

La Protección Constitucional de los Recursos Energéticos

Francisco Javier Torres Madrid ^{1 2}

Contenido

Introducción.....	3
La Energía y su importancia.....	3
Noción de Energía.....	3
El Sector Energía y sus características	4
Importancia de la Energía.....	6
La Energía en cifras.....	6
La Seguridad Energética.....	7
La Energía a través de las constituciones peruanas	9
Las Constituciones de 1920 y 1933.....	9
Las Constituciones de 1979 y 1993.....	9
Análisis Comparado.....	12
Constitución Mexicana	13
Constitución Ecuatoriana.....	14
La Política Energética	15
La Política Energética Nacional del Perú 2010-2040	16
Reflexiones finales.....	17
Bibliografía.....	19

¹ Un agradecimiento especial al Eco. Jesus Cuadros Bustamante y al Dr. Jorge Espinoza Rivas, por sus valiosos aportes en la realización de la presente obra. La responsabilidad por lo que se afirme en el presente trabajo pertenece exclusivamente al autor y no compromete ni adelanta en modo alguno la opinión de las instituciones donde presta o ha prestado sus servicios profesionales.

² Abogado por la USMP, Master of Science en Gestión de la Energía por ESAN. Especialista en Concesiones por la Universidad de Harvard y en Regulación de Servicios Públicos por la London School of Economics. Catedrático de Posgrado en ESAN y la USMP en Regulación de Servicios Públicos y Energía.

Introducción

Erradicar la pobreza extrema y el hambre, garantizar la sostenibilidad del medio ambiente y fomentar una alianza mundial para el desarrollo: son tres de los ocho Objetivos del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2015), que tienen estrecha relación con el uso de la energía, como vehículo de bienestar de la humanidad y sus cada vez más sofisticadas y apremiantes necesidades.

Según cifras de la International Energy Agency, el uso de la energía tiene directa relación con el desarrollo de los países (International Energy Agency, 2016). Asimismo, Yergin menciona que los recursos energéticos constituyen un elemento indispensable de seguridad para las naciones, convirtiéndose por tanto en un factor geopolítico determinante (Yergin, 2012).

En ese sentido, la importancia de la energía justifica el enunciado de una política clara de protección al más alto rango jurídico posible, en la medida que constituye un componente necesario para alcanzar el bienestar, el desarrollo y la seguridad en un país. En el presente trabajo, se analizará la regulación constitucional de los recursos energéticos en el Perú, desde un contexto histórico y comparado con diversos países, buscando determinar si el actual marco constitucional peruano es el más propicio para la protección de los recursos energéticos.

La Energía y su importancia

Noción de Energía

Si en toda investigación la delimitación del objeto de estudio resulta importante, en el presente caso se plantea como una necesidad, puesto que para abordar el ámbito constitucional de la energía y los elementos que contiene, lo primero que se debe hacer es adoptar una definición de la misma que sea correcta en todos los casos, en forma atemporal y global. Los inconvenientes que este requerimiento puede producir, estarían relacionados con obtener como resultado un concepto muy simplista que excluyese las particularidades con el objetivo de mostrar un mínimo irreductible del término energía presente en todas las circunstancias, o bien todo lo contrario, un concepto muy general que no excluya ningún elemento, viniendo a representar la suma de todo lo que se puede contemplar como energía en diferentes circunstancias.

En términos generales, podríamos entender que la energía implica la capacidad para poder realizar un trabajo, es decir, transformar cuerpos y desplazarlos en el espacio. Como se puede apreciar, dicha noción puede resultar sumamente amplia y no cumpliría el objetivo de enmarcar claramente el ámbito del presente trabajo.

La energía proviene de diversas fuentes, las más usadas por el usuario final son la electricidad y los combustibles fósiles (carbón e hidrocarburos). La utilización de la leña se ha restringido al uso de los habitantes de la selva y sierra en sus necesidades básicas locales.

La energía se puede producir a través de electricidad, utilizando como energía primaria las caídas de agua (hidroelectricidad), los combustibles fósiles (gas natural, carbón e hidrocarburos), la desintegración o fusión atómica (energía atómica), radiación solar (energía solar) y otras fuentes menores (geotermia, hidrógeno, mareomotriz). Mención aparte merece la energía proveniente de la leña, la cual se utiliza principalmente en áreas rurales y que, bajo las condiciones tradicionales de su uso, produce efectos perjudiciales para la ecología y la salud.

La complejidad de enmarcar nuestro concepto, se acentúa cuando apreciamos la evolución del uso de la energía a través de la historia de la humanidad, tal como lo menciona Roberto Cunningham al establecer los modelos energéticos preagrícola, agrícola, agrícola avanzado, preindustrial e industrial (Cunningham, 2004). Dicha clasificación considera criterios concretos, tales como las necesidades a ser satisfechas, desde las más primarias como la alimentación, abrigo e iluminación, hasta contar con un factor multiplicador en la producción y consumo.

En ese sentido y para fines del presente documento, consideraremos que la energía constituye la propiedad de cualquier cuerpo o sistema no humano, a través de la cual éste puede ser transformado y usado por sociedad para fines comerciales y a escala.

El Sector Energía y sus características

El Sector Energía en el Perú se encuentra compuesto por dos subsectores: Electricidad e Hidrocarburos, existiendo en este último dos segmentos: Hidrocarburos Líquidos y Gas Natural. La industria de Hidrocarburos Líquidos se desarrolla sobre la base de infraestructura (Refinerías, Plantas de Venta, unidades de almacenamiento, Establecimientos de Venta al Público de Combustibles, entre otros) integrada entre sí a través de facilidades de transporte acuático y terrestre (barcazas, camiones tanque, etc.), todas ellas operadas bajo un esquema de autorizaciones sectoriales otorgadas bajo actos administrativos unilaterales.

En cuanto al segmento de Gas Natural, existe una estrecha similitud respecto al Subsector Electricidad, al contar con las siguientes características comunes:

- La industria se compone de tres fases: La primera que consiste en el tratamiento o transformación de la fuente energética en el bien materia de transacción económica, creándose la oferta; esta fase es llamada Generación en Electricidad, mientras que en Gas Natural recibe el nombre de Producción. La segunda fase consiste en facilitar la disposición del bien ofertado hasta los nodos de consumo (Transmisión en Electricidad, Transporte en Gas Natural). Finalmente la tercera fase, consistente en el desarrollo de redes físicas para el consumo final del bien, dentro de un área geográfica en específico, demarcada generalmente bajo un derecho de exclusividad, llamada en ambos casos Distribución.

- En el Perú, ambas industrias se encuentran particularmente vinculadas entre sí, en la medida que, a consecuencia de la reforma energética concretada en la Ley de Concesiones Eléctricas³, se promovió una diversificación en las fuentes de generación eléctrica, donde la termoelectricidad (electricidad producida sobre la base de calor, obtenido generalmente de combustibles como el gas) ha venido teniendo un papel determinante, siendo en la actualidad la fuente de más del 50% de la generación eléctrica nacional (Grissole, 2017).
- Constituyen actividades económicas que involucran inversiones considerables, con capital y financiamiento intensivos, así como tecnología y recursos especializados para el diseño, construcción, operación y mantenimiento.
- A través de estas industrias, se prestan servicios para la atención de necesidades básicas para la comunidad, habiéndose declarado las fases de Distribución como Servicios Públicos, en aplicación de la Teoría de la *Publicatio*.
- La llamada “Reforma Energética del Perú” que se llevó a cabo entre los años 1992 y 1993 (Hokama Tokashiki, 2014), involucró a ambos subsectores, con la Ley Orgánica de Hidrocarburos⁴ y la anteriormente citada Ley de Concesiones Eléctricas. No fue un simple cambio de manos en la titularidad de los bienes o en la prestación de los servicios, sino que se trató de una reforma profunda, basada en una serie de pilares regulatorios que se describen a continuación:
 - Rol subsidiario del Estado y prestación de servicios para atención de necesidades básicas por parte de éste, solo en ausencia o defecto de empresas privadas interesadas en hacerlo.
 - Tarifas que reflejen los costos económicos de la provisión del servicio con la posibilidad de obtener una rentabilidad razonable, prudente y eficiente, con subsidios explícitos a la demanda⁵.
 - Sistemas de control de gestión con sanciones ante incumplimiento y mecanismos para compartir las ganancias de eficiencias con los usuarios mediante la reducción de tarifas en términos reales.
 - Entes reguladores independientes.
 - Mecanismos de consulta pública para la toma de decisiones.

³ Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por el Decreto Ley N° 25844 y publicada el 19 de noviembre de 1992.

⁴ Ley Orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional, aprobada por la Ley N° 26221, publicada el 20 de agosto de 1993.

⁵ A modo de ejemplo, tenemos el Fondo de Compensación Eléctrica (FOSE) y el Fondo de Inclusión Social Energético (FISE), creados a través de la Ley N° 27510 y la Ley N° 29852, respectivamente.

No obstante ello, en el sector eléctrico existen algunas particularidades sobre todo en cuanto a la existencia de la actividad de operación del sistema eléctrico, la cual tiene su origen en las peculiaridades técnicas de dicha industria: la electricidad no es almacenable y se transmite por las redes a la velocidad de la luz, por lo que se deben igualar oferta y demanda de electricidad en todo momento, manteniendo los parámetros técnicos de la red de transmisión. Ello exige que realice una actividad de la coordinación técnica de las instalaciones de generación, de transporte y de distribución, que forman un “sistema”, para garantizar en todo momento la seguridad y la fiabilidad del suministro de electricidad. Estas actividades de coordinación técnica son imprescindibles para la explotación de todo sistema eléctrico, y ésta es una de las razones por las que el sector eléctrico siempre será un sector regulado.

Asimismo, a diferencia del Subsector Hidrocarburos y de cualquier otra actividad económica en el Perú, en la industria eléctrica se encuentra explícitamente prohibida la integración vertical de sus fases de Generación, Transmisión y Distribución, de modo de favorecer la competencia y evitar el posible abuso de una posición dominante⁶.

Importancia de la Energía

En la actualidad, casi para todas las actividades que desarrolla la humanidad, se utilizan diversas fuentes de energía, siendo por tanto fundamental para el desarrollo económico y la reducción de la pobreza. El suministro de energía, especialmente a las poblaciones económicamente sensibles, contribuye al logro de los objetivos de desarrollo del milenio, pues sin energía no puede haber crecimiento de las economías ni reducción de la pobreza.

La energía es un aporte importante para todos los sectores económicos, ya que abastece de combustible al transporte de bienes y personas y provee de electricidad a las industrias, al comercio y a la agricultura, así como también a importantes servicios sociales tales como la educación y la salud. Sin embargo, muchos países en desarrollo encaran una falta de suministro eléctrico, lo que perjudica a la actividad económica y reduce el crecimiento. Una gran cantidad de hogares siguen dependiendo del uso tradicional de combustibles sólidos (leña, carbón), entre otros) para cocinar y para la calefacción, carecen de acceso a electricidad o se encuentran en ambas condiciones. Estas personas por tanto, se exponen en forma inminente a altos niveles de humo, viéndose además privados del acceso a oportunidades de superación en todo sentido.

La Energía en cifras

El Sector Energía tiene un potencial muy alto para reducir la pobreza. Para poder comprender mejor la importancia de contar (y sobre todo de no contar) con ella, se presentan los siguientes datos estadísticos (Indrawati, 2015) que reflejan su trascendencia mundial:

⁶ Al respecto, Aragón señala que se restringe la integración vertical al establecer que las actividades de generación, transmisión del sistema principal y distribución, no pudiéndose efectuar por un mismo titular, salvo que la integración vertical u horizontal no impliquen una disminución, daño o restricción a la competencia y la libre concurrencia de los mercados (Aragón Castro, 2012 - II).

- Alrededor de uno de cada siete (o 1,1 mil millones de personas) en el planeta carecen de acceso a la electricidad.
- Casi 3 mil millones todavía cocinan con combustibles contaminantes como kerosene, madera, carbón y estiércol.
- En África, el desafío de la electricidad puede ser desalentador. Tomemos un país como Etiopía con una población de 91 millones de personas, de los cuales unos 68 millones de personas viven en la oscuridad.
- Incluso los países con acceso a menudo tienen un servicio muy poco fiable. Uno de cada tres países en desarrollo experimenta al menos 20 horas de apagones al mes.
- Incluso cuando se dispone de energía, puede ser prohibitivamente caro: muchos países de África subsahariana se enfrentan a costos de electricidad tan altos como 20-50 centavos de dólar por kilovatio-hora frente a un promedio mundial cercano a 10 centavos de dólar.

El crecimiento económico inclusivo es el medio más eficaz para reducir la pobreza y aumentar la prosperidad. Sin embargo, la mayor parte de la actividad económica es imposible sin una energía moderna adecuada, confiable y con precios competitivos.

Encontramos que la pobreza energética significa dos cosas: los pobres son los que tienen menos posibilidades de tener acceso al poder. Y es más probable que sigan siendo pobres si permanecen desconectados. Esta es la razón por la cual el acceso a la energía es tan importante en la lucha contra la pobreza.

La Seguridad Energética

Un suministro energético poco confiable (frecuentemente interrumpido) e inadecuado (condiciones de seguridad inapropiadas) afecta a muchos países en vías de desarrollo. Como consecuencia de ello, encontramos un bajo nivel de productividad industrial, de competitividad, trayendo consigo una fuerte restricción de la actividad económica y el crecimiento. En el caso de los inversionistas, existen agentes que ante la necesidad de contar con un suministro confiable y seguro de energía, se ven en la necesidad de generarla ellos mismos, en forma aislada de un sistema que beneficie a la totalidad de la población. El resto de la sociedad también se ve afectado, existiendo una gran cantidad de habitantes sin acceso a la energía sobre todo en las áreas rurales y perimétricas de los países en vías de desarrollo.

En este contexto, resulta relevante hacer mención a la Seguridad Energética, un concepto utilizado en forma constante pero cuya dimensión es escasamente comprendida. Contrario a lo previsible, dicho concepto no resulta de la conjunción de los términos Seguridad y Energía, definidos por separado. Considerar el contexto histórico resulta fundamental para comprender este concepto, cuyo uso se inicia en la segunda mitad del siglo xx, es decir, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

El desarrollo económico del siglo xx fue posible gracias al dinamismo de la industria energética y a su diligencia en ir por delante de las crecientes demandas, ampliando con ritmos rápidos la infraestructura de producción, transporte y distribución de energía. Los vertiginosos aumentos de la demanda durante las décadas de los 50 y 60 obligaron a las empresas y a los Estados a conseguir economías de escala y a diseñar ambiciosos programas de planificación que evitaran estrangular los crecimientos económicos por falta de capacidad energética disponible. Sin embargo, la contracción de la demanda provocada por las crisis del petróleo en los años setenta depara importantes excesos de la capacidad instalada de acuerdo con la planificación concertada entre el gobierno y las empresas.

Tal como lo señala Sánchez Ortega, el concepto de Seguridad Energética es consecuencia de la primera crisis del petróleo y del embargo al que, por cuestiones políticas, se sometió a algunos Estados tras la guerra de Yom Kipur, entendiéndose como el adecuado acceso a los recursos energéticos suficientes que permitan garantizar la disponibilidad de la energía requerida por los Estados. (Sánchez Ortega, 2013). Resulta conveniente también considerar lo señalado por la Agencia Internacional de la Energía - AIE⁷, entidad encargada de promover la Seguridad Energética, que la define como la disponibilidad ininterrumpida de fuentes de energía en un precio pagable (International Energy Agency, 2014). A pesar de su similitud, ambas definiciones tienen diferencias que merece la oportunidad rescatar: mientras que la AIE busca contar con disponibilidad firme de fuentes energéticas, Sánchez Ortega enfoca dicha disponibilidad respecto a la energía (es decir, al resultado del procesamiento de las fuentes energéticas), lo cual en la práctica no resulta exacto pues los países enfocan la protección de sus recursos naturales, entre otros aspectos, por tratarse precisamente de fuentes de energía, no debiendo ser por tanto la energía el elemento a proteger.

Como puede apreciarse, la Seguridad Energética constituye un factor esencial que todo Estado debe considerar como prioridad para lograr su desarrollo social y económico. Por el contrario, la falta de Seguridad Energética está así ligada a los impactos económicos y sociales negativos, ya sea frente a la indisponibilidad física de la energía, o frente a precios no competitivos o excesivamente volátiles. Por ejemplo, dentro de la industria internacional del Petróleo, donde los precios responden a cambios en la oferta y la demanda en forma cuasi súbita, el riesgo de indisponibilidad física conlleva generalmente a eventos extremos que ponen en riesgo a la sociedad. Las preocupaciones de seguridad del suministro se relacionan principalmente con el daño económico causado por picos de precios extremos. Como consecuencia de lo dicho anteriormente, se debe guiar las decisiones y acciones que se requieran para abastecer de energía a la población, satisfaciendo sus necesidades para el desarrollo de la economía, incluyendo como herramienta indispensable la normatividad requerida para ello, a todo nivel.

⁷ La Agencia Internacional de la Energía (AIE), organismo autónomo, se creó en noviembre de 1974. Su mandato principal es promover la seguridad energética entre sus miembros Países a través de la respuesta colectiva a las interrupciones físicas del suministro de petróleo, investigación y análisis sobre las maneras de asegurar energía confiable, asequible y limpia para sus 29 miembros Países y más allá. La AIE lleva a cabo un amplio programa de cooperación energética entre sus países miembros, teniendo entre sus objetivos el asegurar el acceso de los países miembros a un suministro fiable y amplio de todas las formas de energía; promover políticas energéticas sostenibles que estimulen el crecimiento económico y la protección del medio ambiente, entre otros. (International Energy Agency, 2014)

La Energía a través de las Constituciones peruanas

Considerando el rol determinante de la energía en la sociedad moderna, resulta importante analizar la evolución de su tratamiento a través de la principal norma del ordenamiento jurídico peruano, es decir, la Constitución. Para ello, se realizará una breve revisión de las últimas cuatro cartas magna, con el objetivo de revisar su suficiencia y la agenda pendiente.

Las Constituciones de 1920 y 1933

La Constitución de 1920 no se hace mención expresa a la energía, por lo que en principio se podría aseverar que dicha norma no habría regulado este aspecto en particular. Sin embargo, en su artículo 42° se regula la propiedad minera, estableciendo que ésta, en toda su amplitud, pertenece al Estado, por lo que se podrá conceder la posesión o usufructo conforme a las disposiciones legales pertinentes. Al respecto y por extensión, el ámbito del término minería abarca una serie de minerales que, según la clasificación de Aranzamendi y Huamán, se divide en: metales, minerales industriales, materiales de construcción, gemas y combustibles (Aranzamendi N. & Huamán Meza, 2015); a su vez, éstos últimos comprenden tanto al petróleo y gas, los cuales constituyen fuentes de energía, motivo por el cual existe una conexión jurídica que las regula. Ello resulta concordante con la concepción de “minería” que desarrollan Franciskovic e Ipenza, al señalar que este término se divide en dos áreas: minería común y de hidrocarburos (Franciskovic & Ipenza, 2015). En consecuencia, la Constitución de 1920 establecía que tanto el petróleo y gas, así como el resto de los minerales se encontraba bajo el dominio estatal y, en consecuencia, podría otorgarse derechos de explotación mediante una concesión.

Por su parte, la Constitución de 1933 establece en su artículo 37 que las minas y las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, reservándose la potestad de regular el uso, propiedad y usufructo a particulares. Particular mención merece el término “fuentes naturales de riqueza”, lo que involucra a todo recurso natural pasible de uso como insumo directo o indirecto en actividades comerciales. Dentro de este concepto, se encuentran las fuentes primarias de energía.

Las Constituciones de 1979 y 1993

Resulta importante revisar el contexto de estas dos últimas constituciones, a efectos de entender con mayor claridad la real intención del legislador. Durante las décadas de los setenta y ochenta, la participación del Estado Peruano en la actividad económica se elevó significativamente, dado el rol de gestor de desarrollo económico que se le había asignado; este era concebido como el Estado Empresario y por tanto el desarrollo del mercado dependía de él. Debe tenerse presente que fue durante el régimen militar (1968-1975) que se incrementó la participación del Estado en la economía, por ello la mayor parte de empresas públicas peruanas, tanto las que fueron objeto de estatización como las nuevas, se remontan a dichas épocas. Así, entre 1987 y 1990, las empresas estables experimentaron un fuerte crecimiento de su participación en la economía. A finales de los 80, las compañías públicas

controlaban entre 15% y 20% del PBI, 28% de las exportaciones y 26% de las importaciones. El Estado tenía el monopolio de los servicios básicos como la electricidad, los hidrocarburos y las telecomunicaciones (Manco Zaconetti, 2002).

En este escenario, la Constitución de 1979 atribuye poder al Estado sobre los recursos naturales⁸, siendo esta vez más específica, precisando la existencia de recursos renovables y no renovables, haciendo inclusive mención expresa a minerales, tierras, bosques, aguas y fuentes de energía. Sin embargo, existe una diferencia en los términos jurídicos que se utilizan en esta constitución frente a las anteriores, en la medida que las Constituciones de 1920 y 1933 establecen la propiedad del Estado respecto a los recursos naturales, mientras que la Constitución de 1979 determina que estos recursos, además de pertenecer al Estado, son patrimonio de la Nación.

Al respecto, debe realizarse una necesaria precisión en relación al término “propiedad” o “pertenencia”, en la medida que quien ostenta propiedad es capaz de poder transferirla a terceros, situación que implicaría la posibilidad de disponer de los recursos naturales *in situ*, lo cual podría resultar negativo para los intereses del Estado, en la medida que el “propietario” de un bien puede ejercer todas las facultades contempladas en el Código Civil e, incluso, podría no realizar acto alguno. Ello podría significar que, en un extremo caso, el inversionista podría optar por suspender la explotación de los recursos naturales, entre ellos los energéticos.

Por otra parte, la Constitución de 1979 mantuvo la concepción que los recursos naturales pertenecen al Estado, tal y como lo señalaba la Constitución de 1933. Sin embargo, en la Constitución de 1979 se estableció, además, que los recursos naturales, sean renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación. Ello implicaba un cambio sustancial, no en la titularidad de los recursos naturales, sino en el beneficio e impactos que devienen de su aprovechamiento. Siendo así, corresponde abordar los conceptos de Estado y Nación.

El Estado puede ser concebido como una entidad con personalidad jurídica propia, constituida por un pueblo, acentuada en un determinado territorio y con soberanía propia; representada a través de un gobierno, el mismo que ostenta facultades y obligaciones.

La Nación por su parte, desde una perspectiva dualista, como principio espiritual, constituye un alma; y como individuo, es el resultado de un largo pasado de esfuerzos, de sacrificios y desvelos. En otras palabras, la Nación está conformada por individuos determinables que comparten un mismo sentimiento o que tienen rasgos en común (idioma, religión, costumbres, entre otros).

Así las cosas, cabe la pregunta ¿Por qué se definió que los recursos naturales constituirían patrimonio de la Nación en la Constitución de 1979?

Antes de ello, debe indicarse que Nación como concepto, se menciona en la Constitución de 1933 solamente dos veces, específicamente en los artículos 92 y 134, en las cuales se señala que “los diputados y los senadores representan a la Nación (...)” y “el Presidente de la

⁸ Resulta útil precisar el significado del término Recursos Naturales, el cual puede ser concebido como el conjunto de materiales que se encuentran en la naturaleza y que los seres humanos aprovechan en su estado primario o con un procesamiento mínimo, para su consumo o procesamiento en la obtención de otros productos (Gudynas, 2015)

República es el Jefe del Estado y personifica la Nación”, respectivamente. Por lo que, de las redacciones acotadas, se observa que Nación constituye un conjunto de individuos determinables con las características mencionadas.

El empleo del concepto Nación cambia significativamente con la dación de la Constitución de 1979, incrementando su uso para hacer referencia a ese conjunto de individuos determinables a los que se hace referencia líneas anteriores.

Es así que, llegamos a abordar el artículo 118 de la Constitución de 1979, mediante el cual el legislador constitucional de esa época, estudioso de las instituciones jurídico-políticas, decide no desplazar la propiedad del Estado frente a los recursos naturales a favor de la Nación, sino señalar que estos constituyen patrimonio de este último.

Ahora bien, partiendo de la conjuntiva anunciada que, los recursos naturales pertenecen al Estado y son patrimonio de la Nación, cabe la pregunta ¿Cuál es el significado de indicar que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y no solo que estos pertenecen al Estado?

Los recursos naturales no son de titularidad de Nación, es decir, no son de su propiedad, sino del Estado; y ello porque Nación es un concepto socio-político utilizado para describir a un conjunto de individuos determinables con características ya comentadas líneas arriba, no constituyendo en esencia un sujeto de derecho. Asimismo, porque la Constitución ha determinado que es el Estado el titular de los recursos naturales, dejando a la Ley las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares, que como sujeto de derecho ostenta facultades y obligaciones.

Entonces ¿Qué implica que los recursos naturales sean patrimonio de la Nación? Se ha señalado que el Estado como titular de los recursos naturales tiene facultades para el uso y disposición de estos, adquiriendo derechos y obligaciones en virtud de los actos jurídicos en que participe, pero los beneficios del uso y disposición de los recursos naturales deben tener un impacto positivo en la Nación, directa o indirectamente.

En esta línea, podemos concluir que el legislador constitucional de 1979 trató de dar mayor énfasis a lo que constituye Nación dentro del desarrollo político-social de esa época, imponiendo al Estado un límite al uso y disposición de los recursos naturales.

De otro lado, en la década de los noventa, el Estado entró en crisis y el sector privado también resultó afectado, las inversiones en ambos decrecieron notablemente, lo cual se agudizó más con la violencia terrorista que en esos años vivía el Perú. En este contexto, el gobierno de turno, en el marco del Consenso de Washington⁹, puso en marcha un ambicioso programa de privatizaciones que alteraron la estructura de la propiedad y las reglas de juego en la economía (Manco Zaconetti, 2002).

⁹ El Consenso de Washington significa el complejo político-económico-intelectual integrado por los organismos internacionales (Fondo Monetario Internacional - IMF, Banco Mundial - WB), el Congreso de los Estados Unidos de América, la Reserva Federal, los altos cargos de la Administración y los grupos de expertos. Los temas sobre los cuales existiría acuerdo son: i) disciplina presupuestaria; ii) cambios en las prioridades del gasto público (de áreas menos productivas a sanidad, educación e infraestructuras); iii) reforma fiscal encaminada a buscar bases imponibles amplias y tipos marginales moderados; iv) liberalización financiera, especialmente de los tipos de interés; v) búsqueda y mantenimiento de tipos de cambio competitivos; vi) liberalización comercial; vii) apertura a la entrada de inversiones extranjeras directas; viii) privatizaciones; ix) desregulaciones y; x) garantía de los derechos de propiedad (Maria Serrano, 2000).

En ese sentido, mediante la Constitución de 1993 se buscó aclarar la situación generada, precisando que el Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Ostentar soberanía implica una serie de prerrogativas frente a cualquier otro derecho de particulares, ello en la medida que ésta consiste en la manifestación que distingue y caracteriza al Poder del Estado por la cual se afirma su superioridad jurídica sobre cualquier otro poder, sin aceptar limitación ni subordinación que cercene sus facultades ni su independencia dentro de su territorio y posesiones (Cabanellas, 2009). De igual forma, la Constitución vigente establece que a través de la concesión para el aprovechamiento de los recursos naturales, se otorga a su titular un derecho real pues, en efecto, al otorgarse dicho acto administrativo, es decir, el derecho a explotar el recurso energético, se otorga un derecho real administrativo, con el propósito que los particulares gocen de bienes demaniales. Tal como señala Álvarez Hernández, la naturaleza jurídica de tales derechos implica una concurrencia de dos intereses: el público, por la reserva del bien a favor del Estado, y el privado, por el goce concedido sobre el bien a favor del particular (Álvarez Hernández, 2011).

Así, se promulgaron una serie de normas que tenían como finalidad promover la participación del sector privado en la economía, incluyendo el otorgamiento de seguridades y garantía a los inversionistas y facilidades para el pago de tributos; además, se suscribieron acuerdos de protección a la inversión extranjera y diversos convenios que facilitaban la resolución de conflictos en caso de controversias (arbitraje). Todo ello implicó que se eliminaran las intervenciones y se liberaran los mercados sujetos a control de precios y subsidios; permitiéndose, además, que se otorgaran en concesión diversas actividades que hasta ese momento habían sido manejadas exclusivamente por el Estados, como el caso de los servicios públicos y sectores calificados como estratégicos (hidrocarburos).

Estas reformas representaron cambios profundos en los roles que hasta ese entonces venían ejerciendo el Estados, los privados y la sociedad en general, dado que el accionar económico ejerciendo hasta ese momento por el Estado se vio reducido a un rol subsidiario, dando paso así a un rol más protagónico del sector privado en la economía. En suma, se dio un cambio del marco regulador de las principales actividades que impulsaban la economía peruana, incluyendo las actividades desarrolladas en el sector energético peruano.

Ante el desarrollo constitucional antes expuesto, podemos apreciar que en el Perú se ha regulado a la energía como parte de un conjunto amplio y diverso (recursos naturales), limitándose a establecer el titular del derecho de propiedad de los mismos y la forma de cómo convocar la inversión privada. Esta regulación constitucional no resulta suficiente, en la medida que, como se mencionó anteriormente, existen diversos aspectos a ser tratados al más alto rango jurídico posible.

Análisis Comparado

En un documento anterior, se realizó un estudio sobre el tratamiento constitucional de la energía en las distintas constituciones de Latinoamérica y el Caribe. En esta oportunidad, se centrará el análisis en dos países que destacan por su reciente y enfocado desarrollo

constitucional en el sector energético, tales son los casos de México y Ecuador, que a continuación se detallan.

Constitución Mexicana

Recientemente, en el año 2013, se logró en México la reforma constitucional energética, con el claro objetivo de desarrollar la industria petrolera bajo la rectoría del Estado, promoviendo el desarrollo de un sistema energético nacional, basado en principios técnicos y económicos, bajo la conducción y regulación del Estado.

La organización del mercado energético mexicano se fundamenta en el modelo de monopolio público, entendido como aquel en el que suprime la libre competencia y se reemplaza el mercado por el Estado. A diferencia del concepto de monopolio estatal puro vigente en Venezuela (Baptista, 2010), para el caso mexicano se establece la figura del comprador único, en el cual las empresas públicas tienen derecho especial y exclusivo a comprar la energía eléctrica producida por terceros. La razón por la cual México basa su mercado en este modelo -mientras que los demás países de la región la tendencia dominante es hacia la libre competencia-, se fundamenta en la soberanía como valor nacional fundamental para la población de ese país. México dispone de enormes yacimientos petroleros (Oyedele, 2017)¹⁰, así como de recursos necesarios para lograr una efectiva financiación para el acceso a la energía en el marco de un modelo de monopolio público.

Dentro de los principales términos de la mencionada reforma, se tienen los siguientes puntos:

- i. Mantener la propiedad de la Nación sobre los hidrocarburos que se encuentran en el subsuelo.
- ii. Modernizar y fortalecer, sin privatizar, a Pemex (empresa petrolera estatal mexicana) y a la Comisión Federal de Electricidad (empresa estatal dedicada a la generación, transmisión y comercialización de energía eléctrica), manteniendo el accionariado de propiedad exclusiva del Estado Mexicano.
- iii. Reducir la exposición del país a los riesgos financieros, geológicos y ambientales en las actividades de exploración y extracción de petróleo y gas¹¹.
- iv. Permitir que la Nación ejerza, de manera exclusiva, la planeación y control del sistema eléctrico nacional, en beneficio de un sistema competitivo que permita reducir los precios de la electricidad.
- v. Contar con un mayor abastecimiento de energéticos a mejores precios.

¹⁰ Recientemente, se se ha reportado el descubrimiento de cerca de mil millones de barriles de petróleo en la costa de México, en medio de un exceso de suministros globales, según reporta Oyedele, esta descubrimiento coincide con la apertura de la industria hidrocarbúrfera a los inversionistas extranjeros, producto de las reformas constitucionales que pusieron fin al monopolio de décadas que la petrolera estatal Pemex había mantenido (Oyedele, 2017).

¹¹ En la industria extractiva de los Hidrocarburos, existen altos riesgos propios de dicha actividad, entre ellos el denominado riesgo geológico, que implica la incertidumbre respecto a la existencia del recurso natural buscado, el cual generalmente se encuentra in situ, es decir, en el subsuelo (Torres Madrid, Camisea 2.0 Evolución y perspectivas del mercado de gas natural en el Perú, 2015).

- vi. Combatir de manera efectiva la corrupción en el sector energético.
- vii. Fortalecer la administración de los ingresos petroleros e impulsar el ahorro de largo plazo en beneficio de las generaciones futuras.
- viii. Impulsar el desarrollo con responsabilidad social y proteger al medio ambiente.

La evolución de la regulación de sector energético mexicano permite apreciar un modelo ecléctico que mantuvo una oposición constante entre la intervención estatal y la libre competencia. El monopolio público permite lograr objetivos que, en el caso mexicano, se han venido logrando en mayor proporción que con el modelo de libre competencia.

Constitución Ecuatoriana

El artículo 313 de la Constitución Política de Ecuador identifica como sectores estratégicos a la energía en todas sus formas, dada su trascendencia e influencia económica, social, política y ambiental (Torres Madrid, La Energía en las Constituciones de América Latina y el Caribe, 2015), a los recursos naturales no renovables, al transporte y la refinación de hidrocarburos, entre otros. Dicha carta política entiende por sectores estratégicos, a aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, atendiendo que los mismos deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

La redacción antes citada no resulta *per se* clara y concreta en su aplicación, motivo por el cual la Corte Constitucional del Ecuador realizó un desarrollo (Interpretación del contenido de los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República del Ecuador, 2012) que como resultado, se rescatan los siguientes puntos:

- Corresponde al Estado la administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos, atribuciones que las ejercerá mediante los organismos o entidades creadas por la Constitución o la ley.
- Corresponde al Estado constituir empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas; estas empresas públicas, por poseer personalidad jurídica y autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, estarán dirigidas por sus respectivas autoridades, y podrán delegar la participación en el sector estratégico y en la prestación de servicios públicos a empresas mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria y, excepcionalmente, a la iniciativa privada.

Por otro lado, en la Constitución Ecuatoriana se desarrolla el concepto de Soberanía Energética, la que se considera como un objetivo de la soberanía económica y comercial; asimismo. Asimismo, en su artículo 408° se realiza una importante mención respecto a los recursos naturales no renovables, indicando que éstos constituyen propiedad inalienable,

imprescriptible e inembargable del Estado; quien garantiza la preservación y recuperación de los ciclos naturales de los recursos, permitiendo condiciones de vida con dignidad y; reservándose el Estado el derecho a participar en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota.

Finalmente, el artículo 413 de la Constitución Ecuatoriana establece que el Estado promueve la eficiencia energética, y las energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua. Sobre este punto, vale la pena desarrollar el concepto de energías renovables, toda vez que constituye una novedad en cuanto al desarrollo constitucional en la región.

Pues bien, la AIE define que las energías renovables son aquellas que derivan de procesos naturales que se reponen constantemente (International Energy Agency, 2007); es por esta razón que se le vincula con el equilibrio de los ecosistemas. Tradicionalmente, el concepto de energías renovables se relaciona con el cuidado del medio ambiente, indistintamente a las distintas variedades que este concepto puede albergar. En efecto, dentro de este concepto, además comprender a las cada vez más populares energías fotovoltaicas y eólicas, también se encuentran las llamadas energías renovables combustibles sólidas, las cuales tienen por fuente a la leña y al carbón vegetal, pudiendo ser el consumo de éstos últimos, causantes de deforestación y emisiones de Gases con Efecto Invernadero, respectivamente, siendo éstos últimos los principales causantes de los daños en la capa de ozono. En este contexto, resultaría congruente interpretar que el legislador ecuatoriano se refiere a energías renovables que, para su desarrollo y comercialización, no degraden el medio ambiente, concepto que en la actualidad se utiliza para denominar a las “energías verdes”, promovidas como símbolo de compromiso corporativo con la sociedad y el ambiente por diversas empresas¹², pero que también es objeto de críticas en su aplicación¹³.

Como puede apreciarse, la Constitución Ecuatoriana tiene un desarrollo constitucional enfatizado a la protección de los recursos energéticos, enfatizando en la preservación de los recursos no renovables, así como en el impulso de las energías verdes.

La Política Energética

La política de desarrollo de un país debe plantearse considerando las actividades económicas que tengan mayor posibilidad de desarrollo de acuerdo a las disponibilidades de recursos que posea el país y la existencia de recursos de energía primaria del país y/o la capacidad de utilizar los recursos para adquirir la energía que se requiere.

La Política Energética desempeña un rol de especial significación dentro de las políticas socio-económicas de desarrollo nacional, dado que la energía constituye un elemento

¹² En España, algunas empresas reconocidas en el rubro energético difunden el uso de las energías verdes en sus operaciones, ello en aplicación de la Directiva Europea 2001/77/CE:

<https://www.endsaclientes.com/preguntas-frecuentes/productos-servicios/energia-verde.html>
<http://ayuda.clientes.iberdrola.es/pregunta-frecuente/energia-verde/>

¹³ La organización no gubernamental Green Peace señala que la promoción de las energías verdes constituyen una oportunidad de negocio para las eléctricas. (Green Peace, 2003)

determinante de la calidad de vida de la población, es un insumo imprescindible para la realización de las diversas actividades económicas y sociales del país, requiere para su desarrollo de una considerable magnitud de inversiones, y tiene una intensa interacción con el ambiente.

Tomando en cuenta la importancia de las interacciones del sistema energético con la economía, la sociedad, el ambiente natural y la política, resulta evidente que la formulación de una política energética que promueva el desarrollo sostenible del país requiere de la participación de los actores que son al mismo tiempo protagonistas y destinatarios de ella; tales como los poderes del Estado, las entidades representativas, las empresas, los trabajadores y el resto de la sociedad (Ministerio de Energía y Minas, 2002).

Tal como señala Sobre Casas, países con gran dependencia de insumos derivados del petróleo afrontaron el problema y desarrollaron políticas diferentes en la forma de abordar la crisis del embargo petrolero de la OPEP, en el año 1973 (Sobre Casas, 2012). Estas políticas tienen mucho que ver con la cultura de consumo de cada pueblo, con las fuentes de producción de energía alternativas y en especial con los medios o instrumentos con que implementaron estas políticas.

Numerosos ejemplos han demostrado que para el desarrollo de un país no se requiere tener fuentes de energía primaria. Sin embargo, como política estratégica es conveniente tener asegurado, en el estado de desarrollo técnico actual, el suministro confiable y suficiente de combustibles fósiles que aseguren el abastecimiento nacional.

La Política Energética Nacional del Perú 2010-2040

La Política Energética del Perú tiene por objetivo asegurar el abastecimiento de fuentes energéticas de acuerdo a sus necesidades y el suministro de gas a precio económico para los más pobres. Esta política, así como las demás manifestaciones legislativas emitidas por el Estado, deben encontrarse acorde con la Constitución Política vigente.

En ese sentido, mediante Decreto Supremo N° 064-2010-EM, se aprobó la Política Energética Nacional del Perú 2010 – 2040, sustentándose en conceptos de desarrollo sostenible y en el marco jurídico nacional, con énfasis en los aspectos de promoción y protección de la inversión privada, minimizando los impactos sociales y ambientales y respetando e incentivando los mercados energéticos, así como promoviendo la eficiencia energética y el desarrollo de las energías renovables a nivel local, regional y nacional. Dicha política establece como visión, un sistema energético que satisface la demanda nacional de energía de manera confiable, regular, continua y eficiente, que promueve el desarrollo sostenible y se soporta en la planificación y en la investigación e innovación tecnológica continúa.

Entre los objetivos más resaltantes de la política energética nacional, se destaca el de desarrollar un sector energético con mínimo impacto ambiental y bajas emisiones de carbono en un marco de desarrollo sostenible, teniendo que cumplir los siguientes lineamientos:

- Impulsar el desarrollo y uso de energías limpias y de tecnologías con bajas emisiones contaminantes y que eviten la biodegradación de los recursos.
- Establecer medidas para la mitigación de emisiones provenientes de las actividades energéticas.
- Promover que los proyectos energéticos obtengan los beneficios de la venta de los certificados de la reducción de emisiones (CERs) para el mercado de carbono.
- Alcanzar una normativa ambiental con requerimientos compatibles con la Política Nacional del Ambiente y los estándares internacionales.
- Promover el perfeccionamiento permanente de las normas de seguridad en el uso de energéticos.
- Promover e incentivar el uso de residuos sólidos y líquidos para la producción de energía.
- Promover prácticas de responsabilidad social en las actividades energéticas.
- Promover las relaciones armoniosas entre el estado, las comunidades y empresas del sector energía.

Algunos de los lineamientos de la Política Energética Nacional son de trascendental importancia, a tal punto que sus enunciados son similares a los observados en las constituciones mexicana y ecuatoriana, tales como la promoción de las energías limpias y lo concerniente a la protección ambiental. Sin embargo, los efectos del mismo enunciado, contenido en una norma sectorial (Decreto Supremo), no serían los mismos si éstos gozaran de jerarquía constitucional, toda vez que podrían ser incluso oponibles a disposiciones con rango de Ley.

Desde la perspectiva de la promoción de la inversión privada, evaluar la inclusión de premisas de protección a los recursos energéticos y promoción de energías limpias, resultaría muy favorable, incrementándose el grado de certeza y confianza de parte de los inversionistas, quienes generalmente provienen de legislaciones y eventualmente sistemas jurídicos distintos al peruano. La inclusión de este tipo de premisas en la norma constitucional demarca una línea de actuación estatal que genera mayor confianza e incentivos para la promoción de la inversión en el Perú.

Reflexiones finales

La energía es un requisito previo para el desarrollo económico. La prosperidad que el desarrollo económico brinda, estimula la demanda de más y mejores condiciones de calidad

de servicios energéticos. Muchos países han establecido un círculo virtuoso de mejoras en la infraestructura energética y crecimiento económico.

Los servicios energéticos (distribución de electricidad y de gas natural por redes de ductos) permiten satisfacer las necesidades básicas de los seres humanos, contribuyendo al desarrollo social, siendo por tanto calificados por Ley como Servicios Públicos.

A la luz del modelo constitucional mexicano, el modelo de monopolio público energético en América Latina debería ser revisado en cuanto a sus efectos y viabilidad a largo plazo, ello a la luz del surgimiento de nuevas realidades que obligarán a cambiar la forma de cómo se vienen prestando Servicios Públicos en Latinoamérica.

Los gobiernos deben actuar con decisión para acelerar la transición a los combustibles limpios y romper el círculo vicioso de la pobreza energética y el subdesarrollo humano en los países más pobres del mundo. Esto supondrá una mejora disponibilidad y asequibilidad de la energía, particularmente en áreas rurales. Dada la relevancia de dichas medidas, se sugiere evaluar la posibilidad de elevarlas a rango constitucional, incrementando la certeza en las inversiones.

Bibliografía

- Álvarez Hernández, F. (2011). DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 126, 65-88.
- Aragón Castro, I. (2012 - II). El mercado de electricidad en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo N° 12*, 12, 165-174.
- Aranzamendi N., L., & Huamán Meza, J. (2015). *Minería. Potencialidad, Problemática, Derecho y Legislación*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.
- Baptista, A. (2010). *Teoría Económica del Capitalismo Rentístico*. Caracas, Caracas, Venezuela: Banco Central de Venezuela.
- Cabanellas, G. (2009). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Cunningham, R. (2004). *La Energía*. Buenos Aires: Instituto Argentino del Petróleo y del Gas.
- Franciskovic, M., & Ipenza, C. (2015). *Derecho Minero y el Medio Ambiente*. (E. y. Grijley, Ed.) Lima.
- Green Peace. (2003). *Revista Trimestral IV / 2003*. Retrieved 2017 from Green Peace Web Site: <http://www.greenpeace.org/espana/Global/espana/report/other/energ-a-verde.pdf>
- Grissole, M. (2017, march 08). Hunt Oil: Regalías de Camisea superan los US\$ 12,000 millones. (R. M. Energía, Interviewer) Lima, Lima, Perú: Revista Minería & Energía.
- Gudynas, E. (2015). *Extractivismos, Ecología, Economía y Política de un modo de entender el desarrollo y la naturaleza*. Lima.
- Hokama Tokashiki, D. (2014). Historia de Camisea. *Camisea: 10 años. Logros y Perspectivas del Gas Natural en el Perú*. Lima: Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERGMIN.
- Indrawati, S. M. (2015). Energy and Sustainable Development: What's Next? *Cumbre Internacional de Energía para Estudiantes*. Bali, Indonesia: World Bank.
- International Energy Agency. (2007). *Manual de Estadísticas Energéticas*. Retrieved 2017 from International Energy Agency Web Site: https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/statistics_manual_spanish.pdf

- International Energy Agency. (2014). *About Us: International Energy Agency*. Retrieved 2017, from International Energy Agency Web Site: <https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/ENERGYSUPPLYS-SECURITY2014.pdf>
- International Energy Agency. (2016, December). *World Energy Outlook 2016*. Paris: OECD / IEA.
- Manco Zaconetti, J. (2002). *Privatización e Hidrocarburos: mito y realidad. Perú 1991-2002*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Maria Serrano, J. (2000). El 'Consenso de Washington' ¿Paradigma Económico del Capitalismo Triunfante? *Revista de Fomento Social* N° 217, 29-45.
- Ministerio de Energía y Minas. (2002). *Lineamientos de política de largo plazo para el Sector Energía*. Retrieved 2017 from Ministerio de Energía y Minas Web Site: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/BBBCC0DBD385A959052574AB0060E396/\\$FILE/plan_referencial_de_energia_2015.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/BBBCC0DBD385A959052574AB0060E396/$FILE/plan_referencial_de_energia_2015.pdf)
- ONU. (2015). *About Us: Naciones Unidas*. Retrieved junio 03, 2017 from Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU: <http://www.un.org/es/millenniumgoals/>
- Oyedele, A. (2017, July 17). 1 billion barrels of oil have been discovered in the Gulf of Mexico. *Business Insider*.
- Sánchez Ortega, A. J. (2013). *Poder y seguridad energética en las relaciones internacionales*. Madrid: Editorial Reus S.A.
- Sentencia N° 001-12-SIC-CC, Caso N° 0008-10-IC (Corte Constitucional del Ecuador enero 05, 2012).
- Sobre Casas, R. (2012). Políticas de Energía: Una visión de la Crisis de 1973 y sus efectos. In U. E. Colombia, *Regulación Comparada: Energía Eléctrica y Gas* (pp. 169-184). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Torres Madrid, F. (2015). Camisea 2.0 Evolución y perspectivas del mercado de gas natural en el Perú. *Vox Juris*, 30, 191-201.
- Torres Madrid, F. (2015, September). La Energía en las Constituciones de América Latina y el Caribe. *Revista Electrónica Minas & Derecho*, 4, 1-6.
- Yergin, D. (2012). *The Quest*. London: Penguin Books.