que “los litigios en los que el Estado está obligado por la aplicación de la presente ley pueden ser sometidos al arbitraje como lo dispone el Código de procedimiento civil”. Agrega que el recurso al arbitraje debe ser autorizado por un decreto del Consejo de Ministros, refrendado por los Ministros de Energía y Economía o Finanzas.

La admisión del arbitraje como medio de solución de conflictos entre los Estados y las empresas que venimos de describir perfilan la concepción de un nuevo acuerdo en el sector y, en particular, en lo concerniente al petróleo y al gas. Hacen posible las inversiones de capital y la transferencia de las tecnologías de las empresas petroleras; la alianza del capital del Estado y del capital privado para la puesta en marcha de una economía concertada, lo cual implica la renuncia ante el conflicto surgido de la jurisdicción oficial y de la ley del foro. Equivale a que las partes nombren el tribunal arbitral, con representación de ambas y un tercero que garantice una sentencia objetiva y justa.

Los dos tipos más conocidos de arbitraje son: 1) Institucional, que se cumple a través de sus propias normas y con la elaboración de una lista de árbitros, como son los casos de la Corte Española de Arbitraje y la Chambre de Arbitraje de París. 2) Independiente o *Ad Hoc*, en el cual las partes escogen los árbitros y elaboran las normas reguladoras del procedimiento.

Los “Arbitrajes” Institucionales

El arbitraje lo hemos definido como un procedimiento jurisdiccional. Muchas leyes francesas han previsto acudir a un recurso denominado arbitraje sin ese carácter, considerado sí, un recurso válido frente a la decisión emanada de una autoridad administrativa anterior al contencioso. El ejemplo clásico es cuando entra en juego el Consejo Superior de la Energía, (antes Consejo Superior de la Electricidad y el Gas) a fin de “arbitrar” las diferencias entre el concedente y el concesionario.

El Arbitraje Ministerial, vale decir, se activa en el caso de diferencias entre quienes detentan títulos sobre reservas en el subsuelo y quienes poseen títulos mineros, en defecto de acuerdo entre ambos, la diferencia será sometida al arbitraje del Ministro de Minas. Es pertinente observar que el nuevo Código Minero, de 1.999 ha retomado este procedimiento sin hablar de arbitraje pero otorgando facultades al ministro para resolver el conflicto.

El Arbitraje de las Comisiones Ad Hoc, destinado a resolver los litigios contenciosos, es imprescindible aclarar que las Comisiones son consideradas verdaderos organismos de arbitraje institucional, en virtud de su composición tripartita, con representantes de las partes involucradas en la causa.

CONCLUSIÓN

La evolución dinámica de los negocios de los hidrocarburos, petróleo y del gas, aconsejan la inserción de una cláusula de arbitraje garantizando el máximo grado de equidad y justicia.

En el curso de la exposición, hemos observado el progreso y perfeccionamiento que ha tenido el arbitraje internacional, hoy convertido en la más propicia y oportuna salida para resolver las interpretaciones diferentes de la letra y contenido de los acuerdos en el comercio internacional y las operaciones del mismo tenor en los predios de la energía.

Las encuestas a día de hoy indican que la mitad de las empresas se inclina por el arbitraje como medio de solución de las diferencias. Más del 30% lo considera el instrumento adecuado para resolver los conflictos, el 72% de las empresas estima que el sistema facilita la realización de los acuerdos. El 80% de las empresas considera que la redacción e inclusión de la cláusula arbitral es esencial y determinante a la hora de negociar un acuerdo. Así lo recalca el reciente estudio del arbitraje en España realizado por firmas especializadas, Roca Junyent, Cremades Calvo Sotelo, Comillas Icade y la Association Corporate Europe.

El panorama del Arbitraje en el presente y en el futuro es promisorio.