

“Direito Energético. Desafios e Perspectivas Ambientais e Internacionais”

Andrea LUCAS GARÍN, Marcelo LAMY y Renata ALVARES GASPAR (eds.). 2014. Editora Universitária Leopoldianum, São Paulo, 288 pp.

POR HÉLIO GÓIS FERREIRA NETO¹

MARISOL MONTERO COTO²

“Direito Energético. Desafios e Perspectivas Ambientais e Internacionais” es una obra de autoría colectiva, fruto de las reflexiones de un curso conjunto realizado por el Heidelberg Center para América Latina y el Programa de Posgrado en Derecho Ambiental e Internacional de la Universidad Católica de Santos (UniSantos), Brasil, que tiene por objetivo iniciar un estudio a fondo sobre la cuestión de la energía.

El libro trata de cómo la proliferación de normas jurídicas sobre las relaciones sociales, que implican la gestión de los recursos energéticos, ha llevado a la “juridificación” de éstas, exponiendo, en general, cómo el derecho se está desarrollando y cómo esto ha contribuido a la contención del poder, con el objetivo de contribuir a la protección de la dignidad de la persona humana.

La primera impresión que tuvimos fue que el tema sería tratado bajo un paradigma fuertemente influenciado, en primera instancia, por la constatación de la filosofía kantiana de la dignidad humana y, en segundo lugar, por los discursos que enaltecen los derechos humanos y el medio ambiente como contenedores de las actividades del Estado, estableciendo categorías de “valores universales” que deben ser respetados, sin perjuicio de la esperable sensibilidad hacia las cuestiones económicas y los acuerdos sociales que también componen el tema.

Los dos principales desafíos de una obra colectiva e introductoria en cuestiones de alta complejidad que se encuentran aún sin explorar son, en primer lugar, mantener una

¹ Máster en Derecho Constitucional de la Universidad Federal de Ceará. Grado de Especialista en Derecho Público de la Universidad Federal de Ceará. Licenciado en Derecho por la Universidad de Fortaleza. Actualmente estudiante del programa de Maestría en Derecho Internacional (LL.M.) - Inversiones, Comercio y Arbitraje, de la Universidad de Heidelberg y de la Universidad de Chile. heliogois@heliogois.com.

² Especialista en Derechos Humanos y Políticas Públicas para la Educación. Egresada de la carrera de Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Centroamérica. Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Actualmente estudiante del programa de Maestría en Derecho Internacional (LL.M.) - Inversiones, Comercio y Arbitraje, de la Universidad de Heidelberg y la Universidad de Chile. marisol.monteroc@gmail.com.

unidad de enfoque y, luego, conseguir identificar cómo enfrentar efectivamente los principales “cuellos de botella”. Por consiguiente, se requiere fijar de un paradigma de operación. Sin embargo, consideramos que esto también puede crear puntos ciegos o dogmas que a menudo nublan o tratan como anomalía sistémica una evidencia crucial. En el presente caso, la obra superó nuestras expectativas.

Aun cuando el campo de estudio del derecho energético es, por su naturaleza, multidisciplinario e integral, el libro promueve magistralmente el enfrentamiento del tema, con el manejo de categorías que van desde cuestiones filosóficas y teorización del poder hasta cuestiones económicas y teoría general del Estado (a través de aspectos como la soberanía), pasando por la consecución de los valores y principios que informan el mejor substrato legal capaz de resolver los constantes desafíos que se plantean en el tratamiento de cuestiones prácticas. Incluso, como obra colectiva, es una propuesta que provoca preguntas y sirve como material introductorio para un conjunto de obras sobre el tema de trabajo, manteniendo sin embargo la unidad debidamente demarcada sobre la cuestión.

En «Energia e meio ambiente» (pp.13-28), de Maria Luiza Machado Granziera, los argumentos apoyan la necesidad de un cambio en el modelo energético, el que debería desarrollarse con sensibilidad hacia las consecuencias socioeconómicas y de manera sostenible. Ello demuestra que la elección de la estrategia energética implica, invariablemente, una elección de estrategia ambiental. A partir de la experiencia brasileña, se respalda la importancia de normar el tema como una forma de determinar a través de *instrumentos de comando y control* los cambios de postura necesarios para hacer frente a los problemas. Esto justificaría, en cierta manera, la intervención de los Estados nacionales en la medida en que ellos puedan mitigar los costos sociales de las externalidades negativas de la contaminación y degradación del medio ambiente. Al mismo tiempo, se pone en relieve la fragilidad del modelo brasileño que, a pesar de estimarse normativamente adecuado, carece de eficiencia al depender de la fiscalización, lo que impone un costo al gobierno. Debido a esto, se propone enfatizar el carácter inductor de los comportamientos deseados por la política ambiental, para mitigar la necesidad de control por parte del Estado, manejando el concepto de protector-receptor como contrapunto al principio de “quien contamina paga”.

Pero, precisamente porque las cuestiones energéticas a menudo trascienden los límites de los Estados nacionales y de la jurisdicción interna –cambiando el poder de las cámaras de comercio o sistemas de resolución de conflictos, que pueden ser inclusive arbitrajes y privados– es que, en «Reflexões sobre os direitos humanos e o meio ambiente como limites para a contratação internacional» (pp. 29-43), de Andrea Lucas Garín, se enfrenta la cuestión de la horizontalidad de los derechos humanos, partiendo de los argumentos que surgen tras el análisis de la jurisprudencia alemana (caso Lüth). A partir de ello, los

derechos humanos y del medio ambiente deben estar presentes incluso en las relaciones privadas, condicionando la autonomía de la voluntad en un contexto globalizado.

Internacionalmente, los modelos de energía sugieren que, para una mayor eficiencia, debe haber integración. A partir de este hallazgo, «A integração energética na América do Sul: realidade ou utopia? A construção europeia como referência» (pp. 45-78), de Henry Jiménez Guanipa, compara el modelo europeo y el sudamericano dejando al descubierto las falencias de la integración energética en América del Sur. Esto se debe a que, a pesar de que América del Sur intenta alcanzar la integración siguiendo en cierta medida el modelo europeo, su propia realidad histórica ha determinado un resultado distinto. Mientras el modelo europeo de integración apuesta a la creación de instituciones supranacionales y a un debate multidisciplinario (energía, política y tecnología) que lleva a la eficiencia, al ahorro energético y al desarrollo de energías alternativas para garantizar el abastecimiento, América del Sur ha experimentado una proliferación y fragmentación de las iniciativas integracionistas (ALALC, ALADI, CAN, OLADE, IIRSA, MERCOSUR y UNASUR) que no han podido asegurar la eficiencia, ya que cada una plantea sus propias metas y el factor político ha determinado las agendas de integración, condicionadas por las diferencias en los niveles de desarrollo económico, crisis recurrentes, deudas y democracias poco consolidadas. De igual manera hace falta un plan de acción concreto que pueda ser operado normativamente a nivel supra-nacional, con el fin de no comprometer los resultados, especialmente en términos de eficiencia.

En este sentido, la obra sostiene que la eficiencia trae beneficios irrefutables. Esto porque ahorra la inversión adicional para la expansión en capacidad de generación y en el aumento del consumo de recursos naturales, lo cual contribuye al uso eficiente de los mismos y a la realización de los objetivos establecidos en las políticas de conservación del medio ambiente. Este es el argumento de fondo en «O direito da eficiência energética e as medidas para a redução do consumo de energia no Brasil e na Alemanha» (pp. 79-108), de Daniel Engel, que explora el concepto de la eficiencia energética en la experiencia de Alemania y Brasil, señalando que en este último, aunque haya una amplia gama de medidas de eficiencia energética, aún se necesita una mayor y mejor integración y coordinación. Mientras tanto, Alemania privilegia un sistema con incentivos más atrevidos, que van más allá del ejercicio típico de la policía estatal, como los certificados blancos e instrumentos financieros, sin dejar de lado una política uniforme y obligatoria de imposición de normas mínimas de eficiencia.

Por lo tanto, la eficiencia sigue dependiendo en gran medida de las decisiones de los Estados nacionales, siendo una materia condicionada, a menudo, por cuestiones de soberanía; sobre todo porque los Estados, forma de organización política que se extendió después de la Paz de Westfalia, invocan, utilizan y luchan por sus propios intereses. Sin

embargo, en nuestros tiempos el concepto de soberanía no autoriza a desatender los derechos humanos, las cuestiones ambientales u otros principios rectores de asuntos que requieren de una acción conjunta en el ámbito internacional. Este es el tema central de «Soberania permanente dos povos sobre os recursos naturais» (pp. 109-138), de Marcelo Lamy, que sostiene que el establecimiento de principios rectores permite a los Estados densificar su normatividad de manera compatible con su realidad cultural y las experiencias históricas. Promoviendo un análisis a partir de Ronald Dworkin y Robert Alexy, se expone la naturaleza deóntica circunstancial del concepto de soberanía y cómo ésta debe ubicarse en una realidad que tome en cuenta un consenso relativo entre su núcleo obligatorio y el contexto. Por tanto, no es ni puede ser absoluta, ya que sus titulares actuales no podrían explotar “soberanamente” los recursos naturales en detrimento, por ejemplo, del medio ambiente.

Es cierto que el asunto de la energía es vital para los intereses de un Estado, pero en algunos casos éstos no son aptos para promover una exploración eficiente, lo cual origina un conflicto en el sector privado. ¿Cómo balancear los diversos intereses públicos de un Estado con aquellos de la iniciativa privada? ¿Cómo despertar el interés privado sin comprometer los objetivos públicos que deben ser perseguidos por los Estados? Algunos modos podrían ser las regalías, beneficios especiales, cuotas de participación, renegociación de contratos, o arbitraje internacional de inversión que flexibiliza la inmunidad y soberanía estatal. Estos temas fueron tratados alrededor de la experiencia venezolana en «Comentários a respeito das disposições que agregam flexibilizade ao regime fiscal e contratual nos novos projetos da faixa petrolífera do Orinoco na Venezuela. São elas suficientes para atrair investimentos e compromisso. 10 anos da aprovação da Lei Organica de Hidrocarburetos de 2001» (pp. 139-158), de Carlos Bellorin, donde se exponen los desafíos de la búsqueda de estabilidad y previsibilidad de las relaciones entre el interés público y el ambiente internacional privado, así como el papel decisivo de la ley en este sentido.

Pero, ¿qué ley se debe aplicar? Se sabe que dentro de los aspectos del arbitraje comercial internacional este es uno de los más debatibles y espinosos debido a las lagunas, ambigüedades o divergencias respecto a temas interpretativos. Así, en «O direito aplicável à contratação e à arbitragem internacional» (pp. 159-182), de José Antônio Moreno Rodriguez, se analiza esta cuestión desde categorías tales como la autonomía de la voluntad, la selección de la ley por parte del tribunal arbitral o la aplicabilidad en este caso de la *lex mercatoria* o el derecho transnacional. Este último postula que debido a la imposibilidad de una aplicación rígida de las leyes domésticas, los contratos internacionales deberían estar libres de aquellas normas que no son capaces o apropiadas para enfrentar los dilemas que les son propios y esto, una vez más, afecta la soberanía.

También se analiza la soberanía desde la perspectiva del derecho internacional público, al estudiar el tema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados en «As compras governamentais no Mercosul e a imunidade de soberania» (pp.183-206), de Luís Renato Vedovato. En este capítulo se realiza un análisis de los actos del Estado, las inmunidades de jurisdicción y ejecución en el derecho internacional público, que se caracteriza por la descentralización, la dificultad de ejecución y la autotutela en las relaciones entre los Estados nacionales, con el argumento de que hoy en día ha desaparecido la inmunidad absoluta de los Estados precisamente por la aparición de nuevas limitaciones.

Las limitaciones del Estado son, de cierta manera, revisadas también en «Arbitragem comercial internacional na contratação no âmbito do petróleo» (pp. 207-225), de Renata Álvarez Gaspar, a partir de la experiencia brasileña, donde, a pesar del mantenimiento del monopolio de este recurso natural, se abre una iniciativa a la participación del sector privado. Asimismo, se apunta además que en las cuestiones energéticas las soluciones arbitrales no sólo son viables, sino que son una vía natural de solución de controversias, sencillamente por ser capaces de –sin olvidar absolutamente a las cuestiones de soberanía– mantenerse alejadas del nacionalismo de Estado, al poner la resolución de eventuales conflictos en manos de un tercero que es de confianza para ambas partes.

Evidentemente, el trabajo no tiene por intención agotar la complejidad de la cuestión en su totalidad, ni proporcionar soluciones definitivas a cualquiera de los problemas que enfrentan. No obstante, exhibe con exactitud argumentos precisos que en conjunto sustentan la idea de que en cuestiones energéticas el papel del Derecho es fundamental para la conciliación de intereses. Del mismo modo, consagra que la construcción teórica de los derechos humanos, más allá de los entendidos como de primera o segunda generación, incluyendo las garantías recientemente reconocidas sobre protección ambiental, sirven como un límite no sólo para los Estados nacionales sino también para el sector privado. Será atrayente para los Estados establecer relaciones entre ellos en aras de promover la eficiencia energética, precisamente a través de la cooperación. Empero, no sólo la cooperación interestatal conlleva a una mayor eficiencia, también se optimizan los resultados cuando los Estados que aún operan en monopolios incorporan la participación del sector privado. En cualquiera de estos casos, para tener la eficiencia de la empresa privada, a menudo el Estado se verá obligado a establecer políticas conjuntas o estímulos que podrían llevar a revisar antiguos conceptos, tal como el de la soberanía, comprendiendo que mucho de lo que en otro momento se consideró como un ataque a ésta no es más que el proceso natural de solución de controversias. Es así como el arbitraje se convierte en una herramienta óptima en la resolución de conflictos en materia de energía.

