

“Las facultades de la agencia nacional de seguridad industrial y de protección al medio ambiente del sector hidrocarburos a la luz del derecho internacional”

Juan Gonzalo Rodríguez Pérez

Introducción

El 20 de diciembre de 2013 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la promulgación de una reforma constitucional, por medio de la cual se modificaron los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹ (en adelante, la “Constitución”). Dicha reforma es conocida como la “Reforma Energética” y tiene como objetivo permitir la participación de la inversión privada en el sector hidrocarburos, así como de impulsar el desarrollo del sector eléctrico. En el Transitorio Décimo Noveno de la Reforma Energética se ordenó la creación de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos (en adelante, la “Agencia”).

La característica más relevante de la Reforma Energética es la posibilidad de que inversionistas nacionales y extranjeros participen, a través de vehículos de inversión nacionales, en actividades que anteriormente estaban reservadas para el Estado, como lo es el sector de hidrocarburos. Dentro del sector hidrocarburos recaen la extracción, almacenamiento, transporte y comercialización de petróleo, gas natural, condensados, líquidos de gas natural e hidratos de metano. Para efectos de la presente investigación, cuando se hable del sector hidrocarburos, nos referiremos exclusivamente a las actividades relacionadas con la extracción de petróleo.

Las actividades del sector hidrocarburos tienen un alto grado de riesgo de contaminación con carácter de irreparable. Una pobre o anómala regulación en el sector provocaría que los inversionistas descuiden o sobrepasen la contaminación permitida. Lo anterior no es solamente un problema ecológico, sino que llevaría a México a caer en supuestos de incumplimiento con el derecho ambiental internacional.

Por otro lado, si bien es necesario que se regule y proteja el medio ambiente, también es importante que se mantenga un entorno propicio para la inversión en el sector hidrocarburos. México es parte de diversos tratados multilaterales y bilaterales de protección a la inversión que garantizan un trato justo e igualitario a los inversionistas extranjeros. Un desacato a estos

¹ Decreto por el se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de diciembre de 2013.

tratados o la provocación de daños injustificados a los inversionistas protegidos por éstos traerían aparejada una sanción por responsabilidad internacional en contra del Estado mexicano.

La regulación frente a los inversionistas tiene relevancia también en el contexto de las disputas entre el Estado mexicano y otros Estados, en caso de que estos últimos se vean perjudicados por efectos contaminantes. Cuando México sea responsable en esta clase de disputas, debe tener la seguridad que la indemnización será pagada por los inversionistas que provocaron los daños ambientales y no por el erario público.

La Agencia debe regular y proteger el medio ambiente dentro de un marco jurídico claramente establecido, en el que los participantes del sector encuentren límites seguros para sus actuaciones y en el que no exista incertidumbre respecto de las consecuencias jurídicas de las mismas.

Al ser un órgano de reciente creación dentro de un área poco explorada dentro del sistema jurídico mexicano, existe un desconocimiento de sus facultades, obligaciones y el rol que debe desempeñar dentro del aparato regulatorio del sector energético nacional. Por lo anterior, es necesario realizar un análisis detallado de la Agencia y su marco regulatorio. Es muy importante desmembrar este órgano para analizar cada una de sus funciones en la creación y operación de un marco legal que cumpla con las disposiciones de derecho ambiental internacional y derecho internacional de protección a los inversionistas. El desconocimiento de sus funciones o de las consecuencias exactas que tendrán cada una de sus actuaciones u omisiones puede llevar a una pobre o nula regulación del sector hidrocarburos.

Las actuaciones de la Agencia tienen importantísimas implicaciones de carácter internacional. Por ello, y con la única finalidad de establecer el marco normativo de la Agencia, se analizarán distintas fuentes del derecho internacional en cuanto éstas generan obligaciones y condicionan las actuaciones de la Agencia. Su estudio podrá ser aprovechado como un medio de prevención de responsabilidad internacional por parte del Estado mexicano, tanto de daños contra terceros afectados por la contaminación o contra los mismos inversionistas.

Como se mencionó previamente, el propósito de la Reforma Energética es una apertura comercial con la finalidad de recibir inversión y crear mejores condiciones de vida para la población, a través de nuevas y mejores fuentes de empleo. Es importante crear las condiciones para que los inversionistas vengan a México. La Agencia, como órgano regulador del sector hidrocarburos tiene un rol fundamental dentro las consideraciones para invertir en México. Es necesario que los inversionistas sepan que se encontrarán frente a una institución seria que basa sus actuaciones en las normas jurídicas nacionales, pero siempre respetando los derechos de los

inversionistas extranjeros que México se ha comprometido a respetar a través de los múltiples tratados de inversión.

Asimismo, es importante destacar la importancia que tiene el hecho de que los funcionarios de la Agencia conozcan a fondo sus facultades y las herramientas con las que cuentan para la protección del medio ambiente y la regulación de las empresas inversionistas. Si no entienden bien los límites reglamentarios impuestos por los tratados de protección a la inversión extranjera, esto puede provocar una pobre o nula regulación (*Regulatory Chill*, como se le conoce en el derecho anglosajón) con el objeto de favorecer a los inversionistas y evitar el riesgo de arbitrajes internacionales. Esto podría resultar en una regulación insuficiente para evitar daños al medio ambiente. También podría provocar una situación de inseguridad para los mismos inversionistas, pues no estarían claras las reglas regulatorias del sector, provocando una falta de seguridad jurídica respecto de las consecuencias de sus actos.

Por último, es preciso hacer una observación respecto de una problemática del derecho internacional que tiene implicaciones directas con los temas que se desarrollan en la presente investigación: la fragmentación del derecho internacional. La fragmentación del derecho internacional surge, entre otras causas, por la especialización de las normas del derecho internacional. Las ramas o regímenes del derecho internacional no deben ser aplicadas de manera aislada, pues esto llevaría a tergiversar los objetivos del derecho internacional general por los objetivos más limitados que tiene cada rama.²

Esta investigación no tiene como objetivo profundizar o intentar dar una respuesta a la problemática que surge con la fragmentación del derecho internacional (ese estudio ya fue objeto de otro trabajo de investigación).³ Sin embargo, en ella se abordan y se intentará profundizar en las normas e implicaciones en las actuaciones de la Agencia que tienen dos áreas del derecho internacional muy prolíferas, como lo son el derecho de protección a los inversionistas y el derecho ambiental internacional. Por lo tanto, existe el riesgo que las actuaciones de la Agencia se vean afectadas por la fragmentación del derecho internacional.

La metodología de estudio será la siguiente: el capítulo 1 será dedicado al estudio de las disposiciones pertinentes para la creación de la Agencia y las facultades que se le otorgan en la Constitución y en la Ley de Hidrocarburos. Después, en el capítulo 2, se estudiarán la Ley de la Agencia y el Reglamento Interior de la Agencia, con la finalidad de analizar si estos ordenamientos cumplen o no con los requisitos mínimos para que el Estado mexicano cumpla

² Corzo Aceves, Ernesto Eduardo. Fragmentación del derecho internacional; [asesor Gabriela Rodríguez Huerta]. Tesis. ITAM. México, D. F., 2005.

³ Ídem.

con las obligaciones del derecho ambiental internacional. Asimismo, se analizará la compatibilidad que tienen estos ordenamientos con algunas disposiciones de protección a los inversionistas extranjeros. Posteriormente, se entrará más a fondo en las disposiciones de derecho ambiental internacional; el capítulo 3 estará dedicado al estudio de casos, convenciones e instrumentos de derecho ambiental internacional que constriñen al Estado mexicano o, por lo menos, generan expectativas respecto de las acciones y medidas que éste tomará. Por último, será pertinente estudiar cómo se relaciona la Agencia con el derecho de inversión internacional; el capítulo 4 se enfocará en un análisis de las disposiciones de protección a los inversionistas establecidas en el Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, el “TLCAN”).

I. La Agencia a la luz de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley de Hidrocarburos.

1.1 Introducción

En este primer capítulo se analizarán los motivos específicos por los cuales fue creada la Agencia. Para ello, es fundamental estudiar el ordenamiento de mayor jerarquía normativa en el sistema jurídico mexicano: la Constitución. En primer lugar, se hará un análisis de las disposiciones de la Constitución en las que la Agencia fue creada y se le otorgan facultades generales. Después, se estudiará uno de los derechos humanos reconocidos en el texto constitucional y en el cuál encontramos una clara justificación para la creación de la Agencia.

Si bien la protección del medio ambiente es parte fundamental de la existencia de la Agencia, también su creación y facultades están justificadas por un tema de carácter internacional: la posibilidad de que el Estado mexicano incurra en responsabilidad frente a otros Estados por irregularidades en el sector hidrocarburos .

Ahora bien, ¿con qué requisitos debe cumplir la Agencia para proteger al Estado mexicano de posibles acusaciones de responsabilidad internacional por la contaminación transfronteriza del medio ambiente? En primer lugar, el Estado mexicano debe cumplir con los tratados internacionales que ha suscrito; no solo por las obligaciones internacionales que estos instrumentos generan, sino porque forman parte del nivel más alto de la pirámide normativa del sistema jurídico nacional. Sin embargo, los tratados internacionales no son los únicos instrumentos internacionales relevantes para el derecho interno y, específico, para el establecimiento del marco normativo de la Agencia.

El sistema de fuentes del derecho internacional es un sistema complejo que se compone por tratados internacionales, costumbre internacional, principios generales del derecho, jurisprudencia internacional, resoluciones de los organismos internacionales, actos unilaterales de los Estados y el *soft law*⁴. En cada una de las fuentes del derecho internacional encontramos normas o pautas que condicionan o guían las actuaciones de los Estados. En este capítulo, se estudiará cómo distintas fuentes del derecho internacional tienen implicaciones directas en el marco jurídico de la Agencia.

Para finalizar este capítulo, se contempla el estudio de la Ley de Hidrocarburos. Su carácter de ley general (es reglamentaria de artículos 25, párrafo cuarto, 27, párrafo séptimo y 28, párrafo cuarto de la Constitución) la encuadra como uno de los documentos de mayor jerarquía normativa dentro del sector hidrocarburos. Algunas de las facultades de la Agencia que en ella se regulan son las que más incidencia tienen en relación con los inversionistas extranjeros; además, en este ordenamiento se establecen las pautas que debe seguir la Agencia al momento de emitir la regulación y políticas públicas a cargo.

1.2 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

(i) La creación de la Agencia

La Agencia se crea por mandato constitucional, el cual se encuentra en el transitorio Décimo Noveno del “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Energía”, de fecha 20 de diciembre de 2013.

“Dentro del plazo previsto en el transitorio cuarto del presente Decreto, el Congreso de la Unión realizará las adecuaciones al marco jurídico para crear la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría del ramo en materia de Medio Ambiente, con autonomía técnica y de gestión, que disponga de los ingresos derivados de las contribuciones y aprovechamientos que la ley establezca por sus servicios para financiar un presupuesto total que le permita cumplir con sus atribuciones”.

La Agencia tendrá dentro de sus atribuciones regular y supervisar, en materia de seguridad industrial, operativa y protección al medio ambiente, las instalaciones y actividades derivadas

⁴ Rodríguez Huerta, Gabriela. “La incorporación y aplicación del Derecho Internacional en el orden jurídico mexicano”. Ed. Tirant. México, 2015. Página 50.

del sector hidrocarburos, incluyendo las actividades desmantelamiento y abandono de instalaciones, así como el control integral de residuos. [...]”.

Además de la creación de la Agencia, son relevantes del mencionado Transitorio el lugar dentro de la administración pública donde se ubica a la Agencia, el otorgamiento de autonomía técnica y de gestión, la asignación de un presupuesto para cumplir con sus funciones y por último, y más importante, el otorgamiento de atribuciones específicas.

No es poca cosa que se asignen atribuciones específicas a la Agencias por mandato constitucional. Éstas no podrán ser modificadas, ni para ser aumentadas ni para ser disminuidas, sino que el Congreso tendrá únicamente la facultad, y obligación, de desarrollarlas y puntualizarlas.

(ii) Derecho humano a un medio ambiente sano

La existencia de instituciones que se encarguen de proteger el medio ambiente y castigar a los responsables de la contaminación del mismo encuentra su justificación en uno de los derechos humanos consagrado en la Constitución: el derecho humano a un medio ambiente sano. El artículo 4 de la Constitución, en su párrafo 4, dispone:

“Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”.

Asimismo, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Medio Ambiente tiene como uno de sus objetivos garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano para su desarrollo, salud y bienestar. Sin embargo, ni la Constitución ni Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Medio Ambiente establecen una definición de “medio ambiente sano”; de hecho, no existe en el sistema jurídico nacional una definición de “medio ambiente sano”. Por ello, intentaremos construirla o aproximarnos a ella a partir de lo expuesto en las fuentes del derecho internacional.

Vale la pena hacer una observación previa: los derechos humanos son construcciones del hombre que tienen como finalidad proteger y satisfacer las necesidades que surgen de la naturaleza humana. Así, valdrá la pena tener una definición o esclarecimiento del significado del derecho a un “medio ambiente sano”, en cuanto nos permita conocer de qué manera ayuda a satisfacer alguna de las necesidades humanas.

Como resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo en 1972, y de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, se generaron, respectivamente, la Declaración de Estocolmo y la Declaración de Río. Estos documentos recogen los principales compromisos y acuerdos alcanzados por los países y organizaciones participantes en las Conferencias. Si bien estos instrumentos de derecho internacional no son jurídicamente vinculantes para el Estado mexicano, no por ello carecen de relevancia y efectos jurídicos, pues forman parte del *soft law*. De hecho, los compromisos adoptados en ellas han dado lugar a acciones en materia de protección al medio ambiente por parte del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos⁵. Así pues, será a partir de los principios adoptados en la Declaración de Estocolmo y la Declaración de Río como obtendremos una definición del derecho humano a un medio ambiente sano.

El Principio 1 de la Declaración de Estocolmo habla del derecho fundamental que tienen las personas para disfrutar de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que les permita llevar una vida digna y gozar de bienestar⁶. Es decir, un medio ambiente sano será aquel en que las personas puedan desarrollar una vida digna y gozar de bienestar. El principio no establece parámetros específicos de las condiciones ambientales que debe tener el medio ambiente para considerarlo sano –de calidad-, sino que cumplirá con estas características aquel medio ambiente que permita satisfacer las necesidades humanas de vida digna y bienestar.

La Declaración de Río no menciona el derecho a un medio ambiente sano o de calidad, pero sí hace referencia al derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza⁷. Surge la pregunta, ¿qué es una vida saludable? Para ello nos remitimos a la Constitución de la Organización Mundial de la Salud que, en su preámbulo, define la salud como el “estado

⁵ Tanto la Declaración de Estocolmo como la Declaración de Río han sentado las bases para ciertas medidas adoptadas por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. Así se desprende del “DECRETO por el que se declara el 11 de julio de cada año como el Día Nacional del Combatiente de Incendios Forestales”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de marzo de 2014. A la letra del tercer párrafo del Decreto mencionado se lee lo siguiente: “Que ante la preocupación internacional por el deterioro del medio ambiente y el cambio climático, se han adoptado diversos acuerdos internacionales como son la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, suscrita en Estocolmo en 1972; la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, suscrita en Río de Janeiro en 1992, y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, adoptada en Nueva York en el mismo año y en vigor a partir de 1994, los cuales contienen los compromisos de los países para conservar y evitar la pérdida de los ecosistemas naturales, incluyendo los bosques y selvas [...]”.

⁶ Organización de las Naciones Unidas. Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo, Suecia, 16 de junio de 1972). Principio 1.

⁷ Organización de las Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, 1992). Principio 1.

completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”⁸.

Expuesto lo anterior, podemos concluir que un “medio ambiente sano” es aquel en el existen las condiciones para que las personas tengan una vida saludable, es decir, aquel en el que pueden desarrollarse de manera digna, gozando de bienestar físico, mental y social.

(iii) La Agencia y el derecho humano a un medio ambiente sano

Ahora bien, una vez aclarado lo que comprende el derecho humano a un medio ambiente sano, es trascendental estudiar la segunda parte del artículo 4 de la Constitución, no por establecer que el Estado será garante de este derecho -algo que parece obvio en un Estado moderno-, sino por el hecho de atribuir responsabilidad a aquellos que generen daño y/o deterioro al medio ambiente. Es aquí donde la Agencia tiene un rol fundamental, pues precisamente algunas de sus atribuciones son regular y sancionar a los responsables de contaminar el medio ambiente en el desarrollo de actividades del sector hidrocarburos.

Siendo la Agencia, por mandato constitucional, el órgano gubernamental encargado de regular y sancionar las actividades contaminantes dentro del sector hidrocarburos, las leyes de la materia deben dotarle de las herramientas necesarias para el cumplimiento de sus funciones. Las características específicas de las funciones regulatorias y sancionadoras de la Agencia se estudiarán más adelante (Capítulo 2), por ahora nos enfocaremos en el estudio de la responsabilidad para aquellas personas que generen daños y deterioros al medio ambiente dentro del territorio nacional, que tengan efectos dentro o fuera del territorio nacional.

1.3 Incorporación del Derecho Internacional

(i) La Agencia y la responsabilidad internacional por el daño ambiental transfronterizo

Por la naturaleza de los daños y deterioros al medio ambiente que se generan en el sector hidrocarburos, estos pueden tener consecuencias drásticas no solo dentro del territorio nacional, sino que se pueden extender a otros Estados y aguas internacionales⁹. La importancia de las funciones de la Agencia trasciende el derecho nacional y se incrustan en el derecho internacional público.

⁸ La Constitución de la Organización Mundial de la Salud fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional de las Naciones Unidas (Nueva York, 1946).

⁹ Se hará un análisis más exhaustivo de esta cuestión en el Capítulo 2.

La responsabilidad de los agentes contaminantes no solo genera consecuencias jurídicas (sanciones) dentro del sistema jurídico mexicano, sino que es un factor detonante de responsabilidad internacional para el Estado mexicano frente a otros Estados.

Las Declaración de Estocolmo¹⁰ y la Declaración de Río¹¹ contemplan, dentro de sus respectivos textos, el principio de responsabilidad de los Estados para el daño ambiental transfronterizo. Este principio contiene dos partes, una preventiva y una reactiva. La primera, se refiere al compromiso que tienen los Estados de “velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”¹². La parte reactiva del principio de responsabilidad de los Estados para el daño ambiental transfronterizo es conocido en derecho internacional público como *Polluter Pays Principle*¹³, e impone a los Estados responsables la obligación de, en principio, cargar con los costos de reparación y la indemnización a las víctimas de los daños ambientales¹⁴.

Se entrará más a detalle de la responsabilidad internacional y los subprincipios que la componen en el Capítulo 3.

(ii) La Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos y sus implicaciones en el marco normativo de la Agencia.

Las consecuencias ambientales inmediatas de los daños y deterioros no son el único factor para considerar que la regulación de la Agencia se extiende al derecho internacional. A partir de la reforma al artículo 1° de la Constitución en junio de 2011, el Constituyente Permanente decidió ampliar y mejorar la regulación de derechos humanos en el sistema jurídico nacional. Con dicha reforma, no solo se establecieron principios para la interpretación y aplicación de derechos humanos, sino que se abrió la puerta para que los tratados internacionales en materia de derechos

¹⁰ Organización de las Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Declaración de Estocolmo, 1972). Principios 21 y 22.

¹¹ Organización de las Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Declaración de Río, 1992). Principio 2.

¹² *Ibidem*.

¹³ Beyerlin, Ulrich y Marahum, Thilo. *International Environmental Law*. Hart Publishing. USA, 2011. Página 16.

¹⁴ Organización de las Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Declaración de Río, 1992). Principio 16.

humanos formen parte del más alto escalón de la jerarquía normativa del sistema jurídico nacional¹⁵.

La reforma al artículo 1º provocó un cambio radical en la forma de calificar y juzgar las actuaciones de las instituciones judiciales, legislativas y administrativas mexicanas, pues ahora no solo deben cumplir con los parámetros normativos establecidos en la Constitución, sino que están sujetas al control de convencionalidad.

Por ser la Agencia la institución encargada de regular el derecho a un medio ambiente sano dentro del sector hidrocarburos, sus actuaciones se encuentran bajo el escrutinio del control de convencionalidad. Las leyes y reglamentos que establezcan las facultades de la Agencia, así como todas las disposiciones pertinentes para su funcionamiento, deben de cumplir con los tratados de derecho internacional de los que México sea parte.

(iii) “Soft law”: principios de derecho internacional y la interpretación de instrumentos internacionales

Además de los tratados internacionales y demás fenómenos e instrumentos de derecho internacional claramente vinculantes, existe otra categoría de disposiciones de derecho internacional público con amplio reconocimiento y que, a pesar de no ser vinculantes, forman parte integral del sistema jurídico internacional: las disposiciones de *soft law*.

No hay consenso respecto de la naturaleza jurídica del *soft law*. Sus disposiciones comprenden el espectro de normas que se encuentran entre las normas de derecho internacional plenamente vinculantes y meras posiciones políticas. Sin embargo, podemos definir la expresión *soft law* como aquellas normas o instrumentos que interpretan y dan forma a nuestro entendimiento de las normas legales vinculantes o representan promesas que crean expectativas sobre el comportamiento futuro de los Estados miembros de la comunidad internacional¹⁶.

Dentro de esta complicada categoría de disposiciones de derecho internacional se encuentran los principios de derecho internacional y, de particular relevancia para nuestro estudio, los principios de derecho ambiental internacional.

¹⁵ “Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece la Constitución”. Tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación P.J. 20/2014, Libro 5, Tomo I, abril de 2014. Semanario Judicial de la Federación.

¹⁶ Guzman, Andrew T. y Meyer, Timothy L. *International Soft Law*. The Journal of Legal Analysis. Spring, 2010.

Los principios de derecho ambiental internacional comprenden una gama y no todos tienen la misma naturaleza jurídica, algunos están más cercanos a directrices políticas y otros más cerca de normas vinculantes.

En términos de lo expuesto por Ronald Dworkin, algunos de éstos llamados principios caerían en la categoría de principios en sentido amplio y otros en la de principios en estricto sentido. Mientras que los principios en sentido amplio son entendidos como directrices políticas dirigidas al legislador, los principios en sentido estricto están dirigidos a todos los agentes que forman parte de cierto sistema jurídico, y tienen como objetivo dar cierto sentido o dirección en la toma de decisiones.¹⁷

En el contexto de derecho ambiental internacional, y a partir de lo expuesto por Dworkin, algunos autores han desarrollado sus propias teorías respecto al alcance que tienen los principios de derecho internacional. Así, J. Verschuuren, expone que los principios de derecho internacional tienen un carácter moral más grande que el de las reglas; los principios pueden cumplir las siguientes funciones: ayudar a definir reglas abiertas o vagas; aumentar el poder el poder normativo de las reglas; incrementar seguridad jurídica y mejorar la legitimidad de las decisiones; ser la base de nuevas reglas; servir como guía a los procesos de auto-regulación y procesos de negociación entre varios actores; crear flexibilidad en el ordenamiento jurídico; y por último, crear una conexión entre ideales y reglas legales concretas¹⁸. Por otro lado, Ulrich Beyerlin, considera los principios como normas que son creadas principalmente para guiar la conducta de sus destinatarios en futuros procesos de creación de reglas, así como moldear la interpretación y aplicación de reglas existentes. Las reglas son normas encaminadas a que sus destinatarios actúen, se abstengan de actuar u obtengan un resultado de forma inmediata; los principios solo buscan influir en la decisión que de otra manera estaría abierta/amplia¹⁹.

¿Cuándo tienen naturaleza jurídica legal los principios? (i) Cuando están incorporados a la parte operativa de un tratado o (ii) cuando son considerados como parte del derecho consuetudinario internacional, para tal, deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 38 (1) (b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia²⁰.

La eficacia de los principios de derecho ambiental internacional no depende de su estatus legal: los principios que son *soft law* no son inferiores a los principios que tienen fuerza normativa vinculante. “Hay buenas razones para argumentar que un principio basado en políticas

¹⁷ Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Editorial Ariel. Barcelona, 1989. Páginas 72-73.

¹⁸ Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Ellen (Editores). *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford University Press. Nueva York, 2007. Página 432.

¹⁹ Ídem. Página 437.

²⁰ Ibidem.

internacionales o valores, en términos prácticos, guía la discreción de una decisión de la misma forma que un principio que forma parte de la costumbre internacional. Después de todo, un principio, tenga naturaleza jurídica o no, nunca puede acarrear consecuencias automáticamente en el sentido de que sus destinatarios no están obligados a tomar, incondicionalmente, una acción específica”²¹.

Los principios de derecho ambiental internacional sirven para interpretar y dotar de dirección a las reglas de derecho internacional, las cuales sí vinculan jurídicamente a las instituciones nacionales, entre las que se encuentra la Agencia. Además, como se analizará más adelante en este mismo capítulo, los principios de derecho ambiental internacional no vinculantes pueden ser adoptados e internalizados por la legislación nacional, pasando de ser *soft law* a normas jurídicamente vinculantes dentro del ordenamiento jurídico mexicano.

Por último, es importante mencionar que en el preámbulo de los tratados internacionales, es común encontrar el contexto en el que se celebran, así como el objeto y fin de los mismos. Estos elementos pueden ser considerados parte del *soft law*, pues pese a no formar parte del texto en estricto sentido y, por lo tanto, no tener el carácter de vinculantes, son considerados por la Convención de Viena como parte esencial para la interpretación de los tratados internacionales.

(iv) Principios de derecho ambiental internacional: el principio de desarrollo sustentable

Como se mencionó previamente, hay principios de derecho internacional plenamente vinculantes, pues no queda duda que forman parte de del derecho internacional (por ser parte de un tratado o porque forman parte de la costumbre internacional); dentro de este rubro podemos mencionar el principio de responsabilidad para el daño ambiental transfronterizo y el principio de prevención y cooperación. Sin embargo, también existen principios cuya utilidad nadie pone en tela de juicio, pero sí está en duda su capacidad para vincular a los Estados miembros de la comunidad internacional, como es el caso del principio de desarrollo sustentable²².

La definición más acertada de “desarrollo sustentable” es la que aparece en el Informe Brundtland de 1987²³, en el cual se le define como aquel “desarrollo que satisface las necesidades actuales sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades”.

²¹ Ídem. Página 438.

²² Sand, Philippe y Peel, Jacqueline. *Principles of International Environmental Law*. Cambridge University Press. Nueva York, 2013. Página 188.

²³ Informe de la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y Desarrollo de la ONU, 1987.

El principio de desarrollo sustentable fue utilizado por la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la “CIJ”) en 1997, para resolver el caso *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungria v. Eslovaquia)*²⁴; el Juez Weeramantry, en su opinión concurrente, consideró que es el principio de desarrollo sustentable es un “principio con valor normativo” y no un “simple concepto”, así como que “es parte del derecho internacional moderno, no sólo por razón de su inescapable necesidad, sino por también por razón de su amplia y general aceptación por la comunidad internacional”²⁵.

Lo expuesto en el párrafo anterior lleva a P. Sands a afirmar que el concepto de “desarrollo sustentable” tiene una función jurídica y, por lo tanto, ha entrado al cuerpo del derecho internacional consuetudinario²⁶.

En el otro extremo tenemos a V. Lowe, quien considera que el principio en cuestión carece de toda función legal porque carece de lenguaje normativo²⁷. Esta crítica no es poca cosa, pues es un problema que atañe a la mayoría de los principios.

La opinión mayoritaria es que el principio de desarrollo sustentable no es parte de la costumbre internacional, pues no cumple con los requisitos de práctica generalizada de los Estados y la existencia de una *opinio iuris*. “Si acaso, la doctrina relevante muestra cierta tendencia encaminada a considerar al desarrollo sustentable como un concepto que se encuentra en algún lugar entre un derecho internacional legalmente vinculante y un simple ideal político”²⁸; es decir, cae dentro de las disposiciones de *soft law*.

Sin embargo, no podemos obviar el hecho que la CIJ ya utilizó el principio de desarrollo sustentable como parte de su argumentación para resolver un caso, lo cual sienta un importante precedente para los tribunales internacionales; no es posible imaginar un Estado que lo pase completamente por alto al momento de definir y ejecutar sus políticas y, sobre todo, al momento de hacer un interpretación de normas de derecho ambiental y económico internacional.

A manera de conclusión para este tema, vale la pena mencionar la opinión de P.W. Birnie, A.E. Boyle y C. Redgwell. “Ya sea que el principio de desarrollo sustentable sea o no una norma vinculante y, como se ha expuesto, esto no parece certero, representa una directriz política que

²⁴ *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p7.

²⁵ Beyerlin, Ulrich y Marahuam, Thilo. *International Environmental Law*. Hart Publishing. USA, 2011., Página 79.

²⁶ Sand, Philippe y Peel, Jacqueline. *Principles of International Environmental Law*. Cambridge University Press. Nueva York, 2013. Página 208.

²⁷ Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Ellen (Editores). *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford University Press. Nueva York, 2007. Página 444.

²⁸ Beyerlin, Ulrich y Marahuam, Thilo. *International Environmental Law*. Hart Publishing. USA, 2011. Página 81.

puede influir en el resultado de casos, en la interpretación de tratados, en la práctica de Estados y organizaciones internacionales, y puede conducir a cambios significativos y desarrollo del derecho actual”²⁹.

1.4 Ley de Hidrocarburos

(i) Regulación de la Agencia en la Ley de Hidrocarburos

En la *Ley de Hidrocarburos* se regulan, de manera muy general, algunas de las facultades y funciones de la Agencia; además, hay una serie de disposiciones que, si bien no regulan directamente las actuaciones de la Agencia, regulan el comportamiento de los sujetos obligados por la *Ley de Hidrocarburos* frente a la Agencia. Por su relevancia para la presente investigación, destacan las siguientes:

- a. La facultad de la Comisión Reguladora de Energía (en adelante, la “CRE”) para rescindir administrativamente los contratos de Exploración y Extracción cuando se presente un accidente grave causado por dolo o culpa del Contratista, que ocasione daño a instalaciones, fatalidad y pérdida de producción³⁰;
- b. los asignatarios y contratistas [de la CRE] están obligados a dar aviso a la Agencia en caso de siniestros, hechos o contingencias que pongan en peligro la vida, salud y seguridad pública, el medio ambiente, la seguridad de las instalación o la producción de Hidrocarburos; así como omitir la aplicación de planes de contingencia, medidas de emergencia y acciones de contención correspondientes serán acreedores de sanciones³¹;
- c. la Secretaría de Energía y la CRE podrán revocar permisos cuando los permisionarios no acaten las resoluciones expedidas por la Agencia³²;
- d. los permisionarios de las actividades reguladas por la Secretaría de Energía y la Comisión Nacional Reguladora deberán cumplir con la regulación, lineamientos y disposiciones administrativas que emita la Agencia, además, les atribuye responsabilidad por los desperdicios,

²⁹ Ibidem.

³⁰ México, Ley de Hidrocarburos, artículo 20, fracción IV, Decreto por el que se expide la Ley de Hidrocarburos, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de agosto de 2014. (En lo sucesivo, para citar este Decreto se le denominará “Ley de Hidrocarburos”).

³¹ Ley de Hidrocarburos, artículo 47, fracción X.

³² Ley de Hidrocarburos, artículo 56.

derrames de Hidrocarburos, Petrolíferos y químicos o demás daños que resulten en materia de seguridad industrial, operativa y protección al medio ambiente³³;

e. también deberán dar aviso a la Agencia en caso de siniestros, hechos o contingencias que pongan en peligro la vida, salud y seguridad pública, la seguridad de las instalaciones o lo producción de Hidrocarburos el medio ambiente, y omitir la aplicación de planes de contingencia, medidas de emergencia y acciones de contención correspondientes³⁴;

f. la Agencia deberá emitir regulación en la que se prevean mecanismos financieros para cubrir con los daños y perjuicios que las actividades y operaciones puedan ocasionar los propietarios de terrenos³⁵;

g. emitir regulación en materia de seguridad industrial, así como de protección al medio ambiente en la industria de hidrocarburos, a fin de promover, aprovechar y *desarrollar de manera sustentable* las actividades de la industria de hidrocarburos³⁶;

h. aportar elementos técnicos para el diseño y definición de la política pública en materia energética, de protección del medio ambiente y recursos naturales, así como para la formulación de programas sectoriales en la materia³⁷;

i. asignatarios, contratistas, autorizados y permisionarios ejecutarán las acciones de prevención y reparación de daños al medio ambiente o al equilibrio ecológico que ocasionen con sus actividades y estarán obligados a sufragar los costos inherentes a dicha reparación, cuando sean declarados responsables por resolución de la autoridad competente³⁸; y

j. como parte de la regulación que emita, la Agencia podrá instruir la adopción y observancia de estándares técnicos internacionales³⁹.

Por su relevancia para el derecho internacional analizaremos, de manera más detallada la causal de rescisión administrativa que cae dentro de las facultades de la Agencia y la facultad que tiene la Agencia para emitir regulación, así como para aportar elementos para el diseño y definición de políticas públicas. De manera general, en la siguiente y última parte de este capítulo, se hará

³³ Ley de Hidrocarburos, artículo 84, fracción XIV.

³⁴ Ley de Hidrocarburos, artículo 85, fracción XV.

³⁵ Ley de Hidrocarburos, artículo 116.

³⁶ Ley de Hidrocarburos, artículo 129.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Ley de Hidrocarburos, artículo 130.

³⁹ Ley de Hidrocarburos, Transitorio Décimo Sexto.

una crítica respecto de la regulación que debe emitir la Agencia, de acuerdo con la *Ley de Hidrocarburos*.

(ii) La Agencia y la rescisión administrativa de contratos.

El artículo 20 de la *Ley de Hidrocarburos* establece los supuestos según los cuales el Poder Ejecutivo Federal podrá rescindir administrativamente los contratos de Exploración y Extracción celebrados con inversionistas. La fracción IV del citado artículo señala la posibilidad de rescindir los contratos mencionados:

“Cuando se presente un accidente grave causado por dolo o culpa del Contratista, que ocasione daño a instalaciones, fatalidad y pérdida de producción”.

La Agencia, por mandato constitucional, es responsable de “regular y supervisar, en materia de seguridad industrial, operativa y protección al medio ambiente, las instalaciones y actividades derivadas del sector hidrocarburos”. Así pues, la causal de rescisión administrativa antes transcrita cae dentro de las facultades de la Agencia, y será ésta la responsable de determinar cuándo se actualiza y cuándo no.

Sin embargo, la figura de la “rescisión administrativa” no cumple con los compromisos asumidos por el Estado mexicano en tratados internacionales. Como ya lo expuso Bradley J. Condon⁴⁰, la rescisión administrativa de los contratos de Exploración y Extracción no es compatible con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y posiblemente otros tratados internacionales que México ha suscrito y ratificado; por lo que sí es posible llevar a un arbitraje de inversión la decisión de las autoridades mexicanas de rescindir administrativamente los contratos de Exploración y Extracción celebrados con inversionistas internacionales, por lo menos para los inversionistas extranjeros de los Estados Unidos y Canadá.⁴¹

Los funcionarios de la Agencia deben estar conscientes que, cuando ocurra un hecho que detone la causal de rescisión administrativa estudiada aquí, deben aportar argumentos suficientemente fuertes para convencer a un tribunal arbitral y no solamente a los funcionarios de la CRE.

(iii) La Agencia y el principio de desarrollo sustentable.

⁴⁰ Condon, Bradley. *Mexican energy reform and NAFTA Chapter 11: Articles 20 and 21 of the Hydrocarbons Law and access to investment arbitration*. The Journal of World Energy Law & Business. Advance Access. Oxford, 2016.

⁴¹ Está fuera del alcance del presente trabajo analizar esta cuestión en los demás tratados de inversión suscritos por México.

A partir de una lectura en conjunto de las facultades de la Agencia expuestas en los incisos g. y h.⁴², se observa que la regulación que emita la Agencia, así como los criterios que emita para la definición de políticas públicas, deberán seguir el principio de desarrollo sustentable.

Como ya se estudió previamente en este capítulo, el principio de desarrollo sustentable es un principio, en forma de directriz política, del derecho ambiental internacional. El legislador, al exigir que se siga dicho principio en la regulación y criterios que emita la Agencia, está internalizándolo al sistema jurídico nacional. Internalizarlo no significa solamente reexpresarlo o recordar a las instituciones nacionales de la existencia de éste principio en el derecho ambiental internacional, sino que el legislador constriñe a las instituciones nacionales, en especial a la Agencia, a que siga y aplique el principio de desarrollo sustentable; es decir, estamos frente a un principio del *soft law* que se convierte en derecho plenamente vinculante para la Agencia.

(iv) Regulación que emita la Agencia.

A partir de lo expuesto al inicio de esta sección, es posible observar que en diversos supuestos los inversionistas del sector hidrocarburos serán sancionados cuando no cumplan con la regulación emitida por la Agencia. En principio, esto no es un problema, pero lo será si la regulación que emita la Agencia no cumple con los estándares de derecho internacional.

El lenguaje de la *Ley de Hidrocarburos* no exige a la Agencia que se consideren las normas de derecho ambiental internacional pertinentes a la regulación que emita y criterios que adopte. Por el contrario, en el Transitorio Décimo Sexto de la *Ley de Hidrocarburos* (*inciso j.* de la primer parte de esta sección), se otorga una facultad potestativa a la Agencia para adoptar y observar estándares internacionales; al ser potestativa, esa facultad siempre quedará al arbitrio de los funcionarios.

Adoptar estándares internacionales garantiza seguridad jurídica para los inversionistas extranjeros y, puesto que la apertura comercial de la industria es nueva, también para los nacionales. Al adoptar estándares internacionales, el Estado mexicano se protege frente a posibles conflictos con inversionistas extranjeros que se ventilen en procedimientos de arbitrajes de inversión, siguiendo reglas y estándares de derecho internacional. Por otro lado, también se está protegiendo frente a posibles casos en los que un Estado quisiera atribuir algún tipo de responsabilidad internacional al Estado mexicano.

⁴² Ambas están reguladas en el artículo 129 de la Ley de Hidrocarburos.

1.5 Conclusión

La Agencia se creó por mandato constitucional, en el cual, además de su creación, se le asignaron sus facultades principales, que son las de regular y supervisar, en materia de seguridad industrial, operativa y de protección al medio ambiente, las instalaciones y actividades que se desarrollen dentro del sector de hidrocarburos.

En México, la protección al medio ambiente encuentra su fundamento en el artículo 4 de la Constitución, el cual consagra el derecho de las personas a un medio ambiente sano. Si bien la Constitución no define que se debe entender por “medio ambiente sano”, es posible construir una definición a partir de los elementos encontrados en el sistema de fuentes del derecho internacional. Se concluyó que un “medio ambiente sano” es aquel en el que las personas pueden desarrollarse de manera digna, gozando de bienestar físico, mental y social. La Agencia es el órgano gubernamental encargado de sancionar a aquellas personas que vulneren el derecho a un medio ambiente sano, dentro del sector hidrocarburos.

Por otro lado, los daños en el sector hidrocarburos no solo tienen consecuencias nocivas para el medio ambiente, también tienen una repercusión para el Estado mexicano. Las convenciones internacionales suscritas por el Estado mexicano contemplan el principio de responsabilidad por daño ambiental transfronterizo, por lo que, la función de la Agencia de encontrar y sancionar a los responsables de contaminación dentro del sector hidrocarburos se considera una forma de proteger al Estado mexicano frente a las reclamaciones de otros Estados.

A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, los tratados internacionales en materia de derechos humanos forman parte del escalafón más alto de la jerarquía normativa del sistema jurídico nacional. Por lo tanto, los actos y medidas adoptadas por la Agencia en materia de protección al medio ambiente, podrán ser sometidos a un parámetro de control internacional.

Se estudió también el tipo de normas y disposiciones internacionales que la Agencia deber cumplir para salvaguardar al Estado mexicano. El derecho internacional no termina en los tratados internacionales, existen disposiciones de *soft law*, que si bien no siempre se pueden considerar como jurídicamente vinculantes, no deben ser ignoradas, pues sirven para dar sentido y dirección a los tratados internaciones y las políticas públicas que implementan los Estados; dentro del *soft law* encontramos los principios de derecho ambiental internacional. Un claro ejemplo de cómo funcionan estas disposiciones cuya fuerza normativa es, hasta cierto punto, incierta, es el principio de desarrollo sustentable. Aunque no es una norma vinculante, se encuentra en el texto de diversas instrumentos internacionales y fue parte importante de la

argumentación de la CIJ para resolver el caso *Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungría v. Eslovaquia)*. Hoy en día, los Estados siguen el principio de desarrollo sustentable para la interpretación de tratados internacionales en materia ambiental y económica, así como para la creación de políticas públicas.

Por otra parte, se analizaron las disposiciones más relevantes para el derecho internacional contenidas en la *Ley de Hidrocarburos*. Entre ellas, encontramos que se internaliza el principio de desarrollo sustentable; la Agencia deberá considerar el principio de desarrollo sustentable tanto en la regulación, como en los criterios para la elaboración de políticas públicas que emita la Agencia.

Destaca entre las facultades y funciones de la Agencia establecidas en la *Ley de Hidrocarburos*, la mal regulada y llamada “rescisión administrativa”. La rescisión administrativa de los contratos de Exploración y Extracción se encuentra sujeta al escrutinio de un procedimiento de arbitraje de inversión, en el que se decidirá si la decisión tomada por los órganos del Estado mexicano cumplen con las obligaciones de protección a las inversiones y a los inversionistas extranjeros. Es en el arbitraje de inversión donde serán relevantes los argumentos expuestos por la Agencia para demostrar que se ha presentado un accidente grave causado por dolo o culpa del Contratista, que ocasione daño a instalaciones, fatalidad y pérdida de producción.

Por último, es importante destacar que la *Ley de Hidrocarburos* no exige a la Agencia que se consideren las normas de derecho ambiental internacional pertinentes a la regulación que emita y criterios que adopte. Como se observará más adelante en el Capítulo 2, la falta de señalamiento para que los funcionarios de la Agencia tomen en cuenta las normas pertinentes de derecho internacional, será una constante en las disposiciones que crean el marco jurídico de la Agencia.

2. Estudio de la Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos

2.1 Introducción

En este capítulo se llevará a cabo un estudio detallado de las disposiciones más relevantes, para el derecho ambiental internacional, de la Ley de la Agencia. Para ello, en primer lugar, se estudiará la influencia que tienen los tratados internacionales en las disposiciones de la Ley de la Agencia; esto con la finalidad de descubrir que, a lo largo del texto de la Ley de la Agencia, está latente la obligación que tiene la Agencia de considerar y aplicar los instrumentos internacionales de los que México es parte. Además, si bien en la mayoría de los casos no se

reconocen explícitamente, la Ley de la Agencia internaliza, a lo largo de sus disposiciones, algunos principios de derecho ambiental internacional.

Después, se procederá al análisis de una de las disposiciones más importantes que se establecen en la Ley de la Agencia: la facultad de la Agencia para imponer sanciones pecuniarias a los Regulados. El término “Regulados”, según la definición de la Ley de la Agencia, incluye a los inversionistas internacionales; por ello, es fundamental analizar que las sanciones que imponga la Agencia a los inversionistas internacionales del sector hidrocarburos estén dentro del marco normativo del derecho internacional, en específico, de los tratados que protegen la inversión extranjera. De aquí nace el siguiente tema de estudio: la compatibilidad de los medios de defensa establecidos en la Ley de la Agencia (puramente administrativos) con los medios de defensa de los tratados de inversión, en concreto el TLCAN.

Posteriormente, se estudiará a fondo la facultad que tiene la Agencia para emitir normas generales que regulen y dirijan las actuaciones de los agentes que participen en el sector hidrocarburos. Acto seguido, se hará un análisis de las disposiciones generales emitidas por la Agencia con la finalidad de regular los sistemas de administración que deben implementar los Regulados, y se demostrará que no satisfacen los requisitos impuestos por la ley.

Por último, es pertinente también el estudio del Reglamento Interno de la Agencia porque sus disposiciones (o falta de las mismas) tienen una repercusión directa en el cumplimiento del Estado mexicano con las normas de derecho ambiental internacional.

Es importante hacer una aclaración: no se hará un análisis detallado de la estructura organizacional de la Agencia; solo se analizarán algunas facultades de las unidades administrativas que tengan relación estrecha con la presente investigación.

2.2 La Ley de la Agencia

(i) Tratados Internacionales y Principios de Derecho Ambiental Internacional en la Ley de la Agencia.

A diferencia de la Ley de Hidrocarburos, cuya referencia a los tratados y convenciones internacionales en materia ambiental es nula, la Ley de la Agencia sí los contempla en sus disposiciones. Así pues, establece que la Agencia tiene la atribución de “coadyuvar, con las

dependencias competentes, al seguimiento de mecanismos, acuerdos y convenciones internacionales en materia de su competencia”⁴³.

Ahora bien, ¿qué significado tiene la mencionada atribución? Se puede hacer una interpretación restrictiva, según la cual la única obligación de la Agencia bajo esta norma sea la de dar un seguimiento a los nuevos tratados o a las modificaciones a los actuales, digamos, revisar los textos. Sin embargo, no parece adecuado concluir que esta atribución se limite a la revisión de textos. El término “coadyuvar” significa contribuir o ayudar a que algo se realice o tenga lugar⁴⁴, y ¿de qué forma se puede contribuir a dar seguimiento a los mecanismos, acuerdos y convenciones internacionales si no es implementándoles y cumpliendo con las obligaciones asumidas en los mismos?

Por otro lado, una interpretación literal de los artículos de la Ley de la Agencia llevaría a la conclusión de que no hay mención en ella de los principios de derecho ambiental internacional. Sin embargo, una interpretación menos estricta conduce a detectar la presencia de disposiciones que internalizan principios de derecho ambiental internacional. Así pues, en el texto de la Ley de la Agencia encontramos referencias a los principios de (i) Desarrollo Sustentable, (ii) Principio Precautorio (*Precautionary Principle*), (iii) No Daño Ambiental Transfronterizo (*No Harm Principle*) y (iv) Contaminador Paga (*Polluter Pays Principle*).

Las características y carácter normativo del principio de desarrollo sustentable ya fueron explicados en el Capítulo 1; el resto de los principios aquí expuestos se analizarán a fondo en el Capítulo 3.

Encontramos el principio de desarrollo sustentable en la exigencia que hace la Ley de la Agencia para que la Agencia, en el ejercicio de sus facultades, tome en consideración los criterios de sustentabilidad y desarrollo bajo en emisiones⁴⁵; además, dentro de sus atribuciones se encuentra la de impulsar un desarrollo regional sustentable y exigir que las actividades del sector hidrocarburos se realicen con apego a la protección, conservación, compensación y restauración de los ecosistemas, flora y fauna silvestres, bienes y servicios ambientales⁴⁶.

⁴³ México, Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, artículo 5, fracción XXV, Decreto por el que se expide la Ley de Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de agosto de 2014. (En adelante, se hará referencia a este Decreto como la “Ley de la Agencia”).

⁴⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Versión en línea. Disponible para consulta en <http://dle.rae.es/?w=diccionario>.

⁴⁵ Ley de la Agencia, artículo 2, párrafo 3.

⁴⁶ Ley de la Agencia, artículo 5, fracción XXIII.

El Principio de No Daño Ambiental Transfronterizo (*No Harm Principle*) es aquel que confiere a los Estados la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional⁴⁷. El principio de No Daño Ambiental Transfronterizo está latente en la Ley de la Agencia, cuando se le exige que la regulación que emita comprenda la prevención y contención de derrames y fugas de hidrocarburos⁴⁸. Asimismo, dicha regulación deberá contemplar las especificaciones y requisitos de control de emisiones contaminantes para cumplir con los niveles máximos permisibles en las normas oficiales mexicanas⁴⁹.

El Principio Precautorio (*Precautionary Principle*) es aquel según el cual, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente⁵⁰. De la Ley se desprende que la Agencia tiene la facultad de ordenar medidas de seguridad (suspensión, clausura, aseguramiento o inutilización) cuando alguna obra o instalación represente un riesgo crítico en materia protección al medio ambiente⁵¹.

El Principio de Contaminador Paga (*Polluter Pays Principle*) es aquel según el cual, las autoridades nacionales deben procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación⁵². Según la Ley de la Agencia, la Agencia tiene la facultad de sancionar en materia de protección al medio ambiente, en relación con las actividades del sector hidrocarburos, incluyendo las etapas de desmantelamiento y abandono de instalaciones⁵³. Así pues, cuando alguno de los Regulados sea declarado responsable por los accidentes, daños y perjuicios ocasionados con motivo o en ejercicio de sus actividades deberán pagar la remediación, sanciones e indemnizaciones correspondientes⁵⁴.

(ii) La facultad de la Agencia para imponer sanciones pecuniarias y su repercusión en el derecho internacional.

⁴⁷ Organización de las Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Declaración de Estocolmo, 1972). Principios 21.

⁴⁸ Ley de la Agencia, artículo 6, fracción I, inciso b).

⁴⁹ Ley de la Agencia, artículo 6, fracción II, inciso h).

⁵⁰ Organización de las Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Declaración de Río, 1992). Principio 15..

⁵¹ Ley de la Agencia, artículo 22.

⁵² Organización de las Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Declaración de Río, 1992). Principio 16.

⁵³ Artículo 5, fracción III de la Ley de la Agencia.

⁵⁴ Ley de la Agencia, artículo 23.

La Agencia tiene la facultad de imponer sanciones pecuniarias a los Regulados cuando éstos incurran en alguna de las situaciones siguientes: (i) restrinjan el acceso a instalaciones a inspectores y verificadores; (ii) incumplan con la obligación de informar o reportar situaciones relacionadas con la Ley de la Agencia, su reglamento o cualquier tipo de regulación que emita la Agencia; (iii) proporcionen información falsa, alterada o simulen registros relacionados con las materias que caen dentro del ámbito de la Ley de la Agencia; y (iv) violen la Ley de la Agencia, la Ley de Hidrocarburos o cualquier clase de regulación, lineamientos y disposiciones que caigan dentro del ámbito de competencia de la Agencia.

Como se expuso en el Capítulo 1, el ámbito de competencia de la Agencia está definido en la Constitución; dicho ámbito de competencia comprende la regulación y supervisión en materia de seguridad industrial, operativa y de protección al medio ambiente. Así pues, en relación con el numeral (iv) de las sanciones que puede imponer la Agencia, ésta tiene la facultad de sancionar a aquellos Regulados que incumplan con la regulación de protección al medio ambiente. Además, como ya se expuso previamente en este capítulo, la Agencia tiene la facultad de sancionar a los Regulados cuando alguno sea declarado responsable de los accidentes, daños y perjuicios ocasionados con motivo o en ejercicio de sus actividades, deberán pagar la remediación, sanciones e indemnizaciones correspondientes⁵⁵.

Las multas que imponga la Agencia van de 7,500 veces el salario mínimo general vigente hasta 7,500,000 veces el salario mínimo general vigente. Si bien la Agencia tiene un rango de arbitrariedad para imponer las sanciones pecuniarias, éstas deben de establecerse conforme al daño causado.

En el derecho internacional, la facultad para sancionar a los agentes que contaminen el medio ambiente encuentra su fundamento en el *Polluter Pays Principle*. Este principio no dice nada respecto de las cantidades apropiadas para las multas y sanciones. No obstante lo anterior, siguiendo la interpretación del Principio hecha por el Consejo de la OCDE en la *Recomendación sobre la Aplicación del Polluter Pays Principle a los casos de Contaminación Accidental*⁵⁶, pueden establecerse parámetros o rubros que el agente contaminador deber cubrir. Esta Recomendación considera que, cuando se establecen como norma de derecho nacional, se pueden introducir como parte de la reparación el costo de las medidas de control tomadas por las autoridades como consecuencia del accidente. Dichas medidas deben ir encaminadas a prevenir la propagación del daño al medio ambiente y limitar la emisión de sustancias

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. “*The Application of the Polluter-Pays Principle to Accidental Pollution, C (89) 99 (Final)*”. Párrafo 11.

contaminantes (por ejemplo, deteniendo las emisiones en la planta), o la contaminación en sí (por ejemplo, limpiando o descontaminando), o sus efectos ecológicos (por ejemplo, rehabilitando de los ecosistemas o medio ambiente contaminado).

Por otro lado, es importante señalar que el *Polluter Pays Principle* tiene una relación estrecha con la figura jurídica de la responsabilidad civil y las medidas de compensación de daños. El estudio de estos aspectos en relación con los particulares que sufran consecuencias de la contaminación queda fuera del estudio del presente trabajo. Sin embargo, vale la pena analizar la situación frente al Estado: ¿puede otorgársele el carácter de víctima? Si la compensación de daños se limita al pago de gastos y sanciones, la cuestión de si el Estado puede tener el carácter de víctima o no carece de relevancia jurídica; sin embargo, hay un concepto de reciente introducción al sistema jurídico nacional que está tomando gran relevancia y puede considerarse como parte de la compensación a cargo de los agentes contaminadores: los daños punitivos.

En el derecho anglosajón, los daños punitivos son calificados como daños que se imputan a una persona con la finalidad de castigarla como consecuencia una conducta o acto negligente⁵⁷. Si bien no existe una ley u ordenamiento jurídico que regule expresamente los daños punitivos en el derecho mexicano, la figura ha sido introducida por la Suprema Corte de Justicia. El Máximo Tribunal los considera como parte del derecho a una “justa indemnización” que deben recibir las víctimas; tienen como finalidad prevenir conductas ilícitas futuras⁵⁸, es decir, funcionan como un incentivo económico negativo.

¿Puede el Estado adquirir el carácter de víctima frente a contingencias ambientales? Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, entonces se abre la puerta para que aquellos Regulados responsables de contaminación paguen daños punitivos.

(iii) Medios de defensa de los Regulados ante las sanciones impuestas por la Agencia.

El artículo 24 de la Ley de la Agencia establece los mecanismos disponibles para los Regulados que pretendan impugnar las sanciones pecuniarias impuestas por la Agencia. El mencionado artículo señala lo siguiente:

⁵⁷ Black's Law Dictionary. “Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern”. Fifth Edition. West Publishin Co. St Paul Minn. 1979.

⁵⁸ “Daños Punitivos. Conceptualización de sus fines y objetivos”. Tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1ª. CCLXXII/2014, ubicada en Libro 8, Tomo I, de fecha julio de 2014, del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época.

“Contra los actos de la Agencia podrá interponerse opcionalmente el recurso de revisión conforme a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, o el juicio de nulidad conforme a la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo”.

Es importante destacar que ambos procedimientos son recursos administrativos.

Como ya se mencionó en la introducción del presente capítulo, el término “Regulados”, según la Ley de la Agencia, incluye a los inversionistas internacionales; esto sienta las bases para el surgimiento de una problemática muy similar a la que se analizó en el Capítulo 1 respecto de la rescisión administrativa. ¿Tienen los inversionistas internacionales la posibilidad de ventilar medios de impugnación diferentes a los de carácter administrativo que la Ley de Agencia provee? La respuesta, nuevamente, es afirmativa. No es posible limitar el acceso a medios de impugnación establecidos en tratados internacionales mediante el derecho local, en este caso, mediante las disposiciones de la Ley de la Agencia.

Siguiendo nuevamente las ideas de Bradley J. Condon⁵⁹, establecer únicamente mecanismos administrativos para impugnar las sanciones que imponga la Agencia no es compatible con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y posiblemente otros tratados internacionales que México ha suscrito y ratificado; por lo que sí es posible ventilar mediante procedimientos específicos establecidos en el TLCAN, y posiblemente otros Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca para las Inversiones (“APPRIIs”), la decisión de los agentes de la Agencia de imponer sanciones pecuniarias a los inversionistas internacionales, por los menos para los inversionistas extranjeros de los Estados Unidos y Canadá⁶⁰.

(iv) La facultad de la Agencia para emitir normas generales y sus requisitos.

No es novedad que la Ley de la Agencia disponga como atribución de la Agencia la de emitir regulación y criterios en las materias de su competencia para guiar la conducta de los Regulados; esta facultad se estableció previamente en la Ley de Hidrocarburos. La diferencia con la Ley de Hidrocarburos, es que la Ley de la Agencia agrega requisitos con los que debe cumplir la regulación que emita la Agencia. Así, la Ley de la Agencia, al referirse a las atribuciones de la Agencia, dispone lo siguiente:

⁵⁹ Condon, Bradley. *Mexican energy reform and NAFTA Chapter 11: Articles 20 and 21 of the Hydrocarbons Law and access to investment arbitration*. The Journal of World Energy Law & Business. Advance Access. Oxford, 2016.

⁶⁰ Queda fuera del alcance de la presente investigación, el análisis del acceso al arbitraje de inversión u otros medios de impugnación disponibles para los inversionistas internacionales.

“Emitir las bases y criterios para que los Regulados adopten las mejores prácticas de Seguridad Industrial, Seguridad Operativa y protección al medio ambiente que resulten aplicables a las actividades del Sector”.

Según ésta disposición, la regulación que emita la Agencia deberá sentar las bases y criterios para que los Regulados cumplan con las mejores prácticas internacionales en materia de protección al medio ambiente.

Pero, ¿cuáles son las mejores prácticas internacionales? Un punto de partida razonable para encontrarlas es analizar los instrumentos y directrices emitidos por la OCDE. ¿Por qué la OCDE? Porque a pesar de ser *soft law*, en la práctica, los países miembros de la OCDE implementan sus Recomendaciones y éstas se consideran una fuente confiable de mejores prácticas. Además, la OCDE es una organización internacional que tiene como uno de sus objetivos promover la tesis, según la cual, las políticas favorables al crecimiento económico y las políticas medioambientales deben ser compatibles y reforzarse mutuamente⁶¹. México es miembro de la OCDE desde 1994; el 14 de mayo del mencionado año, el presidente de México publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se ratificó la Declaración del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre la Aceptación de sus Obligaciones como Miembro de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos⁶².

Ahora bien, la OCDE emite diferentes clases de instrumentos legales, dentro de los que destacan las Recomendaciones emitidas por el Consejo de la OCDE. Las Recomendaciones son el resultado de trabajos realizados por los comités de la Organización; están basadas en un profundo análisis y reportes y cubren, entre otros, temas de protección al medio ambiente. Los productos finales incluyen normas y estándares internacionales, así como guías de mejores prácticas y políticas. Si bien las Recomendaciones de la OCDE no son jurídicamente vinculantes, en la práctica existe la expectativa de que los países miembros de la Organización harán todo lo posible por implementar su contenido⁶³.

Destacan, por estar identificadas con los temas cuya regulación se encuentra dentro de las facultades de la Agencia, las siguientes Recomendaciones: la Recomendación del Consejo para la Prevención y Control Integrados de Contaminación; la Recomendación del Consejo sobre la

⁶¹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. Objetivo de la Dirección de Medio Ambiente de la OCDE. Disponible para consulta en: http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/eltrabajodelaocde.htm#medio_ambiente

⁶² Decreto de promulgación de la Convención de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de julio de 1994.

⁶³ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. “*OECD Legal Instruments*”. Disponible para consulta en <https://www.oecd.org/legal/legal-instruments.htm>.

Aplicación del *Polluter Pays Principle* a los casos de Contaminación Accidental; y la Recomendación del Consejo respecto los Principios de Contaminación Transfronteriza. Existe una expectativa de seguimiento de estos instrumentos por parte del Estado mexicano. Por caer dentro de su ámbito de competencia, la expectativa debe ser cumplida por la Agencia.

2.3 Normas generales emitidas por la Agencia.

Al día de hoy, la Agencia ya ha hecho uso de sus facultades para emitir normas generales que regulan las actuaciones de los Regulados. Entre las normas generales emitidas por la Agencia destacan, por su relevancia para este trabajo, las “Disposiciones administrativas de carácter general que establecen los Lineamientos para la conformación, implementación y autorización de los Sistemas de Administración de Seguridad Industrial, Seguridad Operativa y Protección al Medio Ambiente aplicables a las actividades del Sector Hidrocarburos”.

Como su nombre lo indica, estas Disposiciones tienen como finalidad regular los sistemas de administración que deben implementar todos los Regulados en el desarrollo de sus actividades. El objetivo de los sistemas de administración es minimizar el riesgo inherente a las actividades e instalaciones del Sector Hidrocarburos, a fin de garantizar, entre otras, la protección del medio ambiente.

En el cuerpo de las Disposiciones no se hace referencia a la incorporación de tratados internacionales ni principios de derecho ambiental internacional; si bien la Constitución incorpora los tratados internacionales al sistema jurídico nacional, es recomendable que en este tipo de ordenamientos de menor jerarquía normativa, se establezca cuáles son los tratados internacionales cuyo contenido es obligatorio para la Agencia.

En los Anexos de las Disposiciones se habla de mejores prácticas, pero no se da una guía para detectar cuáles son o los criterios para seleccionarlas (como sería establecer que deben seguirse los criterios de la OCDE). Además, se deja la opción a los Regulados para que sigan las mejores prácticas nacionales o internacionales; pero si la industria es nueva para el sector privado, surge la interrogante de cuáles son las mejores prácticas nacionales.

2.4 Reglamento Interior de la Agencia.

En primer lugar, es importante señalar que la Agencia cuenta con más de treinta y tres unidades administrativas; sin embargo, ninguna de ellas está especializada en la protección al medio

ambiente. La Agencia tampoco cuenta con una unidad administrativa enfocada en la revisión y aplicación de normas y tratados de derecho internacional. Parecería que ésta última función le corresponde a la Unidad de Asuntos Jurídicos; sin embargo, entre sus facultades no tiene previsto el estudio de cuestiones de derecho ambiental internacional (ni siquiera cuestiones de derecho internacional); se enfoca, principalmente, a cuestiones relacionadas con disputas legales internas.

No obstante lo anterior, algunas de las unidades administrativas de la Agencia sí están facultadas para abordar temas de derecho internacional, en concreto el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado mexicano en tratados y convenciones internacionales, así como la cooperación con organismos internacionales (como lo es la OCDE). Así pues, la Unidad de Planeación, Regulación y Procesos tiene la facultad de:

“Proponer al Director Ejecutivo, conforme a su competencia, la participación de la Agencia en foros internacionales, así como en los mecanismos para cumplir con las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales de los que México sea parte, así como los programas y proyectos de cooperación técnica con países, organismos internacionales y entidades extranjeras con las que se suscriban acuerdos en materias de la competencia de la Agencia”⁶⁴.

Por otro lado, la Dirección General de Vinculación Estratégica, tiene entre sus facultades la de:

“Proponer al jefe de unidad de su adscripción, la participación de la Agencia en foros internacionales, así como en los mecanismos para cumplir las obligaciones derivadas de los instrumentos jurídicos de los que México sea parte, y los programas y proyectos de cooperación técnica con países, organismos internacionales y entidades extranjeras con las que se suscriban convenios en materias de la competencia de la Agencia”⁶⁵.

Al igual que en las disposiciones que emita que la Agencia, resulta fundamental que el Reglamento Interior de la Agencia rescate las cuestiones relativas al cumplimiento con los tratados internacionales, las normas de derecho internacional y la cooperación con organismos internacionales.

No obstante lo anterior, es preocupante que el seguimiento y aplicación de normas que son vinculantes, o al menos existe una expectativa de cumplimiento por parte del Estado mexicano,

⁶⁴ México, Reglamento Interior de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, artículo 10, fracción LI, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de octubre de 2014. (En adelante, se hará referencia a este Decreto como el “Reglamento Interior de la Agencia”).

⁶⁵ Reglamento Interior de la Agencia, artículo 19, fracción III.

caigan dentro del arbitrio de un funcionario público (del Director Ejecutivo de la Agencia, en un caso; del jefe de unidad de la Dirección General de Vinculación Estratégica, en el otro). Esta regulación no cumple con la Constitución; son obligaciones –o expectativas de actuaciones– del Estado mexicano, no de la Agencia o de los funcionarios de la Agencia; su cumplimiento no puede quedar al arbitrio de un funcionario público⁶⁶.

Por otro lado, la falta de técnica u omisiones del Reglamento Interior de la Agencia, deja en una muy mala posición al Estado mexicano en relación con los APPRIs que ha suscrito y ratificado, pues es muy difícil comprobar que se está dando un nivel mínimo de trato igualitario y un buen manejo de facultades y coordinación de las mismas, cuando el cumplimiento recae en un solo funcionario.

Por último, es importante destacar las ideas de Irene Villanueva, quien ha expuesto que “en los países en desarrollo, la debilidad de las instituciones gubernamentales ha prevenido el establecimiento de un sistema de normas que regule los impactos de los daños en el medio ambiente, el cual sea aplicado de manera constante para todos, y que sea eficiente y aplicado contra todos lo que lo violen”⁶⁷. Dejar al arbitrio de un par de funcionarios el cumplimiento de las obligaciones internacionales y expectativas de la comunidad internacional en materia de protección al medio ambiente debe ser calificada como una debilidad institucional.

2.5 Conclusión.

A lo largo del presente capítulo se analizaron temas que demuestran la estrecha relación entre la Ley de la Agencia y sus disposiciones administrativas (Reglamento Interior y normas emitidas por la Agencia) con los instrumentos y mecanismos de derecho ambiental internacional. Así pues, se concluyó que, según la Ley de la Agencia, la Agencia tiene la obligación de dar seguimiento a los mecanismos, acuerdos y convenciones internacionales en materia de su competencia, lo cual se traduce en la obligación de cumplimiento de los tratados e instrumentos internacionales en materia de protección al medio ambiente.

⁶⁶ Las disposiciones de los artículos 10, fracción LI y 19, fracción III del Reglamento Interior de la Agencia, al simplemente proponer el cumplimiento con las obligaciones derivadas de los tratados internaciones, tiene un carácter potestativo para el Director Ejecutivo de la Agencia y del jefe de unidad de la Dirección General de Vinculación Estratégica.

⁶⁷ Villanueva, Irene. “*Strengthening Environmental Rule of Law: Enforcement, Combatting Corruption and Encouraging Citizen Suits*”. Georgetown International Environmental Law Review. Winter, 2015.

Pero el rol de la Agencia no es únicamente cumplir con las disposiciones jurídicamente vinculantes, también se espera que siga los principios de derecho ambiental internacional. Los ejemplos vertidos muestran que el legislador ha internalizado diversos principios de derecho ambiental internacional, como los son el Principio de Desarrollo Sustentable, el Principio de No Daño Ambiental Transfronterizo (*No Harm Principle*), el Principio de Contaminador Paga (*Polluter Pays Principle*) y el Principio Precautorio (*Precautionary Principle*).

En estrecha relación con el *Polluter Pays Principle*, encontramos que la Agencia tiene la facultad para imponer sanciones a aquellos Regulados violen la Ley de la Agencia, la Ley de Hidrocarburos o cualquier clase de regulación, lineamientos y disposiciones que caigan dentro del ámbito de su competencia. Por caer esta facultad dentro del campo de aplicación del *Polluter Pays Principle*, la Agencia deberá seguir la *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la Aplicación del Polluter Pays Principle a los casos de Contaminación Accidental*.

Se analizó también la reparación de daños por parte de los agentes contaminadores, y se introdujo un tema muy nuevo dentro de la regulación jurídica nacional: los daños punitivos. Habrá que observar con detalle cómo evoluciona esta figura jurídica en México, pues puede derivar en el otorgamiento del carácter de víctima al Estado mexicano y, con ello, en sanciones para prevenir daños futuros por parte de los Regulados.

Como se hizo en el Capítulo 1, se concluyó nuevamente la falta de técnica legislativa para regular los mecanismos de defensa que tiene los inversionistas internacionales, en este caso, para oponerse a las multas que les imponga la Agencia. La regulación actual es contraria a las disposiciones del TLCAN, y posiblemente de otros tratados de protección a la inversión.

La regulación que emita la Agencia deberá sentar las bases y criterios para que los Regulados cumplan con las mejores prácticas internacionales en materia de protección al medio ambiente. Deberán de observarse los criterios de mejores prácticas emitidos por la OCDE, por ser un organismo que busca promover la compatibilidad entre las políticas favorables al crecimiento económico y las políticas medioambientales.

Al analizar las Disposiciones administrativas emitidas por la Agencia para la conformación, implementación y autorización de los sistemas de administración que deben implementar los Regulados, se concluyó que éstas no cumplen con el requisito legal de considerar las mejores prácticas internacionales, ni con las expectativas generadas por la comunidad internacional, en especial, los países miembros de la OCDE.

Por último, se analizaron las disposiciones relevantes del Reglamento Interno de la Agencia. La conclusión es que regula de manera muy pobre el rol que tiene la Agencia en el cumplimiento

de obligaciones asumidas por el Estado mexicano, así como de las expectativas de la comunidad internacional. La Agencia no es una institución aislada dentro del sistema jurídico nacional, de ella depende buena parte del cumplimiento de las obligaciones y expectativas de actuaciones que ha generado el Estado mexicano frente a los países de la comunidad internacional.

3.Derecho Ambiental Internacional.

3.1 Introducción.

Antes de iniciar con el análisis de las consecuencias establecidas por el derecho ambiental internacional para aquellos Estados que causen un daño ambiental transfronterizo, se hará un análisis de las características de la zona geográfica dónde se concentra la mayor parte de las actividades de extracción de hidrocarburos en México: el Golfo de México.

Una vez claras las condiciones del Golfo de México, se estudiará el caso del mayor derrame de petróleo de la era moderna, el cual ocurrió precisamente en el Golfo de México. El derrame fue provocado por la compañía petrolera BP, tuvo consecuencias ambientales catastróficas y desató un litigio poco convencional.

Como se mencionó previamente en el Capítulo 1, dentro del complejo sistema de fuentes del derecho internacional encontramos la jurisprudencia internacional. Debido a la multiplicación de tribunales y órganos cuasi-judiciales que resuelven disputas de derecho internacional, la jurisprudencia internacional cada día tiene mayor relevancia⁶⁸. En esta segunda parte de la investigación⁶⁹, se estudiarán diversos casos resueltos por la CIJ con la finalidad de demostrar que las resoluciones de éste y otros tribunales internacionales, sientan precedentes y tienen un papel determinante en la interpretación de las normas del derecho internacional. Asimismo, serán objeto de estudio diversos casos resueltos por paneles arbitrales de inversión. Los laudos de los paneles arbitrales de inversión no son vinculantes, pero pueden influir en los laudos futuros; además, a veces hasta muestran discrepancias importantes sobre cuestiones de derecho internacional público⁷⁰.

⁶⁸ Rodríguez Huerta, Gabriela. “La incorporación y aplicación del Derecho Internacional en el orden jurídico mexicano”. Ed. Tirant. México, 2015. Página 68.

⁶⁹ Se hace referencia a los Capítulos 3y 4, pues cada uno de ellos nos abocamos al estudio de las ramas de derecho internacional que tienen influencia directa en el marco regulatorio de la Agencia.

⁷⁰ Rodríguez Huerta, Gabriela, “Comentario sobre Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, INC. vs. México y Corn Products International, INC. vs. México”, ITAM, CDEI, 2011.

La primera cuestión en la que se considerará la relevancia de las decisiones tomadas por paneles arbitrales será en el estudio del Principio de No Daño Ambiental Transfronterizo. El mencionado principio tuvo su origen en el caso *Trail Smelter*, considerado como el caso más relevante para el derecho ambiental internacional. Se hará un análisis de la problemática jurídica que resolvió el tribunal arbitral en el caso *Trail Smelter*, así como de la formulación que hizo dicho tribunal del Principio de No Daño Ambiental Transfronterizo. El mencionado principio es tan relevante, que fue adoptado (con algunos matices, cómo se verá más adelante) en la Declaración de Estocolmo y en la Declaración de Río.

Posteriormente, se estudiarán algunos de los documentos y decisiones de organismos internacionales que encuentran su fundamento en el Principio de No Daño Ambiental Transfronterizo. En este contexto se estudiarán algunas decisiones de la CIJ que tienen su fundamento en lo expuesto en el caso *Trail Smelter*, como fue el caso *Nuclear Test*, el caso *Pulp Mills* y la opinión consultiva “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case*”. También serán objeto de análisis las aportaciones al fortalecimiento del Principio de No Daño Ambiental Transfronterizo hechas por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU.

Ahora bien, dado el caso que se decreta que un Estado es responsable de causar un daño ambiental transfronterizo, ¿qué tipo de sanciones se le pueden imputar?, en específico, ¿se le pueden imputar daños punitivos? La última parte de este capítulo se abocará al estudio de la posibilidad de imputar daños punitivos al Estado mexicano, en caso de que sea declarado culpable de incumplir con la obligación de prevenir el daño ambiental transfronterizo. Los argumentos financieros, pero sobre todo el análisis de lo dispuesto en diversos APPRIs que ha celebrado el Estado mexicano conducirán a la conclusión de que no se pueden imponer daños punitivos como medida de reparación en contra del Estado mexicano.

3.2 Riesgo de daño ambiental transfronterizo.

(i) El Golfo de México.

En el capítulo 1 se introdujo el concepto de “daño ambiental transfronterizo” y se explicó la importancia del rol de la Agencia para encontrar y sancionar a los responsables de daños ambientales dentro del sector hidrocarburos, con la finalidad de proteger al Estado mexicano frente a las reclamaciones de otros Estados.

El riesgo de provocar un daño ambiental transfronterizo está latente en las actividades que realizan los Regulados. El Golfo de México concentra la mayor parte de la actividad del sector hidrocarburos en México, en especial, de las actividades relacionadas con la exploración y extracción de petróleo. Así pues, el Golfo de México es el lugar más susceptible para la presentación de contingencias que pongan en peligro el medio ambiente.

El Golfo de México es una región del Océano Atlántico que comparten Cuba, Estados Unidos y México. Como consecuencia de la marea generada por la Corriente de Yucatán, el patrón general de la circulación superficial del Golfo de México presenta las características de una circulación residual, es decir, se puede hablar de un circuito que recorren las aguas del Golfo de México. Los rasgos distintivos son: una corriente hacia el oeste, localizada en el Banco de Campeche; una corriente hacia el norte en las costas de Veracruz, Tamaulipas y el sur de Texas; y, por último, una corriente que lleva las aguas superficiales hacia el Estrecho de Florida⁷¹.

En caso de un derrame, el petróleo emerge a la superficie y viaja con las corrientes marinas, por lo que su destino son las costas; esta afirmación, en conjunto con lo expuesto en el párrafo precedente, sirven para ilustrar cómo un derrame de petróleo en cualquier lugar dentro de las aguas territoriales que México posee en el Golfo de México tendrá efectos nocivos en todo el Golfo de México, en especial en las costas de los Estados Unidos, haciendo responsable al Estado mexicano de daño ambiental transfronterizo.

(ii) Hechos del caso Deepwater Horizon

El 20 de abril de 2010, mientras se trabajaba en la extracción de petróleo del pozo petrolero Macondo, localizado aproximadamente a 45 kilómetros de la costa sudeste del estado de Luisiana, ocurrió una explosión en la plataforma *Deepwater Horizon*. La plataforma era propiedad y era operada por *Transocean*, la compañía de perforación marina más grande del mundo, y arrendada por *BP*, una de las compañías de energía más grandes del mundo y que era también la arrendataria principal del pozo petrolero Macondo. La explosión provocó una incontrolable fuga de petróleo, murieron 11 trabajadores y provocó un incendio que hundió la plataforma. Después de la explosión, falló el intento de activar la válvula de seguridad y el petróleo comenzó a derramarse en las aguas del Golfo de México, causando inmensos daños al medio ambiente marino, y contaminado las costas de Alabama, Florida, Luisiana y Mississippi; la contaminación alcanzó también las costas de México y Cuba. El accidente provocó pérdidas de billones de dólares a las industrias pesqueras y turísticas. El 15 de julio de 2010, casi 3 meses

⁷¹ Martínez López, Benjamín y Pares Sierra, Alejandro. “Circulación del Golfo de México inducida por mareas, viento y la Corriente de Yucatán. Revista Ciencias”. *CIENCIAS MARINAS*. Ensenada, México. Volumen 24, número 1. Marzo, 1998. Páginas 65-93.

después de la explosión, BP anunció que había tapado el pozo, deteniendo el derrame del crudo al Golfo. El 19 de septiembre del mismo año, oficiales federales de Estados Unidos, anunciaron que el pozo Macando había sido completamente cerrado.

Durante los 3 meses que duró el derrame, se estima que se derramaron casi 5'000,000 (cinco millones) de barriles de petróleo, lo que equivale a 795'000,000 (setecientos noventa y cinco millones) de litros de petróleo vertidos en el Golfo de México⁷².

La Comisión Nacional para la investigación del Derrame de Petróleo y la Perforación Marítima en el caso BP Deepwater Horizon concluyó que el derrame de petróleo fue consecuencia de errores cometidos por BP, Halliburton y Transocean, los cuales revelan fallas sistemáticas en la administración de riesgos, poniendo en duda la cultura de seguridad en la industria (esta es precisamente una de las funciones que por mandato constitucional le corresponden a la Agencia)⁷³.

(iii) Problemática Jurídica del caso Deepwater Horizon.

Los hechos del caso no son nada complejos si los comparamos con las cuestiones legales que surgieron a partir del mismo. Después del accidente, cientos de demandantes comenzaron a interponer todo tipo de acciones legales en cortes federales y estatales de los Estados Unidos. Como consecuencia, el sistema judicial de los Estados Unidos decidió consolidar los procedimientos en dos “Litigios Multidistritales” (*Multidistrict Litigations*); uno de los litigios se transfirió a un Distrito en Texas, y el otro a un Distrito de Luisiana. Las demandas incluyen, entre otras, (i) muerte y lesiones personales por negligencia, como resultado de la explosión y el incendio de la plataforma; (ii) lesiones personales, como consecuencia de la exposición al petróleo y otros químicos dispersos; (iii) daños a la propiedad privada; (iv) daños a los recursos naturales; (v) pérdidas económicas, como resultado del derrame de petróleo; (vi) pérdidas económicas por incumplimiento de contrato; (vii) y violaciones a leyes de protección del medio ambiente.⁷⁴

Con la finalidad de satisfacer sus obligaciones respecto a las partes afectadas por el derrame de petróleo, BP constituyó un fondo denominado *Gulf Coast Claims Facility*. La función de este fondo era indemnizar a los demandantes por pérdidas pecuniarias, costos por remoción y

⁷² Koenig, Thomas y Rustad, Michael. Reconceptualizing the BP Oil Spill as Parens Patriae Products Liability. *Houston Law Review*. Number 291. Spring, 2012.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Barbier, Carl y Allums, Benjamin. Symposium: Environmental Litigation: Selected Issues Encountered in MDL No. 2179, In Re: Oil Spill By the Oil Rig “Deepwater Horizon” in the Gulf of Mexico, on April 20, 2010. *THE ADVOCATE - State Bar of Texas, Litigation Section*. Number 47. Invierno, 2012.

limpieza, daños a propiedad privada, pérdida de oportunidad para utilizar recursos naturales, lesiones y muerte. Sin embargo, el fondo no cubría las demandas de daños punitivos; el fondo tenía la finalidad de indemnizar a aquellas personas que habían sufrido daño o pérdidas, no para castigar a BP. Aquellas personas que querían incluir dentro de sus prestaciones los daños punitivos no tenían otra opción que elegir la vía legal.⁷⁵

Aunado a lo expuesto en el párrafo anterior, no todos aquellos que sufrieron daños o pérdidas derivados del derrame de petróleo tenían legitimación activa para exigir daños punitivos. Siguiendo la Ley de Contaminación Petrolera (*Oil Pollution Act*) de 1990, el Juez Carl Barbier, encargado del Distrito de Luisiana donde se ventiló uno de los “Litigios Multidistritales”, concluyó que solamente aquellas personas que sufrieron lesiones o daños a su propiedad, así como aquellas personas que se dedicaban a la pesca comercial, tenían la legitimación activa para hacerlo.⁷⁶

Para aquellos sujetos con legitimación activa, exigir la prestación de daños punitivos sí era viable. En este caso, los daños punitivos tenían una doble función o justificación: un castigo para BP y una disuasión económica. El castigo para BP se justifica por la gravedad de la conducta (la cual se podría calificar como negligente), así como por la naturaleza destructiva y devastadora que provocaron los daños; el carácter meramente económico de los daños punitivos se fundamenta en la falta que incurrió BP al no poder indemnizar el daño ocasionado a la sociedad en conjunto (por ejemplo, no se podían resarcir los daños de los peces muertos).⁷⁷

En marzo del año 2012, BP llegó a un acuerdo con los demandados que se habían agrupado en acciones colectivas. Dentro de este acuerdo no se consideraron daños punitivos como tal, pero sí se incluyeron “multiplicadores de daño”, como una medida de supra-compensación; estos “multiplicadores de daño” aumentaban sustancialmente el monto de indemnización, dependiendo del tipo de daño que el derrame de petróleo les hizo sufrir. Así pues, aquellos demandantes que decidieron no tomar la indemnización ofrecida por el fondo de compensación (*Gulf Coast Claims Facility*) y exigir el pago de daños punitivos no los obtuvieron como tal, pero al final del día, llámense daños punitivos o “multiplicadores de daño”, obtuvieron una indemnización mayor a una mera reparación de daños. Podemos también puntualizar, como lo hizo Catherine Sharkey, que los “multiplicadores de daño representan una forma de reparación del daño causado a la sociedad”⁷⁸.

⁷⁵ Sharkey. Catherine. The BP Oil Spill Settlements, Classwide Punitive Damages, and Societal Deterrence. DePaul Law Review. Número 681. Winter, 2015.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Sharkey. Catherine. The BP Oil Spill Settlements, Classwide Punitive Damages, and Societal Deterrence. DePaul Law Review. Número 681. Invierno, 2015. Página 12.

3.3 Responsabilidad del Estado para el daño ambiental transfronterizo.

(i) Diferencias entre el caso Trail Smelter y el caso Deepwater Horizon

Como se observará a continuación, la gran diferencia entre el caso *Trail Smelter* y el de *BP Deepwater Horizon*, es que este último se ventiló en tribunales locales y siguiendo el derecho interno de los Estados Unidos, pues tanto los responsables como los afectados se encontraban dentro del territorio estadounidense; derivado de la contaminación en el Golfo de México en el caso *BP Deepwater Horizon* no hubo reclamaciones por daño ambiental transfronterizo.

Si una empresa mexicana (ya sea que sus inversionistas sean extranjeros o nacionales) causa daños en los Estados Unidos, como consecuencia de un accidente ambiental desde territorio mexicano, ¿cuál sería la manera de ventilar esta disputa? La solución sería ventilar esa disputa en un tribunal internacional, o ¿puede ventilarse la disputa en tribunales de los Estados Unidos que apliquen su derecho nacional? Esta investigación se enfoca en el litigio internacional, por lo que la respuesta a esta última pregunta queda fuera del alcance del presente artículo.

(ii) Trail Smelter: el caso

Al hablar del daño ambiental transfronterizo, el caso más representativo e importante es el caso *Trail Smelter (The Trail Smelter Dispute)*. El conflicto surgió por los daños que sufrieron cosechas, pastizales y huertos ubicados en el estado de Washington, Estados Unidos, como consecuencia de las emisiones del dióxido de azufre emitido por una fábrica de fundición de metales en la provincia de British Columbia, en Canadá.

Los ciudadanos estadounidense no tenían posibilidad de iniciar un procedimiento legal en Canadá en contra de la compañía, por lo que la disputa se trasladó al ámbito internacional y fue resuelta por un tribunal arbitral internacional; los participantes en la disputa final no fueron los ciudadanos estadounidenses y la compañía canadiense, sino los gobiernos de Estados Unidos y Canadá.

El tribunal arbitral emitió dos fallos. El primer fallo se dio a conocer el 16 de abril de 1938, en éste se determinó que, entre 1932 y el 1 de octubre de 1937, la compañía *Trail Smelter* había causado daños en el estado de Washington: se le impuso una sanción al gobierno de Canadá por USD\$78,000.00. En el segundo fallo, de fecha 11 de marzo de 1941, al contestar la pregunta

respecto si la compañía *Trail Smelter* estaba obligada a abstenerse de causar daños futuros al estado de Washington, el Tribunal arbitral determinó que:

“Bajo los principios de derecho internacional, así como de las leyes de los Estados Unidos, ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio de tal manera que cause daños por la emisión de gases en el territorio de otro Estado o en las propiedades de las personas de otro Estado, cuando esto lleve aparejado consecuencias graves y el daño sea comprobado con evidencia clara y convincente”.

Además, en esta misma sección, el tribunal arbitral sostuvo que, según el derecho internacional, el Estado de Canadá era responsable por la conducta de la compañía *Trail Smelter* y que era obligación del Estado vigilar que las actuaciones de la compañía fuesen de conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. El Estado de Canadá debería tomar las medidas necesarias para asegurar que cualquier actividad nociva dentro de su territorio no causara daño ambiental transfronterizo; es decir, el tribunal arbitral no solo impuso una obligación futura a la compañía *Trail Smelter* para no contaminar en los estados vecinos, sino que obligó también al Estado de Canadá⁷⁹.

(iii) La relevancia jurídica del caso Trail Smelter.

a) La Corte Internacional de Justicia

La aportación más relevante del caso *Trail Smelter* al derecho internacional, y en especial al derecho ambiental internacional, fue la enunciación que hizo el tribunal arbitral para determinar la existencia de daño ambiental transfronterizo, pues fue la primera formulación del principio de No Daño Ambiental Transfronterizo.

Muchos tribunales arbitrales internacionales y, sobre todo, la Corte Internacional de Justicia, han utilizado el principio para resolver sus casos. Entre los más relevantes se encuentran el *Nuclear Test Case* (Nueva Zelanda v. Francia), donde la CIJ emitió una orden en la que constreñía a Francia a evitar las pruebas nucleares que dejaran restos de depósitos radioactivos en territorio de Nueva Zelanda. Asimismo, la CIJ al emitir la Opinión Consultiva “*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case*”, afirmó que “la existencia de la obligación de los Estados para asegurarse que las actividades dentro de su jurisdicción y bajo su control respeten

⁷⁹ Beyerlin, Ulrich y Marahuam, Thilo. *International Environmental Law*. Hart Publishing. USA, 2011., Página 4.

el medio ambiente de otros Estados o de las áreas fuera de su control es parte del corpus del derecho ambiental internacional”.

Quizá el pronunciamiento más relevante de la CIJ en relación con el principio de No Daño Ambiental Transfronterizo para el presente trabajo (por su parecido con las condiciones que se presentan en el Golfo de México), se dio al resolver el caso *Pulp Mills* (Argentina v. Uruguay); ahí, la CIJ sostuvo que hay un requerimiento de derecho internacional para llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental cuando existe el riesgo de que cierta actividad industrial pueda tener un impacto significativo adverso en un contexto transfronterizo, en especial cuando se trata de un recurso natural compartido. En el mismo caso *Pulp Mills*, la CIJ confirmó que los deberes de diligencia, vigilancia y prevención continúan una vez que las operaciones de la industria han iniciado y, en caso de ser necesario, durante todo el desarrollo del proyecto.⁸⁰

Sin lugar a dudas, la Agencia deberá observar los pronunciamientos de la CIJ como un parámetro para sus actuaciones. El principio no es un mero pronunciamiento abstracto utilizado por los tribunales arbitrales y cortes internacionales para justificar sanciones a los Estados. Como ya se observó en el caso *Pulp Mills*, la CIJ concluyó que los Estados están obligados a realizar una evaluación de impacto ambiental cuando exista el riesgo de que una actividad industrial tenga un impacto adverso significativo en el contexto transfronterizo, en especial cuando existen recursos naturales compartidos. Respecto al alcance y contenido de las evaluaciones de impacto ambiental, la CIJ concluyó que éstos deberán ser determinados por el derecho interno de cada Estado. En México, los criterios para practicar las evaluaciones de impacto ambiental los emite la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (“SEMARNAT”).

b) El Principio de No Daño Ambiental Transfronterizo en la Declaración de Estocolmo y la Declaración de Río de Janeiro

El principio de No Daño Ambiental Transfronterizo que utilizó el tribunal arbitral que resolvió el caso *Trail Smelter* es considerado como un principio muy importante del derecho ambiental internacional. Éste principio, como ya se adelantó previamente en los capítulos 1 y 2, fue adoptado en la Declaración de Estocolmo y en la Declaración de Río. En la Declaración de Estocolmo aparece consagrado en el artículo 21, cuyo texto es el siguiente:

“De conformidad con la carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en

⁸⁰ Menaker, Andrea. *The Trail Smelter Dispute*, aparece en *Arbitrating for Peace: How Arbitration Made a Difference*. Kluwer Law International, 2016. Páginas 55-78.

aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

Por su parte, en el Principio 2 de la Declaración de Río, se estableció lo siguiente:

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”.

En la adopción del principio de No Daño Ambiental Transfronterizo en los textos de la Declaración de Estocolmo y de la Declaración de Río se hizo un pequeño pero muy significativo matiz respecto de lo establecido por el tribunal arbitral del caso *Trail Smelter*. En el caso *Trail Smelter*, el tribunal arbitral hizo énfasis en que la prohibición para causar un daño ambiental transfronterizo solo aplicaría en casos de “consecuencias graves”. Tanto la redacción del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo, como la del Principio 2 de la Declaración de Río, omiten este requisito impuesto por el tribunal del caso *Trail Smelter*.

No obstante lo expuesto en el párrafo anterior, hoy en día, es ampliamente aceptado por la doctrina relevante y observado en la práctica de los Estados, que la prohibición de causar un daño ambiental transfronterizo se limita a aquellos daños que superen cierto nivel de gravedad; es decir, aquellos Estados víctimas de un daño ambiental insignificante no están legitimados para exigir una reparación.⁸¹

c) Comisión de Derecho Internacional de la ONU

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas se constituyó en 1947, por mandato de la Asamblea General de la ONU; nace a partir de los compromisos asumidos en la Carta de las Naciones Unidas. La Comisión tiene como objetivo realizar estudios y hacer recomendaciones que fomenten el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación⁸².

⁸¹ Beyerlin, Ulrich y Marahuam, Thilo. *International Environmental Law*. Hart Publishing. USA, 2011., Página 41.

⁸² Organización de las Naciones Unidas. “Comisión de Derecho Internacional: Orígenes”. Disponible para consulta en <http://www.un.org/es/aboutun/structure/ilc.shtml>

La Comisión de Derecho Internacional es otra de las instituciones que ha contribuido para que el Principio de No Daño Ambiental Transfronterizo adquiriera el carácter de pilar del derecho ambiental internacional que tiene actualmente. En este orden de ideas, destacan dos de sus instrumentos en cuyos textos se hace referencia, no directa, pero sí muy palpable de la decisión tomada por el tribunal arbitral en el caso *Trail Smelter*: (i) los Artículos sobre la Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas y (ii) los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionales Ilícitos –y sus Comentarios-.

Antes de analizar los instrumentos mencionados en el párrafo precedente, es importante recordar que la CIJ, al resolver el caso *Pulp Mills*, no dejó dudas de la existencia de la obligación que tienen los Estados de realizar ciertos actos con la finalidad de prevenir situaciones de contaminación transfronteriza, es decir, el Principio de No Daño Ambiental Transfronterizo tiene una parte preventiva.

En los Artículos sobre la Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas, la Comisión define en qué consiste la obligación de prevención.

Artículo 3. Prevención. El Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir el daño transfronterizo sensibles o, en todo caso, minimizarlo.

Es importante destacar que, a diferencia de lo adoptado en la Declaración de Estocolmo y en la Declaración de Río, la Comisión sí le otorga un adjetivo (“sensible”, en el caso *Trail Smelter* se le dio el adjetivo “grave”) al tipo de daño que deber ocurrir para que un Estado se encuentre en el supuesto de responsabilidad internacional por causar un daño ambiental transfronterizo y, por lo tanto, que el Estado afectado tenga legitimación activa para solicitar la indemnización respectiva.

En los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionales Ilícitos, en concreto, en el artículo 14.3, la Comisión aborda el tema de la vigencia temporal de las obligaciones de prevención.

Artículo 14: Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional.

3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el periodo en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación.

En los Comentarios de la Comisión a los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionales Ilícitos, se expone que el incumplimiento con una obligación de prevención, en algunos casos, puede ser considerado como un hecho ilícito continuado, cuyo efecto es que el incumplimiento continúa durante todo el periodo de tiempo en que los sucesos continúen y no se esté conforme a lo establecido en la obligación. En este contexto se pone como ejemplo el caso *Trail Smelter*, en el cual existía la obligación de prevenir el daño ambiental transfronterizo por contaminación del aire. Los Comentarios concluyen que la obligación fue incumplida durante todo el tiempo que se manifestó la contaminación y que existe la posibilidad que el incumplimiento se agrave progresivamente por la falta de reparación⁸³; esta es precisamente la lógica utilizada por el tribunal arbitral del caso *Trail Smelter* para determinar que el gobierno de Canadá tenía la obligación futura (al momento que se emitió la decisión) de no permitir que la contaminación se propagara el territorio de los Estados Unidos.

3.4 Responsabilidad estatal y los daños punitivos.

En el Capítulo 2 se introdujo el concepto de daños punitivos, y se mencionó que entre sus funciones o características se encuentra la de castigar a los demandados cuando las actuaciones que provocaron los daños fueron negligentes. Para el caso en cuestión, cuando un Estado incumple con sus obligaciones de prevención, existen argumentos para creer que en futuro seguirá este tipo de comportamientos y, por lo tanto, se volverán a causar daños.

Dado el caso que se decreta que un Estado es culpable de causar un daño ambiental transfronterizo, ¿qué tipo de sanciones se le pueden imputar?, en específico, ¿se le pueden imputar daños punitivos?

En primer lugar, existe un argumento económico para concluir que no es posible, o mejor dicho, no es deseable imponer sanciones por daños punitivos a los Estados. Los daños punitivos son una figura que tiene entre sus objetivos, castigar al demandado por sus actuaciones; el castigo pecuniario se calcula aplicando un dígito multiplicador a la cantidad de daños (en estricto sentido). El problema surge en la determinación del dígito multiplicador, puesto que éste queda al arbitrio del tribunal arbitral o del tribunal internacional que resuelva el caso, es muy difícil predecir cuál será el resultado y, por lo tanto, es muy difícil determinar cuál será la situación económica final del demandado.

⁸³ Comisión de Derecho Internacional. Draft Articles on Responsibility for Internationally Wrongful Acts, whit commentaries”, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two. Comentarios al artículo 14, párrafo (14).

La indeterminación de la situación financiera de un Estado es igual, o todavía más, importante que el de una empresa. Por eso es importante analizar cómo han respondido los mercados financieros respecto a las empresas que se han provocado daños ambientales, para ello, retomaremos el caso de *BP Deepwater Horizon*.

Antes del derrame de petróleo, el valor las acciones de BP se encontraban a la par de sus competidores en el mercado. Después del accidente, el valor de las acciones de BP cayó precipitadamente, pues los mercados esperaban importantes sumas de daños por responsabilidad legal, costos de limpieza y reparación y, sobre todo, por el riesgo que generaba la incertidumbre respecto del resultado final.

BP hizo una reserva de 40 billones de dólares para el pago de daños/compensación y costos de limpieza. Sin embargo, en los mercados su valor había disminuido otros 44 billones. La mayor parte de esta pérdida de valor es atribuible a la incertidumbre que se generó respecto de la cantidad total que BP debía pagar como indemnización a las víctimas.

Si bien los Estados no tienen acciones cuyo valor pueda disminuir, sí participan en los mercados financieros, sobre todo a través de la emisión de instrumentos de deuda. La calificación de los instrumentos de deuda, al igual que el valor de las acciones de las empresas públicas, depende en buena parte de la percepción que tengan los mercados de dicha entidad. Si los mercados observan un riesgo grande, por lo difícil que es predecir la cantidad total de daños que debe pagar el Estado, la calificación de los instrumentos de deuda del Estado en cuestión va a disminuir.

Ahora bien, dejemos de lado el argumento económico/financiero y pasemos a analizar solamente la cuestión jurídica. Parecería que sí se le pueden imputar daños punitivos a los Estados, sobre todo si incumplen con la obligación de prevención, considerando el carácter de castigo que tienen los daños punitivos, y porque existe la posibilidad de que sigan incumpliendo y, por lo tanto, que se produzcan nuevos daños.

Una revisión de los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones que el Estado mexicano ha suscrito con China, Singapur, Australia, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Uruguay y Finlandia, permite observar que en este tipo de instrumentos, por regla general, se prevé que los tribunales internacionales que resuelvan las controversias que surjan no podrán imputar a las partes contratantes, es decir, a los Estados que suscriben el acuerdo, la sanción de pagar daños punitivos. Sin embargo, no se puede concluir que un conflicto entre dos Estados - por ejemplo, entre México y Estados Unidos- resuelto por la CIJ tendría el mismo desenlace. Nina Jorgensen, considera que sí se pueden imputar daños punitivos a un Estado en caso de ser declarado culpable por “responsabilidad criminal internacional”; ahora la cuestión sería analizar

si la responsabilidad internacional por daño ambiental transfronterizo puede considerarse como un acto criminal internacional⁸⁴, lo cual queda fuera del alcance de la presente investigación.

3.5 Conclusión.

Dadas las condiciones de la circulación de las mareas en el Golfo de México y la tendencia que tiene el petróleo para emerger a la superficie marina, se analizó el riesgo latente de provocar daño ambiental transfronterizo que tienen todos los Regulados cuyas actividades se desarrollen en el Golfo de México.

Para ilustrar lo anterior, se tomó como ejemplo el mayor derrame de petróleo de la era moderna. Una falla en la válvula de seguridad de la plataforma Deepwater Horizon, que se encontraba desarrollando actividades de extracción en el Golfo de México, provocó un derrame de más de 5 millones de barriles de petróleo. Los daños se expandieron a todo el Golfo de México, pero en especial a las costas de los Estados Unidos, por ser ésta la zona a la que se dirigen las corrientes.

A partir del establecimiento del fondo de compensación denominado *Gulf Coast Claims Facility*, BP accedió a indemnizar a muchos de sus demandantes sin la necesidad de acudir a tribunales locales o federales. Sin embargo, el fondo no cubría las pretensiones de aquellos que exigían el pago de daños punitivos, teniendo éstos que acudir, forzosamente, a la vía judicial. Si bien la decisión final de los tribunales no incluyó el pago de daños punitivos, sí otorgó a los demandantes “multiplicadores de daño”, como medida de supra-compensación.

Para analizar a fondo del principio de No Daño Ambiental Transfronterizo, considerado como un pilar del derecho ambiental internacional, se estudió el caso *Trail Smelter*. El tribunal arbitral que resolvió este caso fue el primero en formular el principio de No Daño Ambiental Transfronterizo. Después, se estudiaron algunas decisiones trascendentales de la CIJ para darle mayor fuerza normativa al principio de No Daño Ambiental Transfronterizo, entre las que destaca el caso *Pulp Mills*, en el que se establecieron una serie de obligaciones concretas para cumplir con la obligación de prevención, como lo es la de practicar evaluaciones de impacto ambiental, conforme a los lineamientos emitidos por la SEMERNAT, en los casos que existe riesgo de que las actividades industriales provoquen daño ambiental transfronterizo.

⁸⁴ Jorgensen, Nina. “A Reappraisal of Punitive Damages in International Law”. *British Yearbook of International Law*. Volume 68, issue 1, pages 247-266.

El principio de No Daño Ambiental Transfronterizo es tan importante que fue adoptado en los textos de la Declaración de Estocolmo y la Declaración de Río. Sin embargo, en ninguno de estos instrumentos se le da una clasificación al tipo de daño que se debe causar para que el Estado afectado tenga la posibilidad de presentar iniciar un procedimiento ante un tribunal internacional; en el caso *Trail Smelter*, el tribunal concluyó que la prohibición para causar un daño ambiental transfronterizo solo aplicaría en casos de “consecuencias graves”.

La Comisión de Derecho Internacional de la ONU también ha considerado al principio de No Daño Ambiental Transfronterizo dentro de sus instrumentos y documentos. La Comisión sí fue lo suficientemente cautelosa para clasificar el tipo de daño que debe ocurrir para que un Estado incumpla con la obligación de prevención (se habla de un daño sensible)⁸⁵. Además, ha considerado que el incumplimiento con este tipo de obligaciones se extiende durante todo el periodo que se mantenga la contingencia.⁸⁶

Tomando como ejemplo el tipo de consecuencias observadas en el caso *BP Deepwater Horizon*, el tipo de daño previsible que puede causar un accidente de derrame de petróleo en el Golfo de México puede calificarse como grave o sensible.

Para cerrar el capítulo se analizó la posibilidad de que los Estados fueran condenados al pago de daños punitivos. Aunque la finalidad que tienen los daños punitivos de castigar a quien incumple por negligencia abre la puerta a esta posibilidad, la realidad es que existen argumentos convincentes para concluir que no se puede condenar a los Estados al pago de daños punitivos. Por un lado, el argumento financiero concluye que los daños punitivos pondrían en riesgo las finanzas públicas del Estado, con todas las consecuencias negativas que conlleva para sus ciudadanos. Por otro lado, diversos APPRI que ha suscrito el Estado mexicano, demuestran que las partes, por regla general, acuerdan que los tribunales que resuelvan sus controversias no tendrán posibilidad de imputar daños punitivos. Sin embargo, no se puede decir lo mismos de una disputa entre dos Estados que resuelva la CIJ, donde habrá que considerar más factores, como el hecho de que la actuación del Estado culpable sea considerada como responsabilidad criminal internacional.

⁸⁵ Comisión de Derecho Internacional. “Tercer informe sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial”. Documento A/CN.4/566 adoptado en el Reporte de trabajo de la quincuagésima octava sesión de la Comisión de Derecho Internacional. Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two.

⁸⁶ Comisión de Derecho Internacional. “Draft Articles on Responsibility for Internationally Wrongful Acts, whit commentaries”, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two. Comentarios al artículo 14, párrafo (14).

4. Derecho de Inversión Internacional a la luz del Derecho Ambiental Internacional.

4.1 Introducción.

Las negociaciones del TLCAN comenzaron en junio de 1991, en Toronto, Canadá y concluyeron en agosto de 1992, en Washington, D.C. El 8 de diciembre de 1993 se publicó en el Diario Oficial de la Federación y entró en vigor, en los tres países, el día 1° de enero de 1994.

Para los efectos de la presente investigación, es de gran trascendencia el Capítulo 11 del TLCAN, por ser esta la sección en la que se establecen los principios de protección a la inversión e inversionistas extranjeros. No es poca cosa decir, que las disposiciones establecidas en este capítulo fueron uno de los motivos principales para que Estados Unidos entrara en el acuerdo.⁸⁷

Después de establecer cuáles son los objetivos que se buscan alcanzar con el establecimiento del Capítulo 11 del TLCAN, se estudiarán a fondo los principios de trato nacional, nivel mínimo de trato y expropiación, por considerar que son los más relevantes para las actuaciones de la Agencia, además de ser aquellos con mayor relevancia en las disputas entre inversionistas y los Estados.

Además de los principios de protección a la inversión y a los inversionistas extranjeros, en el Capítulo 11 del TLCAN se establecen también los medios de resolución para las controversias que surjan entre los inversionistas extranjeros y el Estado anfitrión. Son tres tipos de procedimientos arbitrales, a los cuales pueden acudir los inversionistas cuando el Estado anfitrión incumpla con cualquiera de los principios de protección a la inversión establecidos en el Capítulo 11 del TLCAN.

Por otro lado, el Capítulo 11 del TLCAN también establece una regla para impedir que los Estados relajen sus medidas internas de protección al medio ambiente con la finalidad de generar mayores incentivos para la inversión. Se estudiará esta regla y cómo puede afectar a las inversiones que se llevan a cabo previo a que surjan nuevas regulaciones ambientales.

Será también muy importante analizar la relación entre la facultad que tiene la Agencia para sancionar a los Regulados responsables de causar daños al medio ambiente y los principios de

⁸⁷ Noel Maurer, Was NAFTA Necessary? Trade Policy and Relative Economic Failure since 1982. HBS WORKING PAPER 06-043, June 13, 2006. Disponible para consulta en <http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/06-043.pdf>.

protección a la inversión. La responsabilidad por daños al medio ambiente que la Agencia impute a un inversionista internacional tendrá que cumplir con los principios de protección a los inversionistas extranjeros.

Por último, se analizará si la Agencia incumple con los objetivos del Capítulo 11 del TLCAN en caso de cobrar daños punitivos a los inversionistas extranjeros. Se adelanta que la respuesta a la cuestión anterior es que los daños punitivos no están en disputa con las disposiciones del Capítulo 11 del TLCAN pero, ¿son permisibles bajo el mismo?

4.2 El Capítulo 11 del TLCAN: la protección a las inversiones y a los inversionistas extranjeros.

En el Capítulo 11 del TLCAN se establecen las reglas de protección para las inversiones extranjeras hechas por alguna de las partes o los ciudadanos de alguna de las partes en el territorio de otro país miembro del TLCAN. El capítulo 11 del TLCAN tiene como objetivos: (i) establecer un ambiente de inversión seguro mediante el establecimiento de reglas justas y claras para la inversión extranjera y los inversionistas; (ii) remover barreras para la inversión, mediante la eliminación o liberalización de restricciones preexistentes; y (iii) proveer los mecanismos más efectivos para la resolución de controversias entre los inversionistas extranjeros y el Estado anfitrión.

El capítulo 11 del TLCAN se divide en dos secciones. En la Sección A – Inversión, se establecen los derechos de los inversionistas, así como algunas obligaciones para las partes en cuestiones relativas a la inversión extranjera. En la Sección B, se establecen los procedimientos de resolución de controversias disponibles para los inversionistas extranjeros. A continuación se hará un estudio de las disposiciones más relevantes de cada sección.

En la Sección A - Inversión encontramos los principios sobre los que descansa el sistema de protección a la inversión extranjera y a los inversionistas extranjeros dentro del TLCAN. Así pues, se consagran los principios siguientes: (i) trato nacional (artículo 1102); (ii) trato de nación más favorecida (artículo 1103); (iii) nivel mínimo de trato (artículo 1105); (iv) eliminación de requisitos de desempeño (artículo 1106); (v) eliminación de restricciones para la transferencia de fondos relacionados con inversiones (artículo 1109); y (vi) la protección en caso de expropiación o nacionalización de bienes o propiedad (artículo 1110). Por su relevancia para

las actuaciones de la Agencia, en la siguiente sección del presente capítulo se estudiarán los principios de trato nacional, nivel mínimo de trato y protección en caso de expropiación.

El objetivo de la sección B es establecer un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que asegure un trato igual entre los inversionistas de las partes, de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, así como el debido proceso legal ante un tribunal imparcial (art. 1115).

¿Cuándo puede un inversionista extranjero iniciar un procedimiento en contra del Estado anfitrión? Cuando los inversionistas consideren que el Estado anfitrión ha vulnerado alguno de los principios de protección a la inversión y a los inversionistas extranjeros consagrados en el TLCAN.

Las disputas entre los inversionistas y los Estados parte se resuelven mediante negociaciones y, en caso de que éstas no sean fructíferas, mediante arbitraje. Los inversionistas tendrán que esperar que transcurran seis meses desde que tienen conocimiento de la supuesta violación para presentar una reclamación de arbitraje; la acción prescribe tres años después de que se conozca o se debiera conocer la supuesta violación a los principios de protección establecidos en el TLCAN.

Las reclamaciones de arbitraje podrán presentarse siguiendo el mecanismo de la Convención del CIADI, las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL. Sin embargo, México no es miembro de la Convención del CIADI, por lo que cuando un inversionista de nacionalidad mexicana inicié una reclamación contra Canadá o Estados Unidos tendrá que hacerlo bajo las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL; asimismo, cuando la reclamación sea en contra del Estado mexicano no podrá utilizarse el mecanismo de la Convención del CIADI, es decir, los inversionistas extranjeros que inicien un procedimiento en contra del Estado mexicano por considerar que éste último ha violado los principios de protección a la inversión y a los inversionistas extranjeros establecidos en el Capítulo 11 del TLCAN, únicamente podrán hacerlo bajo las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL.

El Tribunal Arbitral se conformará por tres árbitros, uno escogido por el Estado demandando, uno por el inversionista, y el tercero será escogido en conjunto por los otros dos árbitros. Si el tribunal encuentra una violación al Capítulo 11 del TLCAN puede ordenar al Estado anfitrión el pago de una compensación por pérdidas y daños presentes y futuros que se hayan generado como consecuencia de la medida o acto violatorio. El tribunal no podrá obligar al Estado a

revertir la medida violatoria, en otras palabras, solamente podrá requerir el pago de una compensación justa y equitativa a favor del inversionista⁸⁸.

Por otro lado, en el Capítulo 11 del TLCAN también se establecen algunas medidas que tienen como objetivo dirigir la complicada relación entre las medidas de protección a la inversión y la protección al medio ambiente. En el artículo 1114 del TLCAN, se establece que los principios de protección a los inversionistas, establecidos a lo largo del Capítulo 11 del TLCAN, no serán un impedimento para que los Estados parte adopten medidas de protección al medio ambiente. Además, en el mismo artículo 1114, los Estados parte acuerdan que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a la protección del medio ambiente.

Sin embargo, derivado de lo expuesto por el tribunal arbitral en el caso *Metalclad* contra México, se observa que el artículo 1114 del TLCAN solo puede justificar las regulaciones ambientales que se encuentran vigentes antes de que se establezcan las inversiones; en general, no se puede utilizar esta disposición para justificar las regulaciones de protección al medio ambiente que entren en vigor después de que se realizó la inversión afectada, cuando éstas nuevas regulaciones violan una obligación internacional del Estado⁸⁹.

4.3 El cálculo de daños a la luz del Capítulo 11 del TLCAN.

Como ya se estableció en los Capítulos 1 y 2, la Agencia tiene la facultad de sancionar a aquellos Regulados que, durante el desarrollo de sus actividades, causen un deterioro al medio ambiente. El artículo 1114 del TLCAN permite adoptar este tipo de medidas para asegurar que las inversiones se hagan de acuerdo con las medidas de protección al medio ambiente. Sin embargo, su aplicación tiene que ser consistente con las obligaciones que tiene el Estado con los inversionistas extranjeros, como los son los principios de trato nacional y trato mínimo en el derecho consuetudinario internacional, así como las obligaciones relativas a la expropiación.

Hay que tener en cuenta estas obligaciones al momento de realizar el cálculo de daños que deberá pagar un inversionista de los Estados Unidos o de Canadá como consecuencia de los daños ambientales provocados. Un incumplimiento con los principios de protección a los inversionistas extranjeros o con las obligaciones en materia de expropiación, legitimarán al

⁸⁸ Heindl, Jennifer. "History of NAFTA's Chapter Eleven". *Berkeley Journal of International Law* 672-686 (2006).

⁸⁹ Condon, Bradley. "Climate Change and International Investment Agreements", 14:2 *Chinese Journal of International Law* 305-339 (2015).

inversionista para iniciar un procedimiento arbitral en contra del Estado mexicano, que podría verse obligado a pagar una compensación al inversionista.

(i) Trato nacional.

Uno de los factores fundamentales por lo que los países miembros del TLCAN decidieron incluir este principio fue para evitar cualquier tipo de proteccionismo a los inversionistas nacionales. Al momento de la celebración del TLCAN, existía una justificación histórica para hacerlo; durante mucho tiempo, la política exterior de México estuvo condicionada por la Doctrina Calvo, la cual establece que ningún extranjero puede tener más derechos que un mexicano, incluida la protección a las inversiones, derechos de propiedad y garantías contra la expropiación⁹⁰.

El principio de trato nacional se encuentra en el artículo 1102 del TLCAN, su texto es el siguiente:

Cada una de las Partes brindará a los inversionistas [y a las inversiones de los inversionistas] de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

En la enunciación del principio en el TLCAN, las partes acordaron tratar de manera no menos favorable a los inversionistas y a las inversiones de las otras partes con respecto al trato que le dan a los inversionistas y a las inversiones nacionales, cuando se presenten circunstancias “similares”. Por la forma en que está redactado el artículo 1102, se necesita llevar a cabo una comparación entre el trato que se le da a los inversionistas y a las inversiones nacionales y el que se le da a los inversionistas y a las inversiones extranjeras. El principio de trato nacional se puede reexpresar como el principio de no discriminación con base en la nacionalidad. Para los efectos del tema de esta investigación, se le impone a la Agencia el requisito de no discriminar entre los inversionistas extranjeros y los inversionistas nacionales al momento de realizar el cálculo de los daños para compensar al Estado mexicano por el daño al medio ambiente, o en la manera de aplicar las demás regulaciones ambientales encargadas a la Agencia y los demás actores del gobierno encargados de regular la inversión extranjera en la industria petrolera.

La formulación del principio es bastante simple, pero en la práctica es muy difícil de aplicar, sobre todo porque los tribunales no se han puesto de acuerdo en su alcance, y tampoco en el tipo

⁹⁰ Heindl, Jennifer. “History of NAFTA’s Chapter Eleven”. Berkeley Journal of International Law 672-686 (2006).

de discriminación que se debe probar para establecer una violación al principio de trato nacional⁹¹. Además, las circunstancias similares que pueden ser relevantes dependen de cada caso. La mayoría de las disputas relacionadas con el Capítulo 11 del TLCAN han incluido argumentos sobre la violación al principio de trato nacional; en algunas de éstas disputas, los tribunales han encontrado culpable al Estado mexicano y se le ha condenado al pago de daños.

Un ejemplo de lo expuesto en el párrafo precedente fue el caso *Feldman v. México*⁹². Marvin Feldman, ciudadano de los Estados Unidos, era propietario de compañía de nacionalidad mexicana cuyo negocio era la exportación de cigarros. Su reclamación consistía en que su empresa no recibía los beneficios de la devolución de impuestos que sí se le otorgaban a un grupo empresarial mexicano cuyo giro de negocios era sustancialmente el mismo que el de su empresa. El tribunal concluyó que las empresas se encontraban en “circunstancias similares”, por lo que el Estado mexicano había infringido las obligaciones asumidas bajo el Artículo 1102 del TLCAN.

(ii) Nivel Mínimo de Trato.

Además del principio de trato nacional, los inversionistas extranjeros se encuentran protegidos por el principio de nivel mínimo de trato. El principio de nivel mínimo de trato establece un piso para la protección que deben tener los inversionistas extranjeros, sin importar los estándares de protecciones que se les otorguen a los inversionistas nacionales del país anfitrión⁹³.

Hay muchas maneras de violar el principio de nivel mínimo de trato, pero hay dos en particular que podrían ser pertinentes para la Agencia, ambas derivadas del concepto de expectativas legítimas. Primero, el cálculo de daños no debe ser arbitrario; esto puede permitir al inversionista impugnar el método que se utiliza en el cálculo de daños. Dado la dificultad de poner un valor monetario sobre el daño ecológico, existe bastante riesgo de que la Agencia incumpla con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado mexicano bajo este principio. Cabe resaltar, que es muy importante evitar una falta de consistencia en el método que se utiliza para el cálculo de daños para casos distintos. Segundo, se necesita consistencia en la aplicación de criterios, regulación y autorizaciones por parte de los distintos órganos del gobierno, como la Agencia y los demás órganos encargados de regular la inversión extranjera en la industria petrolera.

⁹¹ Kinnear, Meg, Bjorklund, Andrea, et al., “Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11”, Supplement No.1, 1102-1 a 1102-53 (2008).

⁹² Marvin Feldman v. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI No. ARB (AF)/99/1, Laudo (16 de diciembre de 2002).

⁹³ Ídem.

En el TLCAN, el principio de nivel mínimo de trato se encuentra consagrado en el artículo 1105, cuyo texto es el siguiente:

Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

El principio impone a las Partes la obligación de tratar a las inversiones de los inversionistas extranjeros conforme a las disposiciones del derecho internacional. Las frases “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” son directrices o pautas que fueron incorporadas al TLCAN del derecho internacional consuetudinario. De acuerdo con la interpretación oficial de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, el término “derecho internacional” se refiere al derecho internacional consuetudinario.⁹⁴

La OCDE fue el primer organismo internacional en utilizar la frase “trato justo y equitativo”; lo hizo durante la redacción de la Convención para la Protección de la Propiedad Extranjera. En los Comentarios a dicho instrumento, se estableció una conexión entre la frase “trato justo y equitativo” y el derecho internacional consuetudinario⁹⁵. Esta interpretación fue “confirmada” por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, que en el año 2001, después de una controversial decisión del tribunal arbitral que resolvió el caso *Pope & Talbot*, emitió una interpretación del artículo 1105. En esta interpretación se concluyó que el artículo 1105 hace referencia al estándar mínimo de trato que los extranjeros deben recibir conforme al derecho internacional consuetudinario; y que los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o que vaya más allá que aquello que dicta la costumbre internacional⁹⁶.

Después de la interpretación hecha por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, algunos doctrinarios han acusado que “mientras las acciones o medidas del gobierno no sean consideradas arbitratorias y caprichosas, los inversionistas se encuentran frente a riesgos políticos y un clima adverso para la rentabilidad de las inversiones”⁹⁷. Sin embargo, en el caso *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, el tribunal concluyó que las expectativas

⁹⁴ North American Free Trade Agreement, *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*, NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001.

⁹⁵ Romero, Maximo. “Consideration of NAFTA Chapter 11”. *The University of Chicago Journal of International Law*. 243-251 (2001).

⁹⁶ Dhooge, Lucien. “The Loewen Group v. United States: Punitive Damages and the Foreign Investment Provisions of the North American Free Trade Agreement”. *Connecticut Journal of International Law*. Summer, 2004 (495-570).

⁹⁷ Ídem.

legítimas del inversionista extranjero pueden violarse no solo con un cambio sustantivo en la política, sino también por un trato inconsistente al inversionista por parte de distintas agencias del gobierno durante el proceso de evolución de las políticas en cuestión.⁹⁸

Respecto de la consistencia en la aplicación de criterios, regulación y autorizaciones por parte de los distintos órganos del gobierno, el Estado mexicano ya ha sido encontrado responsable por violaciones al principio de nivel mínimo de trato. Destaca el caso *Abengoa v. México*, en el que se resolvió una disputa entre un inversionista de nacionalidad española⁹⁹ y el Estado mexicano.

El inversionista extranjero había realizado una inversión para la construcción y operación de una planta de residuos peligrosos, proyecto que no pudo concretarse por inconsistencias en el trato de los diferentes niveles de gobierno. Después de haber obtenido todas las autorizaciones administrativas y ambientales por parte de autoridades de los tres niveles de gobierno, por razones políticas, las autoridades municipales comenzaron una campaña en contra de la planta y revocaron, de manera arbitraria, la licencia de funcionamiento.

El Tribunal concluyó que el inversionista extranjero había realizado su inversión confiando que gozaba de todas las autorizaciones necesarias, tanto a nivel municipal como estatal y federal, es decir, tenía una legítima expectativa de que la situación de su inversión cumplía con los requerimientos establecidos por la legislación mexicana. Asimismo, consideró que las actuaciones de las autoridades municipales fueron arbitrarias y contradictorias con las posiciones tomadas por los otros niveles de gobierno; razón suficiente para demostrar que el Estado mexicano “violó su obligación de otorgar el nivel mínimo de trato justo y equitativo bajo el derecho internacional consuetudinario”¹⁰⁰.

Ahora bien, ¿existen elementos para considerar que el Estado mexicano incumple con la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones de los inversionistas de los Estados Unidos y Canadá, en caso de que la Agencia impute el pago de daños punitivos como medida de compensación por los daños provocados al medio ambiente? Puesto que los daños

⁹⁸ Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, Award, ICSID Case No. ARB/11/23, 8 April 2013, para 538, citando Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States (2004) 43 ILM 133; MTD Equity Sdn v. Republic of Chile (2005) 44 ILM 91.

⁹⁹ La redacción de la cláusula que consagra el nivel mínimo de trato en el APPRI que tiene celebrado México con el Reino España es sustancialmente igual a la de TLCAN: “Cada Parte Contratante otorgará a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”.

¹⁰⁰ *Abengoa S.A. y Cofides S.A. v Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/09/2, Laudo (18 de abril de 2013), párrafos 646 y 652. Para un caso muy parecido, véase *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo (2000) y *Mexico v. Metalclad Corporation* 2001 BCSC 664.

punitivos son una figura jurídica nueva en el derecho mexicano, es posible que haya una aplicación inconsistente por parte de la Agencia a distintos inversionistas extranjeros, lo cual no sería una violación del trato nacional (por no tratarse de una comparación de extranjeros con nacionales, sino una comparación de extranjeros con extranjeros), pero sí podría violar el trato mínimo, por ser arbitrario y, por consiguiente, por violar las expectativas legítimas del inversionista.

(iii) Expropiación

Una de las medidas de protección más relevantes para los inversionistas extranjeros consagrada en el TLCAN, es aquella que se enfoca en la expropiación y nacionalización de bienes. El primer párrafo del artículo 1110 del TLCAN establece que:

“Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (“expropiación”) [...]”.

El texto del primer párrafo del artículo 1110 hace referencia a tres conceptos: (i) nacionalización o expropiación directa, (ii) nacionalización o expropiación indirecta y (iii) medidas equivalentes a la nacionalización o expropiación. Los tres conceptos a los que se refiere el párrafo precedente no son una innovación del TLCAN y éste no prevé una definición para los mismos. Para interpretar las disposiciones del TLCAN, se deberá observar las reglas para la interpretación de los tratados internacionales¹⁰¹. De acuerdo al artículo 31 de la Convención de Viena, el artículo 1110 del TLCAN debe interpretarse de acuerdo con su significado ordinario. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra “expropiar” significa “privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho, dándole a cambio una indemnización, por motivos de utilidad pública o de interés social”.¹⁰²

Cuando se presente una situación que ponga en tela de juicio el significado ordinario de la palabra “expropiación” habrá que atender a lo establecido en el artículo 32 de la Convención de Viena. Así pues, deberán estudiarse las discusiones que se dieron durante las negociaciones y redacción del TLCAN. Según éstas, los representantes de los Estados Unidos propusieron que el lenguaje reflejara principios de derecho internacional preexistentes, con la finalidad de

¹⁰¹ Las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre los Tratados se encuentran en los artículos 31, 32, y 33. Véase, por ejemplo, Condon, Bradly. *La interpretación del derecho de la OMC y su efecto en los sistemas jurídicos nacionales*, http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/educacion/Monografia_interpretacion.pdf.

¹⁰² Tschen, Ana. “The Efforts to Define Expropriation”. *Currents: International Trade Law Journal*. Winter, 1999 (50-58).

establecer un clima apropiado para la inversión extranjera. México, que no tenía una tradición en este sentido, aceptó ceder un poco de su soberanía para atraer capital extranjero.¹⁰³

La expropiación directa implica una transferencia del título de propiedad al Estado; la expropiación indirecta no es tan fácil de identificar, pues no hay una transferencia del título de propiedad hacia el Estado, sino que consiste en una serie de medidas que tienen como finalidad despojar al inversionista de la propiedad en cuestión¹⁰⁴.

En su artículo “*Considerations of NAFTA Chapter 11*”, Máximo Romero expone que la intención de los redactores del TLCAN al incluir la expresión “medidas equivalentes” era incluir la figura denominada “expropiación progresiva”, la cual consiste en utilizar una serie de medidas que tiene como finalidad lograr la expropiación indirecta de un bien; concluye que “las “medidas equivalentes” al a expropiación no pueden ser consideradas como una nueva categoría de expropiación”¹⁰⁵. Sin embargo, otros autores han apuntado que la expresión “medidas equivalentes” significa algo más que una expropiación indirecta; de lo contrario, el texto del primer párrafo de artículo 1110 del TLCAN sería redundante. Las “medidas equivalentes a la expropiación comprenden medidas gubernamentales de mayor magnitud que las que de una expropiación directa”¹⁰⁶.

No obstante lo anterior, las disposiciones del TLCAN si prevén la posibilidad de que un Estado miembro del TLCAN lleve a cabo la expropiación de una inversión extranjera. Para ello, tendrán que cumplirse los siguientes requisitos: (i) que sea por casusa de utilidad pública; (ii) sobre bases no discriminatorias; (iii) con apego a la legalidad y con trato acorde al derecho internacional (trato justo y equitativo); y (iv) se pague una indemnización completamente liquidable, cuyo valor debe ser equivalente al valor justo de mercado¹⁰⁷.

Un caso muy ilustrativo para entender los alcances del principio de expropiación es *Tecmed v. México*. Al resolver la controversia, el panel arbitral concluyó que, a pesar no existir una apropiación de los bienes o las ganancias que éstos generan por parte del Estado o de un tercero, las medidas adoptadas por las autoridades mexicanas caen dentro de los supuestos de expropiación indirecta; técnicamente se trató de una expropiación de *facto*. “El término

¹⁰³ Ídem.

¹⁰⁴ Romero, Maximo. “Consideration of NAFTA Chapter 11”. The University of Chicago Journal of International Law. 243-251 (2001).

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ Tschen, Ana. “The Efforts to Define Expropriation”. Currents: International Trade Law Journal. Winter, 1999 (50-58).

¹⁰⁷ México, Decreto de promulgación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, artículo 1110, párrafo , Diario Oficial de la Federación, 14 de diciembre de 1993.

expropiación también cubre situaciones que constituyen una expropiación de *facto*, cuando la legislación o los actos administrativos privan de los bienes sin atribuirlos a terceros o al propio Estado”¹⁰⁸.

Por otro lado, el panel arbitral afirmó que la intención del gobierno es menos importante que el efecto de las medidas sobre quién detenta la titularidad de los bienes afectados por la medida. Aunque el gobierno haya tomado la medida con la finalidad de proteger al medio ambiente, esto no lo exime de la responsabilidad de indemnizar a los inversionistas afectados; en los casos de expropiación, existe una obligación de compensar, aun cuando la medida adoptada obedezca a razones de utilidad pública, como lo es la protección al medio ambiente¹⁰⁹.

4.4.1 ¿Viola el Estado mexicano el Capítulo 11 del TLCAN al imputar el pago de daños punitivos al inversionista por el daño ambiental?

En el Capítulo 2 se planteó la pregunta, ¿puede el Estado mexicano adquirir el carácter de víctima en caso de daños al medio ambiente? También se dijo que si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, entonces se establecía la posibilidad de que los Regulados responsables de causar los daños al medio ambiente fuesen condenados al pago de daños punitivos. En principio, no parece que exista algún problema en castigar a los responsables causar daños al medio ambiente con daños punitivos, pues es también una forma de asegurarse que no vuelva a suceder y, en caso de que suceda, se cuenten con los recursos económicos para solventar las operaciones de emergencia para mitigar los daños y prevenir la propagación de los mismos.

No obstante lo expuesto en el párrafo precedente, una vez analizados los principios de protección a la inversión y a los inversionistas extranjeros consagrados en el TLCAN, nos encontramos frente a una situación más compleja. El hecho de condenar al pago de daños punitivos a los Regulados que caigan dentro del supuesto de inversionistas extranjeros bajo el TLCAN, ¿viola las disposiciones de protección a las inversiones y los inversionistas extranjeros bajo el capítulo 11 del TLCAN?

Bajo las normas del capítulo 11 del TLCAN no se permite que los Estados paguen daños punitivos a los inversionistas. El artículo 1135.3 establece que un tribunal que resuelva una disputa que surja entre un inversionista extranjero y un Estado parte del TLCAN, “no podrá ordenar que una Parte pague daños que tengan carácter punitivo”. Pero el caso al que nos

¹⁰⁸ Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003). P.113.

¹⁰⁹ Ídem. P. 116 y 121.

enfrentamos ahora es el contrario, y el texto del TLCAN no da una respuesta a nuestro cuestionamiento, por lo tanto, habrá que interpretarlo siguiendo las reglas de interpretación del derecho internacional. Para ello, recurrimos nuevamente a la Convención de Viena.

Según el artículo 31 de la Convención de Viena, para interpretar un tratado se debe de atender, además del sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, al contexto del mismo.

“Artículo 31. Regla general de interpretación.

[...]

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

[...]

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.”

Dentro del contexto deben considerarse las reglas del derecho internacional aplicables a las relaciones entre las partes (en este caso, México, Estados Unidos y Canadá), las cuales incluyen la responsabilidad del Estado para el daño transfronterizo ambiental, entre los que deben considerarse los daños causados por particulares, de acuerdo con el caso *Trail Smelter*. Por lo tanto, debe ser permisible condenar un inversionista extranjero al pago de los daños punitivos. Sin embargo, de acuerdo con el análisis anterior, la manera de aplicar y calcular estos daños (1) no puede discriminar entre inversionistas extranjeros y nacionales, para cumplir con el trato nacional; (2) no puede ser arbitrario o violar las expectativas legítimas de otra manera, con el objeto de cumplir con el trato mínimo; y (3) no puede llegar al nivel de una medida equivalente a la expropiación.

4.4.2 ¿Permite el Capítulo 11 del TLCAN imputar daños a los inversionistas para compensar al Estado mexicano por indemnización pagada a otro Estado por el daño ambiental transfronterizo?

En caso de que se presente un daño ambiental transfronterizo, el responsable frente a los Estados que reclamen una indemnización será el Estado mexicano y no el inversionista que causó el daño. Por lo tanto, parece lógico que el Estado pueda exigir al inversionista que causó el daño la restitución de los daños que se pagaron. Uno de los mecanismos para lograr la restitución pecuniaria por la indemnización y gastos relacionados con ella son los daños punitivos.

Sin embargo, ¿dónde queda la protección a los inversionistas del capítulo 11?, entonces hay que replantear la pregunta: ¿permite el Capítulo 11 que se imputen daños punitivos a los

inversionistas extranjeros con la finalidad de compensar al Estado mexicano por los daños pagados a otro Estado en situaciones de daño ambiental transfronterizo? Para responder esta pregunta se debe hacer un análisis en concreto de los principios que conforman la protección a los inversionistas en el TLCAN.

¿Se le está dando el mismo trato que a los inversionistas nacionales? Como ya se mencionó previamente, el sector hidrocarburos tiene un problema implícito para el cumplimiento de este principio: la mayoría de las empresas tienen participación extranjera, por lo que es muy difícil hacer una comparación con el trato que se les da a las empresas nacionales en circunstancias similares. Sin embargo, por ser la protección al medio ambiente un problema de interés público, puede justificarse la imposición de daños punitivos como una medida que castigue a todas las personas (sin importar su nacionalidad) que sean considerados responsables de causar detrimentos al medio ambiente.

¿Se está respetando la garantía mínima de trato?, y en especial, ¿se les está otorgando un trato justo y equivalente conforme al derecho internacional? Habrá que observar el derecho internacional consuetudinario para detectar cuáles son los tipos de daño que se establecen en estas circunstancias. Sobre todo, la decisión de imputar daños punitivos debe ser el resultado de un procedimiento llevado ventilado frente a una autoridad judicial capaz y competente, que fundamente su decisión, para evitar que la medida pueda ser considerada como arbitraria, injusta, discriminatoria o tomada con base en algún tipo de prejuicio. Si el Estado mexicano utiliza el mismo mecanismo de cálculo que un tribunal internacional que condene a México pagar los daños causados a otro Estado, puede servir de evidencia de una falta de arbitrariedad en el cálculo.

¿Se pueden llegar a catalogar la imputación de daños punitivos como una medida de expropiación indirecta o como una medida equivalente a la expropiación? Hay que tener cuidado con el cálculo de los daños, pues si bien éstos deben ser suficientes para cubrir la indemnización pagada por el Estado mexicano y todos los gastos relacionados con el litigio frente a los tribunales internacionales en los que ha incurrido el Estado mexicano, los gastos exagerados pueden ser considerados por un tribunal arbitral establecido bajo el procedimiento del TLCAN como una “medida equivalente” a la expropiación.

Por último, nuevamente cabe la posibilidad de hacer una interpretación del TLCAN. Según el artículo 31 de la Convención de Viena, para interpretar un tratado se debe de atender, además del sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, al contexto del mismo. Dentro del contexto deben considerarse las reglas del derecho internacional aplicables a las relaciones entre las partes (en este caso, México, Estados Unidos y Canadá), las cuales incluyen la responsabilidad del estado para el daño transfronterizo ambiental.

4.5 Conclusión

El Capítulo 11 del TLCAN tiene como objetivo principal establecer un ambiente de inversión seguro mediante el establecimiento de reglas justas y claras para la inversión extranjera y los inversionistas. Para ello, se establecen una serie de principios dirigidos a la protección de la inversión y de los inversionistas.

El principio de trato nacional establece que los inversionistas extranjeros, cuando se encuentren en circunstancias similares, deberán recibir un trato no menos favorable que aquel que se les da a los inversionistas nacionales.

El principio de nivel mínimo de trato descansa sobre la obligación que tienen los Estados de dar un “trato justo y equitativo” a los inversionistas extranjeros; la Comisión de Libre Comercio del TLCAN concluyó que el estándar de trato deberá ser aquel que se establezca en el derecho internacional consuetudinario. Este principio no solo protege a los inversionistas de decisiones arbitrarias por parte de las autoridades locales, sino que también lo hace respecto de la inconsistencia de criterios entre las instituciones del Estado anfitrión.

La expropiación y las medidas equivalentes a ésta, sí están permitida bajo el TLCAN, pero solamente cuando se cumplan con los requisitos de (i) utilidad pública; (ii) bases no discriminatorias; (iii) apego a la legalidad y trato acorde al derecho internacional; y (iv) se pague indemnización completamente liquidable al precio de mercado. Cabe recalcar, que, aun cuando se demuestre que la medida expropiatoria tiene como finalidad la protección del medio ambiente, permanece latente la obligación de los Estados de indemnizar económicamente a los inversionistas afectados.

Respecto a la pregunta de si viola el Estado mexicano el Capítulo 11 del TLCAN al condenar a los inversionistas el pago de daños punitivos, nuestro análisis concluyó que no, siempre y cuando el cálculo de los daños cumpla con los principios de protección a la inversión y a los inversionistas extranjero. Al momento de realizar el cálculo de los daños punitivos (i) no se puede discriminar entre inversionistas extranjeros y nacionales; (ii) no puede ser arbitrario o violar las expectativas legítimas de otra manera; y (iii) no puede llegar al nivel de una medida equivalente a la expropiación.

Por último, se hizo un análisis de la relación entre el Capítulo 11 del TLCAN y los daños punitivos, como medidas de castigo, para aquellos inversionistas internacionales que sean

encontrados responsables de causar un daño al medio ambiente. La conclusión es que el Capítulo 11 del TLCAN permite que se imputen daños punitivos a los inversionistas extranjeros que sean responsables de daño al medio ambiente; el argumento principal es que la protección al medio ambiente es un problema de interés público, y ello permite justificar la imposición de daños punitivos como una medida que castigue a todos los sujetos (sin importar su nacionalidad) que sean considerados responsables de causar detrimentos al medio ambiente.

5. Conclusión.

La Agencia es un organismo administrativo desconcentrado de la SEMARNAT, cuyas facultades generales son las de regular y supervisar, en materia de seguridad industrial, operativa y de protección al medio ambiente, las instalaciones y actividades que se desarrollen dentro del sector de hidrocarburos.

El derecho a un medio ambiente sano, es decir, un medio ambiente en el que las personas pueden desarrollarse de manera digna, gozando de bienestar físico, mental y social, se encuentra protegido por la Constitución. Las actividades del sector hidrocarburos son aquellas que más riesgo tienen de vulnerar al derecho a un medio ambiente sano; por ello es sumamente importante que la Agencia vigile y sancione a los inversionistas que sean encontrados responsables de causar daños medioambientales.

El hecho que el derecho a un medio ambiente sano se encuentra también protegido por convenciones internacionales, genera obligaciones y expectativas de actuaciones por parte del Estado mexicano, con la finalidad de proteger y no vulnerar el derecho al medio ambiente sano en otros Estados. Así pues, los actos y medidas que adopte la Agencia para proteger el medio ambiente trascienden el derecho nacional.

El sistema de fuentes del derecho internacional va mucho más allá de lo establecido en los tratados internacionales. Existen, por ejemplo, disposiciones de *soft law*, que si bien no siempre se pueden considerar como jurídicamente vinculantes, no deben ser ignoradas, pues sirven para dar sentido y dirección a los tratados internacionales, así como a las políticas públicas que implementan los Estados. Dentro del *soft law* encontramos los principios de derecho ambiental internacional. Se estudió, en primer lugar, el principio de desarrollo sustentable y cómo se ha internalizado en diversos cuerpos normativos del sistema jurídico mexicano. Asimismo, se analizaron diversas situaciones en las los legisladores han internalizado diversos principios de derecho ambiental internacional, como los son el Principio de No Daño Ambiental Transfronterizo, el Principio de Contaminador Paga y el Principio Precautorio.

Posteriormente se hizo un análisis del caso *Trail Smelter* y su relevancia para el derecho ambiental internacional. A partir del laudo arbitral que resolvió este caso, se desarrolló uno de los principios más importantes del derecho ambiental internacional: el principio de No Daño Ambiental Transfronterizo. Éste principio, además de establecer responsabilidad para los Estados que generan contaminación transfronteriza, impone a los Estados obligaciones de prevención, como llevar a cabo evaluaciones de impacto ambiental en los casos que existe riesgo de que las actividades industriales provoquen un daño al medio ambiente. En México, las evaluaciones de impacto ambiental deben conducirse conforme a los lineamientos emitidos por la SEMARNAT,

Dadas las características geográficas y de las corrientes marinas en el Golfo de México, las actividades del sector hidrocarburos representan un riesgo latente de responsabilidad internacional por daño ambiental transfronterizo. Por ello, son realmente importantes las facultades que tiene la Agencia en relación con la prevención de riesgos de contaminación medioambiental, así como para sancionar a los Regulados que causen daños al medio ambiente. No se trata solamente de imponer sanciones contra los agentes contaminadores, sino de proteger al Estado mexicano frente a reclamaciones de otros Estados que puedan verse afectados por daños ambientales provocados en territorio mexicano, cuyas consecuencias trascienden las fronteras del territorio nacional.

Una vez analizadas las disposiciones más importantes para la protección al medio ambiente establecidas en el sistema de fuentes derecho ambiental internacional, se estudió el derecho de protección a las inversiones e inversionistas extranjeros.

El primer gran conflicto entre las facultades de la Agencia y el derecho para la protección de los inversionistas extranjeros lo encontramos al estudiar la figura de la “rescisión administrativa” en los contratos de exploración y extracción. La regulación actual es contraria a las disposiciones del TLCAN, y posiblemente de otros tratados de protección a la inversión, porque niega el acceso al arbitraje de inversión en términos generales. Al momento de rescindir esta clase de contratos, se debe siempre considerar la posibilidad de un arbitraje de inversión; es en esta clase de litigios internacionales donde serán relevantes los argumentos expuestos por la Agencia para demostrar que se ha presentado un accidente grave causado por dolo o culpa del contratista, que ocasione daño al medio ambiente.

Otra facultad de la Agencia que tiene una estrecha relación con la protección a los inversionistas internacionales es la de sancionar a aquellos Regulados que incumplan con cualquier clase de regulación, lineamientos y disposiciones que caigan dentro del ámbito de su competencia. La Agencia puede imponer sanciones pecuniarias a todos los participantes del sector hidrocarburos que causen un daño al medio ambiente. Al momento de hacer uso de sus facultades

sancionadoras, será importante que la Agencia considere las Recomendaciones de la OCDE, las disposiciones de los APPRI y los principios de protección a las inversiones y a los inversionistas consagrados en el Capítulo 11 del TLCAN.

Por último, se analizaron las cuestiones relativas a la reparación y el cálculo de daños al que pueden ser condenados los participantes en el sector hidrocarburos cuando causen daños al medio ambiente y, en especial, cuando los daños medioambientales tengan consecuencias transfronterizas. Un tema central en esta discusión fueron los daños punitivos, cuya naturaleza busca castigar, con la finalidad de que las medidas o actos que provocaron daños al medio ambiente no se repitan. Se estudiaron las disposiciones del Capítulo 11 del TLCAN a la luz de la posibilidad de imputar el pago de daños punitivos a los inversionistas extranjeros que sean responsables de daños al medio ambiente. La conclusión fue que, puesto que la protección al medio ambiente es un problema de interés público, con ello se puede justificar la imposición de daños punitivos como una medida que castigue a todas las personas (sin importar su nacionalidad) que sean considerados responsables de causar detrimentos al medio ambiente. Sin embargo, nunca debe dejar de considerarse que todas las medidas que adopte la Agencia en contra de un inversionista extranjero, deben respetar los principios de protección a las inversiones y a los inversionistas extranjeros, sobre todo aquellos consagrados en los APPRI suscritos por el Estado mexicano y en el Capítulo 11 del TLCAN.

BIBLIOGRAFIA.

- Abengoa S.A. y Cofides S.A. v Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB (AF)/09/2, Laudo (18 de abril de 2013).
- Barbier, Carl y Allums, Benjamin. Symposium: Environmental Litigation: Selected Issues Encountered in MDL No. 2179, In Re: Oil Spill By the Oil Rig “Deepwater Horizon” in the Gulf of Mexico, on April 20, 2010. THE ADVOCATE - State Bar of Texas, Litigation Section. Number 47. Invierno, 2012.
- Beyerlin, Ulrich y Marahum, Thilo. International Environmental Law. Hart Publishing. USA, 2011.
- Birnie, Patricia, Boyle, Alan. y Redgwell, Catherine. International Law and the Environment. Oxford University Press. Nueva York, 2009.
- Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Ellen (Editores). The Oxford Handbook of International Environmental Law. Oxford University Press. Nueva York, 2007.
- Comisión de Derecho Internacional. Draft Articles on Responsibility for Internationally Wrongful Acts, with commentaries”, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two. Comentarios al artículo 14, párrafo (14).

- Comisión de Derecho Internacional. “Tercer informe sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial”. Documento A/CN.4/566 adoptado en el Reporte de trabajo de la quincuagésima octava sesión de la Comisión de Derecho Internacional. Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two.
- Condon, Bradley. Climate Change and International Investment Agreements, 14:2 Chinese Journal of International Law 305-339 (2015).
- Condon, Bradley. Mexican energy reform and NAFTA Chapter 11: Articles 20 and 21 of the Hydrocarbons Law and access to investment arbitration. The Journal of World Energy Law & Business. Advance Access. Oxford, 2016.
- Condon, Bradley. La interpretación del derecho de la OMC y su efecto en los sistemas jurídicos nacionales. Disponible en http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/educacion/Monografia_interpretacion.pdf.
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Conferencia Sanitaria Internacional de las Naciones Unidas (Nueva York, 1946).
- Corzo Aceves, Ernesto Eduardo. Fragmentación del derecho internacional; [asesor Gabriela Rodríguez Huerta]. Tesis. ITAM. México, D. F., 2005.
- Dhooge, Lucien. “The Loewen Group v. United States: Punitive Damages and the Foreign Investment Provisions of the North American Free Trade Agreement”. Connecticut Journal of International Law. Summer, 2004 (495-570).
- Díez de Velasco, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Tecnos. Madrid, 2013.
- Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford University Press. Londres, 2012.
- Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Editorial Ariel. Barcelona, 1989. Páginas 72-73.
- Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p7.
- Guzman, Andrew T. y Meyer, Timothy L. International Soft Law. The Journal of Legal Analysis. Spring, 2010.
- International Law Commission. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From The Diversification and Expansion of International Law. Document A/CN.4/L.682 (13 April 2006).
- Heindl, Jennifer. “History of NAFTA’s Chapter Eleven”. Berkeley Journal of International Law 672-686 (2006).

- Jorgensen, Nina. “A Reappraisal of Punitive Damages in International Law”. *British Yearbook of International Law*. Volume 68, issue 1, pages 247-266.
- Kinnear, Meg, Bjorklund, Andrea, et al., “Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11”, Supplement No.1, 1102-1 a 1102-53 (2008).
- Koenig, Thomas y Rustad, Michael. Reconceptualizing the BP Oil Spill as Parens Patriae Products Liability. *Houston Law Review*. Number 291. Spring, 2012.
- Martínez López, Benjamín y Pares Sierra, Alejandro. “Circulación del Golfo de México inducida por mareas, viento y la Corriente de Yucatán. *Revista Ciencias*”. *CIENCIAS MARINAS*. Ensenada, México. Volumen 24, número 1. Marzo, 1998. Páginas 65-93
- Marvin Feldman v. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI No. ARB (AF)/99/1, Laudo (16 de diciembre de 2002).
- Menaker, Andrea. *The Trail Smelter Dispute, aparece en Arbitrating for Peace: How Arbitration Made a Difference*. Kluwer Law International, 2016. Páginas 55-78.
- Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos, Laudo (2000).
- Mexico v. Metalclad Corporation 2001 BCSC 664.
- México, Decreto de promulgación de la Convención de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de julio de 1994.
- México, Decreto de promulgación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Diario oficial de la Federación*, 14 de diciembre de 1993.
- México. Decreto por el se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de diciembre de 2013.
- México, Ley de Hidrocarburos, artículo 20, fracción IV, Decreto por el que se expide la Ley de Hidrocarburos, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de agosto de 2014.
- México, Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, artículo 5, fracción XXV, Decreto por el que se expide la Ley de Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de agosto de 2014.
- México, Reglamento Interior de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, artículo 10, fracción LI, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de octubre de 2014.
- Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, Award, ICSID Case No. ARB/11/23, 8 April 2013, para 538, citando Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United

Mexican States (2004) 43 ILM 133; MTD Equity Sdn v. Republic of Chile (2005) 44 ILM 91.

- Noel Maurer, Was NAFTA Necessary? Trade Policy and Relative Economic Failure since 1982. HBS WORKING PAPER 06-043, June 13, 2006. Disponible para consulta en <http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/06-043.pdf>.
- North American Free Trade Agreement, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001. Disponible para consulta en http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp.
- Organización de las Naciones Unidas. Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo, Suecia, 16 de junio de 1972).
- Organización de las Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, 1992).
- Organización de las Naciones Unidas. “Comisión de Derecho Internacional: Orígenes”. Disponible para consulta en <http://www.un.org/es/aboutun/structure/ilc.shtml>
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. “The Application of the Polluter-Pays Principle to Accidental Pollution, C (89) 99 (Final)”. Párrafo 11. Disponible para consulta en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD\(92\)81&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD(92)81&docLanguage=En).
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. Objetivo de la Dirección de Medio Ambiente de la OCDE. Disponible para consulta en: http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/eltrabajodelaocde.htm#medio_ambiente
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. “OECD Legal Instruments”. Disponible para consulta en <https://www.oecd.org/legal/legal-instruments.htm>.
- Rodríguez Huerta, Gabriela, “Comentario sobre Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, INC. vs. México y Corn Products International, INC. vs. México”, ITAM, CDEI, 2011.
- Rodríguez Huerta, Gabriela. “La incorporación y aplicación del Derecho Internacional en el orden jurídico mexicano”. Ed. Tirant. México, 2015.
- Romero, Maximo. “Consideration of NAFTA Chapter 11”. The University of Chicago Journal of International Law. 243-251 (2001).
- Sand, Philippe y Peel, Jacqueline. Principles of International Environmental Law. Cambridge University Press. Nueva York, 2013. Página 188.

- Sharkey. Catherine. The BP Oil Spill Settlements, Classwide Punitive Damages, and Societal Deterrence. DePaul Law Review. Número 681. Winter, 2015.
- Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación P.J. 20/2014, Libro 5, Tomo I, abril de 2014. “Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece la Constitución”.
- Semanario Judicial de la Federación, décima época, 1ª. CCLXXII/2014, ubicada en Libro 8, Tomo I, de fecha julio de 2014, número de registro 2006958. “Daños Punitivos. Conceptualización de sus fines y objetivos”.
- Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003).
- Tschen, Ana. “The Efforts to Define Expropriation”. Currents: International Trade Law Journal. Winter, 1999 (50-58).
- Villanueva, Irene. “*Strengthening Environmental Rule of Law: Enforcement, Combatting Corruption and Encouraging Citizen Suits*”. Georgetown International Environmental Law Review. Winter, 2015