

## LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL ENERGÉTICO

Fernando HEFTYE ETIENNE

SUMARIO: I. *Consideraciones generales*. II. *Las fuentes del derecho internacional público*. III. *Los tratados internacionales*. IV. *La costumbre internacional*. V. *Los principios generales de derecho*. VI. *La doctrina*. VII. *La jurisprudencia internacional*. VIII. *La equidad*. IX. *Conclusión*.

### I. CONSIDERACIONES GENERALES

Aparejado a la creciente interdependencia que vive el mundo contemporáneo y al desarrollo de nuevas tecnologías que han revolucionado el quehacer cotidiano, nos encontramos con una serie de sectores de la actividad económica que han adquirido vida propia y exigen un marco normativo particular.

Dentro de éstos destaca, sin lugar a dudas, el sector energético, no sólo por su trascendencia económica sino por el impacto que tiene en el diseño e implementación de políticas nacionales. Desde hace ya varias décadas, la postura que han asumido los distintos países en torno a este sector ha sido piedra angular para el desarrollo de varias instituciones que forman parte del derecho internacional público, entre ellas: la expropiación, la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales, los embargos comerciales, las sanciones, la naturaleza jurídica de las resoluciones de organismos internacionales, etcétera. En todos y cada uno de estos temas encontramos una participación relevante del sector energético en la creación de normas *ad hoc* para abordar los múltiples problemas derivados del mismo.

Si a ello agregamos que en el sector energético participan cotidianamente agentes económicos tan diversos como son los propios Estados y las empresas multinacionales, con objetivos no siempre coincidentes sino muchas veces contradictorios, nos percatamos de la necesidad de establecer un marco normativo particular para esta rama de la actividad económica. Vale la pena aclarar que en este ensayo no se pretende defender ni

justificar la existencia de un “derecho internacional energético” como una rama autónoma del derecho internacional público, sino simplemente analizar someramente las diversas fuentes que serían aplicables al marco jurídico internacional que rige esta materia. Mucho se ha escrito sobre los diversos elementos que se tienen que configurar para la creación de una rama autónoma del derecho, pero no es nuestra intención abordar este tema, sino que pretendemos hacer el análisis de la aplicación particular de la teoría de las fuentes del derecho en un sector económico específico.

## II. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Uno de los temas que más ha recibido la atención de los juristas es la teoría de las fuentes del derecho. Sin pretender abundar en este tópico y para afectos del presente trabajo definiremos a las fuentes del derecho como los procedimientos o medios a través de los cuales se crean, modifican o extinguen normas jurídicas.

A fin de ubicar las fuentes del derecho internacional energético, partiremos del análisis de las fuentes del derecho internacional público, toda vez que por más discutible que sea la autonomía del primero, necesariamente tendría que encuadrarse dentro del segundo, con una importante salvedad —que a su vez reafirma la particularidad del derecho internacional energético— que es la participación de las empresas multinacionales, entes que no son considerados como sujetos del derecho internacional público.

La doctrina ha considerado de manera unánime que las fuentes del derecho internacional público están consagradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia,<sup>1</sup> que a la letra dice:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c) Los principios generales de derecho reconocido por las naciones civilizadas, y

1 Ver, Barberis, Julio, *Fuentes del derecho internacional público*, Buenos Aires, Depalma, 1974.

d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59, y

2. La presente disposición no restringe la facultad de la corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

En los siguientes apartados haremos referencia a cada una de estas fuentes destacando su aplicabilidad dentro del derecho internacional energético.<sup>2</sup>

### III. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Sin duda, los tratados constituyen la principal fuente del derecho internacional público y, por ende, también del derecho internacional energético. Es a través de los tratados como se manifiesta claramente la voluntad de los Estados por obligarse en el ámbito internacional, y, muchas veces, la suma de estas voluntades estatales ha dado lugar a la creación de organismos internacionales en ramas específicas de la actividad económica. El sector energético no escapa a esta realidad.

El concepto de “tratado” se utilizará en el sentido de la definición que contempla la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados,<sup>3</sup> en cuyo artículo 2, párrafo 1, inciso a, se estipula que “se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

A diferencia de otras ramas del derecho internacional público (en las que cobraría mayor importancia analizar los tratados suscritos entre diversos Estados), en el derecho internacional energético, los acuerdos de voluntades se dan entre Estados y empresas transnacionales, por lo que no son considerados como tratados, sino como contratos privados, toda vez que las empresas transnacionales no son consideradas como sujetos de derecho internacional público. Empero, vale la pena resaltar algunos de los tratados internacionales más relevantes que han dado lugar a la creación de organismos internacionales en el sector energético.

2 Algunos autores agregan a estas fuentes, a las resoluciones de organismos internacionales y a los actos unilaterales de los Estados.

3 Suscrita el 26 de marzo de 1976 y cuya entrada en vigor fue el 27 de enero de 1980.

### 1. *Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP)*

Esta organización se creó con objeto de unificar políticas —y sobre todo precios— en materia de petróleo. Sus orígenes datan de una reunión celebrada en Bagdad en septiembre de 1960 por los cinco miembros fundadores: Irán, Irak, Kuwait, Arabia Saudita y Venezuela. A este organismo se le achaca la crisis petrolera sufrida por los países importadores de petróleo en los setenta, y ha sido objeto de sanciones y represalias por parte de Estados Unidos y sus aliados.

### 2. *Agencia Internacional de Energía (AIE)*

Como respuesta a la OPEP, y bajo los auspicios de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), surgió este organismo, concebido en una conferencia internacional sobre energía que tuvo verificativo en Washington, en febrero de 1974. La agencia nació formalmente el 18 de febrero de ese año, con el objetivo fundamental de proveer una cooperación internacional efectiva en el sector energético, e, implícitamente, conjugar los esfuerzos de los países importadores de petróleo y formar un frente común frente a decisiones de la OPEP.

### 3. *Agencia Internacional de Energía Atómica*

Es un organismo internacional creado en 1957 con objeto de establecer y administrar salvaguardas respecto de materiales e instalaciones nucleares, asegurándose de que no serían utilizadas con fines militares. Las distintas regulaciones que han emanado de este organismo, así como las disposiciones del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares, suscrito en 1968, forman la piedra angular del Derecho Nuclear.

Además de los tratados constitutivos de organismos internacionales, existen muchos más que son aplicables, directa o indirectamente, al sector energético. Tan sólo aquellos relativos a la protección al medio ambiente podrían ser objeto de análisis más profundos. Sin embargo, la enumeración proporcionada sólo pretende destacar el hecho de que en el derecho internacional energético los acuerdos entre Estados, a través de la vía convencional, se han enfocado a la conjunción de esfuerzos para afrontar una problemática específica, generalmente mediante el establecimiento de organismos internacionales, que se encargan de gestionar los intereses comunes de sus Estados miembros.

Lo anterior no es óbice para que los Estados, sobre todo dentro de sus esfuerzos por configurar bloques de integración regional, vía tratados internacionales, asuman obligaciones en torno al sector energético.<sup>4</sup>

En todo caso, ello únicamente refrenda la importancia que tienen los tratados internacionales como fuente del derecho internacional energético.

#### IV. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Siendo en sus inicios, el derecho internacional público un ordenamiento eminentemente consuetudinario, la institución de la costumbre jurídica internacional permanece como un pilar en el desarrollo del mismo. A pesar de la tendencia a codificar el propio derecho internacional público,<sup>5</sup> la costumbre continúa jugando un papel esencial para comprender su alcance y contenido. De igual manera, hay que tener presente la relación entre costumbre y los tratados internacionales, y no visualizarlos como fuentes totalmente independientes entre sí.<sup>6</sup>

El derecho internacional energético también contempla en sus raíces normas de costumbre internacional. De hecho, la cooperación internacional entre los Estados en el sector energético es relativamente reciente.

En materia petrolera, el hallazgo de yacimientos a principios de siglo en diversos países en vías de desarrollo trajo consigo como consecuencia ineludible, la presencia de compañías transnacionales dispuestas a explo-

4 Tal es el supuesto de la Unión Europea, que surgió como Comunidad Económica Europea con la suscripción del Tratado de Roma, el 25 de marzo de 1957. Si bien en él no se contemplaban disposiciones sobre energía, sí estaban incorporadas en los otros dos tratados que dieron lugar a su establecimiento, el Tratado de París de 1951 que creó a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (que señalaba la prohibición de establecer cuotas y restricciones cuantitativas al comercio en materia de carbón y acero) y el tratado que dio vida a la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM) de 1958, que otorgaba a la Comunidad amplios poderes para desarrollar una industria nuclear, al crear un mercado para materiales y equipo nuclear, establecer medidas de seguridad y promover la investigación y desarrollo en este campo. Otro ejemplo es el capítulo VI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte que contempla diversas obligaciones para los Estados Parte en materia de energía. Ver al respecto, el trabajo de López Velarde Estrada, Rogelio, “Energía y petroquímica básica”, en *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 203-259.

5 La labor de la codificación del derecho internacional público está a cargo de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, a través de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Internacional.

6 “Dicha contraposición o diferenciación entre el derecho convencional y el derecho consuetudinario no debe formularse, o aplicarse, demasiado rígido dado que una norma contenida en un tratado puede ser, o llegar a ser, una norma consuetudinaria. En este sentido, una distinción rígida entre ambas, como si existieran en compartimentos, estancos, sería incorrecta”. Jiménez de Aréchega, Eduardo, “La costumbre como fuente del derecho internacional”, en *Estudios de derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, p. 379.

tar dichos recursos. El país huésped, si bien ejercía la soberanía sobre los mismos, se limitaba a otorgar concesiones sobre los mismos recibiendo a cambio contraprestaciones simbólicas.<sup>7</sup>

En ese momento histórico, la costumbre prevaleciente dictaba un papel pasivo por parte de los Estados huéspedes. Sin embargo, con el transcurso del tiempo y con el cambio en la estructura de la comunidad internacional, propiciado por el fenómeno de la descolonización auspiciado por la Organización de Naciones Unidas (ONU), pronto surgió la exigencia de un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), pugna que involucra particularmente al sector energético a nivel mundial.

El primer paso trascendental hacia la configuración de este Nuevo Orden Económico fue la Resolución adoptada por la Asamblea General de la ONU en torno a la soberanía permanente sobre los recursos naturales.<sup>8</sup> Con esta resolución, pero particularmente con la aprobación de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados,<sup>9</sup> se intensificó el debate sobre la naturaleza jurídica de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU. Los países en vías de desarrollo sostenían que dichas resoluciones eran evidencia de normas consuetudinarias al “constituir una expresión de reglas jurídicas internacionales”.<sup>10</sup> La postura opuesta, defendida por los países desarrollados, les confería el valor de una mera recomendación.

Sin pretender entrar en esa interesante polémica, este ejemplo basta para destacar el papel que pueden jugar las normas consuetudinarias en la formación del derecho internacional energético.<sup>11</sup>

## V. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO

El propio artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia contempla como fuente de derecho internacional público a los “princi-

7 Mankabady, Samir, *Energy Law*, Londres, Euromoney Books, 1990, pp. 3-5.

8 Resolución 1803 (XVII) aprobada el 14 de diciembre de 1962.

9 Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional*, México, UNAM, 1986, p. 63.

10 Conviene consultar también a Castañeda, Jorge, “Valeur Juridique des résolutions des Nations Unies”, *Recueil des Cours*, 1971.

11 En derecho internacional público subsiste la figura de la costumbre salvaje o instantánea, en virtud de la cual se transforma el elemento material de la costumbre jurídica tradicional, al exigir no la repetición de una conducta en el tiempo, sino que al darse dicha conducta a través de la simultaneidad y multiplicidad se da por satisfecho este elemento. Esta práctica la podemos observar en ramas particularmente dinámicas como el derecho del mar, cuyo logro máximo, la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar suscrita en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982, contiene diversas disposiciones aplicables al derecho internacional energético.

prios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Si bien hoy día, más que principios reconocidos por las “naciones civilizadas” debiéramos entender “aquellos acertados por los distintos sistemas jurídicos”, lo cierto es que suele ser difícil precisar el contenido y alcance de esta fuente. Hay que distinguir entre los principios generales de derecho que podemos ubicar en las legislaciones internas de los Estados y aquellos que son propios del derecho internacional público. A estos últimos inclusive se les ha denominado “principios de la Carta” por estar fundamentalmente contenidos en la Carta de la Organización de Naciones Unidas.

Los principios generales de derecho, al ser aplicables a todos los sistemas jurídicos son, por su propia naturaleza, fruto de la experiencia jurídica que es común a los distintos Estados, independientemente de su grado de desarrollo. A guisa de ejemplo podemos señalar los siguientes: el principio de la cosa juzgada, la no retroactividad de las leyes, el principio de que el primero en tiempo es primero en derecho, el respeto a los derechos adquiridos, etcétera.

En lo que respecta a los principios propios del derecho internacional público encontramos, entre otros: la regla *pacta sunt servanda*, el respeto a la independencia de los Estados, la prohibición del abuso del derecho, el principio de la primacía de la norma internacional sobre la norma interna, el principio *rebus sic stantibus* o cambio especial de circunstancias, etcétera.

Si traspasamos estos principios al ámbito del derecho internacional energético o, aún más, al de cualquier rama del derecho, en el sistema jurídico que sea, comprobamos su plena vigencia. Los juzgadores de los distintos países, los agentes económicos que participan en las diversas transacciones, los juristas de distinta ideología y formación, todos ellos reconocen, respetan y, en su caso, aplican estos principios.

En cuanto a su naturaleza y alcance, se acepta el carácter subsidiario de los principios generales de derecho, es decir, son aplicables de manera supletoria, si no hay un tratado o una norma consuetudinaria que pueda ser aplicada al caso concreto. Inclusive, en varias sentencias de tribunales internacionales se hace referencia expresa a estos “principios”.<sup>12</sup>

12 Entre los casos analizados por la Corte Internacional de Justicia en que se hace referencia a los principios generales de derecho se encuentran el del Canal de Corfú (1949), la opinión consultiva sobre Reservas a la Convención de Genocidio (1951), el fallo sobre el Sudoeste Africano (1966) y el dictamen consultivo sobre Namibia (1971).

## VI. LA DOCTRINA

Es reconocido que la doctrina como fuente subsidiaria del derecho tiene una mayor relevancia en el derecho internacional público que en el derecho interno, precisamente por la menor claridad de sus normas y su continuo desarrollo.

Existe una doctrina individual y otra de carácter colectivo. Toda vez que la primera suele estar matizada por posiciones ideológicas, la de carácter colectivo, es decir, aquella que emana de los trabajos elaborados por agrupaciones o asociaciones de juristas, tiene un mayor valor y peso en el ámbito internacional.

En el caso del derecho internacional público, tenemos como origen de esta doctrina colectiva a agrupaciones tales como la American Society of International Law, el Instituto de Derecho Internacional, L'Institute de Droit International, etcétera.

Traspassando este hecho al derecho internacional energético, también se cuenta con diversas agrupaciones especializadas, cuyos trabajos podrían formar parte de la doctrina en este sector, a saber: la International Bar Association, Section on Energy and Natural Resources, el American Petroleum Institute, la propia American Society of International Law, etcétera.

En todo caso, corresponde al juzgador darle el valor particular a la doctrina como fuente del derecho. En este sentido, la doctrina puede servir para dar fe de la existencia de una norma consuetudinaria o para comprobar la existencia misma de una norma de derecho internacional. Si bien el papel de la doctrina como fuente de derecho ha disminuido con el transcurrir de los años, al irse precisando el contenido y alcance del propio derecho internacional público, aún permanece como una válida herramienta auxiliar del derecho.

## VII. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refiere a esta fuente auxiliar como “las decisiones judiciales”, es decir, el conjunto de fallos, sentencias, dictámenes, laudos u opiniones que emanen de los distintos tribunales internacionales.

Siendo que la jurisprudencia sólo sirve como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”, las sentencias de los tribunales internacionales no cuentan con la misma fuerza que tienen en el sistema

jurídico anglosajón, es decir, una nueva sentencia no podría apoyarse exclusivamente en una sentencia anterior.

En el derecho internacional energético, la jurisprudencia internacional tiene el mismo valor que en el derecho internacional público. Cabe resaltar que numerosas sentencias emanadas de tribunales internacionales están directamente relacionadas con el sector energético. A manera de ejemplo, tan sólo señalaremos dos de ellas:

### 1. *Barcelona Traction Company*

Quizás uno de los casos más relevantes en la jurisprudencia internacional se refirió al trato que dio España a una compañía de electricidad canadiense en ese país, cuyos accionistas eran de nacionalidad belga. La decisión fue en el sentido de que, como norma de derecho internacional consuetudinario, lo que importa es la nacionalidad de la empresa, independientemente de la nacionalidad de sus accionistas.

### 2. *Phillips Petroleum*

Se refiere a la demanda de indemnización por una compañía norteamericana por la expropiación de su coinversión realizada por las autoridades iraníes. Concretamente se discutió y decidió sobre el valor de la indemnización y los criterios para formular dichos avalúos.<sup>13</sup>

Podemos apreciar que la jurisprudencia internacional continúa siendo una fuente subsidiaria que cumple con una doble función: por una parte, sirve para dilucidar el contenido del derecho; y por la otra, es un vehículo idóneo para comprobar la existencia y la aplicación de las normas de derecho internacional.

## VIII. LA EQUIDAD

El segundo párrafo del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala que: “la presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”. En este precepto, encontramos la facultad de la Corte para

13 Lauterpacht, E., “Security of Investment Abroad-Recent Arbitral and judicial Developments, Principally on the Question of Compensation”, *Energy Law 90*, *Changing Energy Markets- the Legal Consequences*, Great Britain, IBA Section on Energy and Natural Resources Law, Graham and Trotman, 1990, pp. 471-482.

decidir una controversia conforme a “lo que es justo y es bueno”, es decir, con base en la equidad, en tanto las partes así se lo soliciten.

Siempre que se juzgue con base en la equidad, se debe respetar lo contenido por la norma jurídica, o sea, la equidad no puede ser *contra legem*, sino que debe inspirarse en la propia ley.

Al respecto, Levi señala que “Toda vez que la equidad no crea nuevas normas jurídicas sino que afecta el significado de las normas existentes, su función como fuente generadora de derecho ha sido cuestionada”.<sup>14</sup>

## IX. CONCLUSIÓN

Las fuentes del derecho internacional público, a saber: los tratados, la costumbre, los principios generales de derecho, la doctrina y la jurisprudencia, pueden ser aplicadas también al derecho internacional energético. Sin discutir su existencia como rama autónoma, se puede concluir que los procedimientos o medios a partir de los cuales nacen las normas que lo configuran, son similares de aquellos propios del derecho internacional público.

14 Levi, Werner, *Contemporary International Law*, 2ª ed., Oxford, Westview Press, 1991, p. 40.