

A PROPÓSITO DEL IXTOC I

(Problemas planteados por la contaminación resultante de la explotación de los fondos marinos en derecho internacional)

SUMARIO: I. *Inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero.* 1. *Inmunidad de jurisdicción soberana en derecho norteamericano.* 2. *Inmunidad de jurisdicción soberana en derecho internacional.* 3. *Acción judicial en contra de PEMEX ante los tribunales norteamericanos.* II. *La regla de la "debida diligencia" en derecho internacional.* 1. *Responsabilidad por negligencia en el Caso del Ixtoc I.* 2. *Significado y contenido de la obligación general de la debida diligencia.* 3. *La contaminación transfronterera y la violación de la obligación de la debida diligencia.* III. *La noción de "actividad ultrarriesgosa" y la responsabilidad internacional.* 1. *Tesis sobre la naturaleza de las operaciones de exploración y explotación offshore.* 2. *Significado de "actividad ultrarriesgosa" en derecho internacional.* 3. *La Comisión de Derecho Internacional y el problema de la codificación de la responsabilidad de los Estados.* IV. *Observaciones finales.*

INTRODUCCIÓN

La perforación del pozo Ixtoc I se inició el 1 de diciembre de 1978 en el suroeste del Golfo de México, en la Sonda de Campeche, a 94 kilómetros al noroeste de Ciudad del Carmen, Campeche.

El 3 de junio de 1979, al estar los técnicos perforando a 3 627 metros de profundidad se produjo el accidente con flujo de aceite y gas, calculándose, según cifras oficiales, que el derrame de petróleo crudo en el periodo de casi diez meses (3-VI-79 a 25-III-80), durante los cuales se llevaron a cabo trabajos de taponamiento, fue de 3 100 000 barriles de petróleo.¹

Este accidente del Ixtoc I sobrepasa con mucho todos los casos conocidos hasta ahora de derrame de petróleo o flujo de hidrocarburos más notorios (ya sea debido a perforación petrolera mar adentro o a otra serie de causas), como

¹ PEMEX estima que fluyeron 3 100 000 barriles de petróleo de los cuales, descontados los hidrocarburos quemados, lo evaporado y lo recolectado de la superficie, quedó a la deriva un volumen total de 1 023 000 barriles de petróleo. Para un examen detallado de las operaciones técnicas para reducir y controlar el flujo del Pozo Ixtoc I, ver: "Informe de los trabajos realizados para el control del pozo Ixtoc I, el combate del derrame de petróleo y determinación de sus efectos sobre el ambiente marino", presentado por el programa coordinador de estudios ecológicos en la sonda de Campeche, México, 1980.

son el naufragio del buque-tanque "Torrey Canyon" (240 000 barriles) el 18 de marzo de 1967 al suroeste de las costas de Inglaterra en los arrecifes de Seven Stones,² el accidente de la Plataforma "A" de Santa Bárbara (aproximadamente 50 000 barriles) ocurrido en 1969 en California, E. U.;³ la catástrofe del buque-tanque "Amoco Cádiz" (1.5 millones de barriles) encallado en Portsall, Francia, el 16 de marzo de 1978;⁴ la erupción, el 22 de abril de 1977, del pozo 14 de la Plataforma Bravo (aproximadamente 150 000 barriles) situada sobre el yacimiento de Ekofisk en la punta suroeste de la plataforma continental noruega, en el Mar del Norte.⁵

La situación jurídica que plantea el desafortunado accidente del Ixtoc I no es fácil de esclarecer pues, para comenzar su análisis, se encuentran implicadas cuatro sociedades: Petróleos Mexicanos (PEMEX), organismo público descentralizado del gobierno mexicano;⁶ Perforaciones Marinas del Golfo, S. A. (PERMARGO), sociedad mexicana contratada por PEMEX para llevar a cabo operaciones de explotación de pozos encontrados en la zona marítima de la plataforma continental de México; SEDCO, Inc., sociedad norteamericana con sede en Texas, contratada por PERMARGO con objeto de obtener el equipo necesario para la plataforma semisumergible capaz de realizar perforaciones, hasta profundidades marítimas de más de trescientos pies; y por último la sociedad Southeastern Drilling, Inc. (SDI), igualmente de nacionalidad norteamericana, contratada por PERMARGO a fin de suministrar el personal necesario para operar la plataforma SEDCO 135.⁷

² *Journal de la Marine Marchande*, 6 y 13 de abril, 1967.

³ Walmsley, David, "Oil Pollution Problems arising out of Exploitation of the Continental Shelf: The Santa Barbara Disaster", *San Diego Law Review*, 1972, p. 514-562.

⁴ Lucchini, Laurent, "A propos de l'Amoco-Cadiz" *Annuaire Français de Droit International*, 1978, pp. 721-754.

⁵ Bollecker-Stern, B., "A propos de l'accident d'Ekofisk", *Annuaire Français de Droit International*, 1978, p. 772-791.

⁶ Ver, Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, D.O., 6-II-71, promulgada el 21-I-71.

⁷ De acuerdo con la cláusula 25 del contrato celebrado entre SEDCO y PERMARGO, se establece que en caso de contaminación será PERMARGO quien asumirá toda responsabilidad; a su vez, en el contrato celebrado entre PEMEX y PERMARGO, se establece que será PEMEX quien deberá asumir la responsabilidad en caso de contaminación resultante de un pozo descontrolado (cláusula 28).

Ver *Hearings before the Committee on Merchant Marine and Fisheries and the Subcommittee on water resources on the Committee on Public Works and Transportation House of Representatives*, 96 th Congress, First session on "The impact of the blowout of the Mexican oil well Ixtoc I and the resultant oil pollution on Texas and the Gulf of Mexico", sept. 8, 9, 1976, Serial No. 96-19, U.S. Government printing office, Washington, 1980, pp. 20-66.

⁸ Ver "Agreement to provide Personnel", *Hearings...*, serial 96-19, *op. cit.* p. 61-66. De acuerdo con las declaraciones de Stephen C. Mahood, vicepresidente de SEDCO, Inc., el control técnico de las operaciones de perforación estaba completamente en las manos de PERMARGO y PEMEX, *ibidem*, p. 23. Para la descripción de las relaciones contractuales entre SEDCO, PERMARGO y PEMEX, *ibidem*, pp. 347-352.

A principios de agosto de 1979, diversas autoridades de Estados Unidos comenzaron a alegar que el derrame del pozo Ixtoc I estaba ya contaminando las aguas navegables dentro de su zona de pesca de 200 millas, y las aguas suprayacentes a su plataforma continental, encontrándose 140 millas de la costa texana, de Brownsville a Corpus Christi, con residuos de hidrocarburos, lo que estaba ya causando serios daños al ambiente.⁹

Como consecuencia del accidente del pozo Ixtoc I se han alegado daños ocasionados principalmente a la industria del turismo estadounidense, al equilibrio ecológico y a la industria pesquera,¹⁰ afirmándose, para mediados de mayo de 1980, que el total en pérdidas podría exceder a los 580 millones de dólares,¹¹ sin dejar de tomar en cuenta que concretamente y de conformidad con estimaciones de autoridades norteamericanas, se podía calcular que el costo por las operaciones de limpieza realizadas en las playas norteamericanas ascendía a un monto de 75 000 a 85 000 dólares por día.¹²

En el presente estudio se tratará de analizar principalmente algunos aspectos de tres cuestiones jurídicas de gran relieve que se plantean como consecuencia del accidente del Pozo Ixtoc I, pero sin pretender en absoluto agotar la discusión de ninguno de ellos tales como el concepto de "inmunidad de jurisdicción de los Estados", la noción de la "debida diligencia" y el problema concerniente a las llamadas "actividades de tipo ultrarriesgoso" en el terreno del derecho internacional.

No está por demás dejar asentado desde ahora que el accidente del Pozo Ixtoc I es sólo un caso que ejemplifica la serie de graves problemas jurídicos, y otros, que pueden llegar a plantearse a propósito de la posible contaminación provocada por las instalaciones petroleras *offshore*.

I. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DEL ESTADO EXTRANJERO

1. *Inmunidad de jurisdicción soberana en derecho norteamericano*

Se puede considerar en términos generales que la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976¹³ codifica el derecho norteamericano relativo a la inmunidad soberana.

⁹ Ver, *New York Times*, 7 de agosto, 1979, p. 11 y *Newsweek*, 13 agosto 1979, p. 24.

¹⁰ Hann, W. Roy, "Preliminary Report on Ixtoc I" (22-VIII-79), en *Hearings*... serial 96-19, *op. cit.*, pp. 136-143.

¹¹ *New York Times*, mayo 23, 1980, p. 17.

¹² Ver declaración del almirante Yost en *Hearings*..., serial 96-19, *op. cit.*, p. 90.

¹³ La *Foreign Sovereign Immunities Act*, entró en vigor el 19 de enero de 1977; noventa días después de la firma del presidente Ford. *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. N. 94-583, 90 Stat. 2891, codificada en 28. *United States Code* 1330, 1332 (a) (2)-(4), 139 (f), 144 (d), 1602-1611 (1976).

Esta ley de 1976 que puede ser utilizada por el gobierno de Estados Unidos, o bien por sus nacionales, enuncia aquellos casos en los cuales un país puede ser demandado ante los tribunales norteamericanos.¹⁴

El concepto según el cual ningún Estado puede interferir en el ejercicio de los derechos soberanos de otro, permaneció durante largo tiempo como una premisa básica en la política exterior de Estados Unidos.

Esto queda patentizado en la respuesta que el gobierno de ese país ofreció a la protesta del gobierno de México dirigida en relación con las variaciones sufridas por el Río Bravo.

El procurador general Harmon puntualizó en dicha ocasión que: "...ninguna regla, principio o precedente de derecho internacional impone responsabilidad u obligación alguna sobre los Estados Unidos".¹⁵

Previamente a esta Ley de 1976 la inmunidad de un Estado soberano ante un tribunal norteamericano era determinada a través del Departamento de Estado, quien era lógico suponer, basaba sus decisiones en consideraciones de tipo político y no jurídico.

En principio los tribunales norteamericanos no deberían dar curso a una acción judicial en contra de una entidad soberana en aquellos casos en que el Departamento de Estado así lo requiriese.¹⁶

Poco a poco sin embargo Estados Unidos iría adoptando una posición completamente antagónica, probablemente como resultado de la cada vez más creciente e interdependiente actividad comercial y económica.¹⁷

A partir del año de 1952 (*Tate letter*) se puede decir que se vislumbra una tendencia en el Departamento de Estado, en el sentido de otorgar inmunidad a entidades soberanas en aquellos casos en los cuales se tratase de actos públicos de una nación extranjera pero no en aquellos en los cuales se tratase de actividades de tipo "privadas", esencialmente de naturaleza comercial, pero sin que por ello hubiese un claro criterio distintivo.

Pero lo que es aún más importante es que desde esa época el Departamento de Estado llegó a la convicción de que el derecho internacional ya no requere-

¹⁴ Ver Brower, Bistline, Louis, "The Foreign Sovereign Immunities Act of 76 in practice" *American Journal of International Law*, 73, 1979.

¹⁵ 21 Op. Attorney General, 274-283 (1895), en Griffin, "The use of waters of International Drainage Basins Under Customary International Law", 53 *American Journal of International Law* 50 (1959).

¹⁶ En el Caso *Republic of Mexico v. Hoffman* la Suprema Corte sostuvo: "It is therefore not for the courts to deny an immunity which our government has seen fit to allow, or to allow an immunity on new grounds which the government has not seen fit to recognize", 324 U.S. (30), 1945, p. 35.

¹⁷ Ver Meheren, "The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", 17 *Col. Journal of Transnational Law* 33, 1978. El énfasis sería puesto, cada vez con mayor insistencia, entre los actos meramente públicos (*jure imperii*) y los actos privados en los cuales la entidad soberana actúa como persona privada o como entidad corporativa (*jure gestionis*).

ría que se otorgase una completa inmunidad a los Estados extranjeros, desde el momento en que la práctica internacional demostraba que ya varios países empezaban a adoptar la doctrina de la inmunidad en sentido restrictivo.¹⁸

Supuestamente con la *Foreign Sovereign Immunities Act* de lo que se trata, además de su codificación, es de eliminar las presiones sobre un órgano político, como lo es el Departamento de Estado.

Al confiar este tipo de decisiones al órgano judicial, el Congreso pensó prevenir efectos adversos en las relaciones diplomáticas de Estados Unidos.

El Departamento de Estado, al ser un órgano cuya función es por naturaleza eminentemente política, se consideró que era el foro más inapropiado para determinar en forma objetiva el carácter comercial o no-comercial de una específica actividad, y de los demás puntos jurídicos que pueden llegar a plantearse en relación a dicho tema.¹⁹

La parte más relevante de la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 76 en relación con problemas de contaminación producidos más allá de los límites jurisdiccionales de un Estado, es aquella sección (sección 1605 [a] [2]) en donde se prevé que una nación extranjera no queda fuera de la jurisdicción de Estados Unidos, aun cuando el daño causado se origine fuera de su propio territorio, si el acto en cuestión está en "relación o conexión" con una actividad comercial que llega a causar un efecto directo dentro del territorio norteamericano.

En forma similar a lo previsto en relación a la inmunidad de jurisdicción, la *Foreign Sovereign Immunities Act* en sus secciones 1,610 y 1,611 prevé situaciones, en forma de excepciones específicas, en las cuales una entidad soberana se verá desprovista del otorgamiento de inmunidad de ejecución.

Bajo el espíritu de la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 76, el énfasis se encuentra marcado sobre la naturaleza de la actividad que es desarrollada por el Estado extranjero y no en el propósito o intención de la actividad misma.

De esta forma, por "actividad comercial" se entiende para los propósitos de la Ley, ya sea aquella conducta o comportamiento comercial llevado a cabo en forma regular o bien simplemente un acto o transacción comercial en particular.²⁰

Igualmente bajo el espíritu de esta Ley se distingue solamente entre los actos gubernamentales, públicos o soberanos, de aquellos otros actos de gobierno de naturaleza privada o comercial.

¹⁸ Ver, Letter from Jack B. Tate, "Changed Policy concerning the granting of Sovereign Immunities to Foreign Governments", 19 de mayo 1952, 26 *Boletín del Departamento de Estado*, 984, (1952).

¹⁹ Ver, *Jurisdiction of United States Courts in suits against Foreign States: Hearing on H. R. 1135. Before the Subcommittee on Administrative Law and Governmental Relations of the House Comm. on the Judiciary, 94 th. Cong., 21 Sess, 59 (1976), p. 31.*

²⁰ 28 U.S.C. 1603 (d) 1976.

2. Inmunidad de jurisdicción soberana en derecho internacional

Una vez que hemos planteado los puntos relevantes, para los propósitos de este artículo, de la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, debemos preguntarnos cuál es la situación imperante hoy en día en relación con el problema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados dentro del marco jurídico del derecho internacional público.

La regla general es que todo Estado, en tanto que persona moral, e independientemente de sus representantes en el Estado extranjero, goza de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de acuerdo al derecho internacional general, quedando totalmente fuera del ámbito de competencia jurisdiccional del Estado territorial.²¹

Ahora bien, si el principio es que un Estado no puede ser emplazado ante una jurisdicción interna extranjera sin su previo consentimiento, lo que nos importa entonces es determinar el alcance de la regla general de la inmunidad del Estado extranjero en relación con las actividades emprendidas directamente por él o por los organismos que legalmente dependen de dicho Estado.

Se puede decir que actualmente varios Estados han abandonado por completo la teoría de la inmunidad absoluta para adoptar en su lugar la tesis de la inmunidad relativa.

Esta última tesis distingue entre las actividades que se desprenden directamente de la noción de poder público del Estado y en relación a las cuales la teoría de las inmunidades se aplica, y el otro género de actividades comerciales en el cual el Estado se comporta como particular o comerciante privado.

Es posible que, en teoría, esta última tesis de la inmunidad relativa sea la más coherente con la actual realidad internacional, ya que parecería inequitativo el hecho de que un Estado, habiéndose comportado en su actividad comercial como sujeto privado, pueda invocar la excepción de jurisdicción interna por supuestos actos de soberanía.

Sin embargo, el verdadero problema que se presenta es que no parece que de la práctica internacional pueda desprenderse la existencia de un criterio único, seguro y categórico que permita distinguir entre los actos de poder público y aquellos en los cuales el Estado no interviene como entidad soberana.²²

Difícilmente podría sostenerse que hoy en día exista una única concepción clara y precisa, dentro de este campo, del alcance de la teoría de las inmunidades en derecho internacional.

²¹ J. F. Lalive, "L'immunité de juridiction et d'exécution des États et des Organisations Internationales," *Revue Générale de la Academie de Droit International*, 1953 (III), t. 84, pp. 206-396.

²² Combacau, J., "Les sujets du droit international", *Droit International Public*, Edit. Montchrestien, Précis Domat, Paris, 1975, pp. 225-297.

En todo caso la práctica parecería demostrar que el Derecho Internacional permite a cada Estado fijar, en mayor o menor grado, su posición al respecto de las actividades que deberán ser consideradas en cada caso específico si gozan o no de la inmunidad de jurisdicción y de la inmunidad de ejecución, obviamente sin que necesariamente estos dos tipos de inmunidad tengan la misma reglamentación.

De aquí que con frecuencia no se pueda prever cuál será la posible decisión que dictará una determinada corte o tribunal con respecto al problema de las inmunidades soberanas en virtud de la falta de criterio único, claro y específico de las actividades que deban ser consideradas como autos de soberanía o actividades típicamente de orden privado.

3. *Acción judicial en contra de PEMEX ante los tribunales norteamericanos*

Desde el momento en que el organismo público descentralizado Petróleos Mexicanos es, de acuerdo a la *Foreign Sovereign Immunities Act*, un órgano del Estado mexicano, tiene derecho a gozar, de conformidad con la misma Ley, de la inmunidad de jurisdicción.²³

Sin embargo, para que ninguna acción judicial pudiera ser emprendida en contra de PEMEX ante los tribunales norteamericanos, esta empresa estaría obligada a probar que ninguna de las excepciones de inmunidad soberana enumeradas por la *Foreign Sovereign Immunities Act* le es aplicable.²⁴

La más importante excepción para el presente caso es, como ya veíamos anteriormente, la contenida en la sección 1605 (a) (2) de la *Foreign Sovereign Immunities Act* relativa a la naturaleza de la actividad emprendida por la entidad soberana.

En opinión del profesor Jordan J. Paust, en su comparencia ante el Comité de la Marina Mercante, no hay duda alguna de que los tribunales norteamericanos tienen jurisdicción, de acuerdo al derecho interno e internacional, para presentar demandas en contra de PEMEX, en contra de México, o bien en contra de ambos.

La razón principal por la cual México o PEMEX no podrían obtener inmunidad de jurisdicción es en virtud de que sus actos son esencialmente comerciales y de naturaleza privada.²⁵

Además, según J. Paust, la supervisión que realiza un Estado sobre una empresa comercial es en sí una actividad comercial, por lo cual los actos u omi-

²³ Sección 1603 de la *Foreign Sovereign Immunities Act*.

²⁴ La F.S.I.A., otorga una presunción de inmunidad a todo Estado extranjero siempre y cuando no le sean aplicables ninguna de las excepciones específicas al goce de inmunidad establecidas en las secciones 1605, 1606 y 1607 de la F.S.I.A.

²⁵ *Hearings before the Committee on Merchant Marine...*, serial 96-19, *op. cit.*, pp. 251-258.

siones de México en su actividad de supervisión de los actos de PEMEX deberían ser considerados, en este caso, como comerciales o de naturaleza privada, sin importar que incluso actos "gubernamentales" pudieran ser palpables en dicho proceso, ya que en todo caso serían mero instrumento en la realización de un proceso que se ha determinado esencialmente de naturaleza comercial o privada.²⁶

Es interesante hacer notar que en la misma sesión del Comité de la Marina Mercante, el profesor Günter Handl sostuvo en su declaración, contrariamente a la opinión de Paust, que en cualquier hipótesis si se presentase una demanda en contra de México ante un tribunal de los Estados Unidos, nuestro país sería competente para invocar la excepción de inmunidad de jurisdicción dentro del marco de la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976.²⁷

PEMEX sin embargo ha sostenido, en su recurso de petición para declaración sin lugar, que la actividad de excavación y explotación del pozo Ixtoc I no puede ser catalogada como una "actividad comercial", ya que México ejerce un control soberano sobre sus recursos hidrocarburos, y que la planificación y supervisión de la forma en que son llevadas a cabo las actividades exploratorias relacionadas con dichos recursos, son actividades que por su propia naturaleza deben ser consideradas como actos soberanos de carácter público.²⁸

En apoyo de su tesis PEMEX se fundamenta en el análisis de la naturaleza de las actividades llevadas a cabo por la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP).²⁹

En un recurso de acción antimonopolio introducido por un sindicato obrero en contra de miembros de la OPEP, el tribunal de distrito norteamericano para el Distrito Central de California, señaló que para el efecto de determinar si un acto en particular debía ser considerado como una actividad comercial, los tribunales deberían guiarse por el propósito de la *Foreign Sovereign Immunities Act*, no interviniendo en problemas que puedan tocar muy de cerca áreas sumamente sensibles de los Estados extranjeros.³⁰

En dicho caso el tribunal estadounidense señaló que el término "actividad comercial" debía ser definido en forma restrictiva o limitada (*narrowly*); es

²⁶ *Ibidem*, p. 256-257. "More specifically, Mexican acts of supervision (whether governmental or commercial per se) are acts taken' in connection with' a commercial activity (of Pemex) within the meaning of Section 1605 (a) (2)", p. 257, 2 parr.

²⁷ *Ibidem*, pp. 258-263. Sin embargo, según Handl, si la demanda se presenta en contra del organismo descentralizado PEMEX, entonces la inmunidad de jurisdicción no podría ser invocada de acuerdo a la sección 1065 (a) (2) de la F.S.I.A., sin olvidar que existen en la jurisprudencia norteamericana casos anteriores en los cuales la excepción de inmunidad le fue denegada a PEMEX, *ibidem*, p. 259, nota 2.

²⁸ Ver "Memorandum of Defendant Petroleos Mexicanos in support of Motion to Dismiss for lack of Personal and Subject Matter Jurisdiction", Matter of Complaint of SEDCO, Inc., No. H-79-1880, S. D. Texas, 13 sept. 1979.

²⁹ *Ibidem*, pp. 21-23.

³⁰ *International Association of Machinists v/s O.P.E.C.*, 477 Supp. 553 (C. D. California 1979), 567.

claro que la naturaleza de la actividad emprendida por cada uno de los países miembros de la OPEP consiste en el establecimiento por un Estado soberano de las condiciones y términos para la remoción de un recurso natural primario (petróleo crudo) de su territorio.³¹

De la anterior interpretación dada por el tribunal, éste señala en sus conclusiones que las actividades de las naciones miembros de la OPEP, al controlar las condiciones de la explotación del petróleo dentro de sus respectivos territorios, no podían considerarse como el ejercicio de una "actividad comercial". Las actividades de la Organización, al fijar los precios del petróleo, debían ser estimadas como públicas por naturaleza y por ello gozar de inmunidad de jurisdicción bajo la *Foreign Sovereign Immunities Act*.³²

Sin embargo para autores como William Mac Donald y Daniel Leventhal, el análisis de casos como el anterior no podría ser aplicado analógicamente en relación con las actividades de excavación y explotación emprendidas por PEMEX en la bahía de Campeche, las cuales, en su opinión, deben ser consideradas eminentemente como "actividades comerciales" de acuerdo a la *Foreign Sovereign Immunities Act*.³³

Nosotros pensamos que independientemente de las consideraciones de tipo político que, admítase o no, intervienen en ciertas decisiones de los tribunales en lo que concierne a la aplicación de la *Foreign Sovereign Immunities Act*, éstos deberán guiarse para el examen de casos de contaminación transfronteriza del tipo Ixtoc I, en la decisión antes vista referente al caso de la Organización de Países Exportadores de Petróleo.

Lo anterior en virtud de que, como ha demostrado claramente James E. Fender, en dicho caso relativo a la OPEP, el tribunal sostuvo que cuando una entidad soberana monopoliza las condiciones para la explotación de sus recursos naturales en beneficio del mismo territorio soberano, la actividad debe ser considerada como gubernamental por naturaleza y por lo tanto inmune a la jurisdicción de los tribunales de Estados Unidos.³⁴

³¹ *Ibidem*, p. 560.

³² *Ibidem*, pp. 568-569. Si en este caso *I.A.M. v/s O.P.E.C.* como hemos visto, se estableció el principio general de que el control sobre los recursos naturales nacionales es una función soberana, no vemos por qué las actividades de explotación petrolera llevadas a cabo en bahía de Campeche pudieran ser consideradas, dentro de este contexto, como algo diferente a una actividad por definición eminentemente soberana.

³³ Ver Mac Donald J. William, "Ixtoc I: international and domestic remedies for transboundary pollution injury", *Fordham Law Review*, vol. 49, 1980, pp. 426-427.

Ver Leventhal F. Daniel, "The Bay of Campeche Oil Spill: obtaining jurisdiction over Petróleos Mexicanos under the F.S.I.A. of 1976", *Ecology Law Quarterly*, vol. 9:34, 1980, p.p. 359-360.

³⁴ Ver Fender, E. James, "Trouble over oiled waters: —pollution litigation or arbitration— The Ixtoc I oil well blow-out", *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 4:2, 1980, p. 300. Hay que hacer notar que la *American Law Division* ha sostenido que sería muy difícil afirmar que las actividades de PEMEX en bahía de Campeche eran por naturaleza

En este mismo sentido se pronuncia, en un excelente análisis del problema, el jurista José Luis Siqueiros, quien sostiene que en caso de demanda en contra de PEMEX, este organismo debe invocar como excepción dilatoria, la inmunidad de jurisdicción "...afirmando que la exploración y explotación petrolera son actos que el Estado realiza en calidad de soberano..."³⁵ y que en el supuesto de que se dictase sentencia condenatoria y definitiva en contra de PEMEX, sería altamente dudoso que el Poder Judicial en México reconociera la validez de la misma y por ello no concedería su ejecución en contra de PEMEX.³⁶

Por último, es absolutamente cierto que si la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, intenta la codificación de la teoría restrictiva de la inmunidad de soberanía, si se pretende llevar a cabo amplias y liberales interpretaciones de nociones tan capitales y claves como son "actividad comercial" y "actividad gubernamental", esto puede desbordar cualquier marco lógico de dicha teoría sobre la inmunidad de jurisdicción y conducir a resultados jurídicamente incongruentes.³⁷

II. LA REGLA DE LA "DEBIDA DILIGENCIA" EN DERECHO INTERNACIONAL

1. Responsabilidad por negligencia en el caso del Ixtoc I

El profesor Günther Handl en sus declaraciones e Informe presentados ante el Comité de la Marina Mercante³⁸ asegura, con fundamento principalmente en la jurisprudencia internacional (Trail Smelter Case, Corfu Channel), en resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (Res. 2996 [XXVII]) y en la Declaración de Estocolmo de 1972 (Principio 21), que el derecho in-

comerciales ya que los estándares internacionales para establecer el carácter soberano o comercial de ciertas actividades son bastante oscuros.

Ver carta del 5 de diciembre de 1979 enviada a la *House Merchant Marine and Fisheries Committee* y firmada por Jeanne Jagelski, en *Hearings before the Subcommittee on Coast Guard and Navigation and the Subcommittee on Fisheries and wildlife conservation and the Environment of the Committee on Merchant Marine and Fisheries House of Representatives, 96 th Congress* on "The Ixtoc I oil pollution compensation act of 1979-H.R.5577", H. Con. Res. 188. Serial No. 96-41, U. S. Government printing office, Washington, 1980, pp. 81-94.

³⁵ Siqueiros, José Luis, "La responsabilidad civil de Petróleos Mexicanos en el caso del pozo Ixtoc I", *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, sexta época, núm. 18, jul-sep., México, 1979, p. 59.

³⁶ *Ibidem*, pp. 54-55.

³⁷ Fender, "Trouble over...", *op. cit.*, p. 300, nota 105. Fender sostiene además que los tribunales norteamericanos en casos recientes han tenido que reconocer la evolución constante de las prácticas comerciales a nivel internacional como por ejemplo en 1975 en el caso *Alfred Dunhill of London v/s Republic of Cuba. Ibidem*.

³⁸ *Hearings before the Committee on Merchant...*, serial 96-19, *op. cit.*, pp. 258-263.

ternacional consuetudinario establece que todo Estado es responsable por los daños causados extraterritorialmente por actividades privadas realizadas dentro de su jurisdicción o bajo el control estatal.³⁹

Ahora bien, lo que es importante determinar, en opinión de Handl, es si dicha obligación puede constituir la base para la construcción de una "responsabilidad objetiva" (*strict liability*) o si por el contrario se requiere además del daño puro y simple, de la incidencia del elemento adicional de la negligencia (*liability for fault*) para que pueda responsabilizarse a un Estado en aquellos casos en que se registren daños por contaminación transfronterera.⁴⁰

Handl no piensa que actualmente el derecho internacional general contemple en realidad una responsabilidad absoluta u objetiva (*absolute or strict liability*) en los incidentes de contaminación transfronterera.

Lo anterior se desprende claramente, en su opinión, de los debates en el seno del comité preparatorio encargado de la redacción del texto de la Declaración de Estocolmo de 1972 en donde se sostuvo (en particular en relación al Principio 21) que la negligencia era un "prerrequisito" necesario para que en un caso determinado pudiera válidamente invocarse la responsabilidad de un Estado por daños extraterritoriales al medio ambiente.⁴¹

Por último cabe destacar que Handl encuentra el artículo 23 ("violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado") del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados redactado por la Comisión de Derecho Internacional, como una prueba más de que en los casos de contaminación transfronterera la violación de dicha obligación no se produce por la mera y sola realización del evento en cuestión, sino que debe mostrarse la negligencia imputable al Estado.⁴²

Ahora bien, si el anterior análisis se aplica al caso del Ixtoc I, la pregunta evidente es saber si de parte del gobierno mexicano hubo negligencia en el accidente del pozo petrolero. Para esto habría que investigar los procedimientos que emprende el gobierno para las actividades de exploración y explotación de pozos petroleros mar adentro, los estándares y reglamentos para la operación de los mismos, el grado real de supervisión y de control y su coincidencia o no con

³⁹ *Ibidem*, pp. 259-260. Igualmente para mostrar la posición del gobierno mexicano, Handl cita al delegado mexicano González Martínez quien en las discusiones en la Asamblea General sobre el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo afirmó: "... it was the responsibility of all states to avoid activities within their jurisdiction or control which might cause damage to the environment beyond their national frontiers and to repair any damage caused", United Nations Doc.A/c2/S. R., 1470, 7 (1972).

⁴⁰ *Hearings before the Committee on Merchant...*, serial 96-19, *op. cit.*, p. 260.

⁴¹ *Ibidem*, p. 260. De igual manera para Handl es claro que la C.I.J. en el Caso del Canal de Corfú, no estableció una responsabilidad objetiva en contra de Albania.

⁴² *Ibidem*, p. 261. Artículo 23: "Cuando el resultado exigido de un Estado por una obligación internacional sea prevenir, por el medio que elija, que se produzca un acontecimiento dado, sólo habrá violación de esa obligación si el Estado, mediante el comportamiento observado, no logra ese resultado", *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Doc. of. 35 per. de sesiones. Suplemento núm. 10 (A/35/10), 1980, p. 69.

dichas leyes y reglamentos. Además, podría también pedirse la investigación acerca de los esfuerzos de México para controlar y mitigar los efectos producidos por el Ixtoc I.

La determinación de la posible negligencia del gobierno mexicano es desde luego resultado de una investigación imparcial de los hechos, pero Handl se inclina por pensar que una investigación de tal género sobre la causa del accidente podría muy bien concluir en algo similar al dictamen de la "Comisión Real Noruega" quien después de la investigación del accidente del "Ekofisk" en 1977, estableció que la causa subyacente del accidente era "...consecuencia de un inadecuado e insuficiente sistema administrativo y de organización para asegurar una operación exitosa de excavación".⁴³

2. Significado y contenido de la obligación general de la debida diligencia

La obligación general de debida diligencia se deriva esencialmente de la costumbre, y consiste en el cuerpo general de reglas de comportamiento que se esperan de un "buen gobierno".

El resultado de ello es que el deber de diligencia es un concepto relativo y flexible, cuyo modo de aplicación varía con las situaciones de hecho dentro de las cuales los Estados son requeridos a cumplir con dicha obligación.

De igual forma dicha obligación varía de conformidad con las posibilidades prácticas de supervisión de los Estados para asegurar que las actividades de sus órganos, o personas localizadas en su territorio, no causen perjuicios a terceros.⁴⁴

Aun cuando la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo admite la flexibilidad de la obligación de diligencia y por tanto susceptible de aplicaciones diversas, no obstante llega a la conclusión de que la obligación está constituida por un cierto número de reglas medias o "estándares" de comportamiento, que los Estados deben observar, y que podemos resumir en tres puntos principales:

1. Deben poseer de una manera permanente el aparato jurídico y material suficiente para asegurar normalmente el respeto de sus obligaciones internacionales.
2. Deben dotarse en el campo de la protección del medio ambiente de la legislación y reglamentación administrativa, civil y penal necesarias.

⁴³ Citado por Handl en *Hearings before the Committee on Merchant...* serial 96-19, *op. cit.*, p. 261.

⁴⁴ Informe de la *Organisation for Economic CO-Operation and Development*: "Observations on the concept of the international responsibility of States in relation to the protection of the environment", 1977.

3. De conformidad con el principio de la buena fe, el Estado no debe contentarse con poseer nada más dicho aparato legal y administrativo, sino que debe hacer uso de él con *diligencia y vigilancia* apropiadas a las circunstancias.⁴⁵

Luego entonces la obligación general de no-contaminar vendría a individualizarse en una obligación de diligencia, adaptable a las circunstancias, e implicando así un deber de prevención de no producir daños o perjuicios a terceros de naturaleza substancial.⁴⁶

Que la obligación se califique como una obligación de comportamiento, deber de diligencia, parece desprenderse claramente del análisis de la Declaración de Estocolmo en donde se sostuvo que la Declaración debería excluir toda responsabilidad basada en la idea del riesgo y debería enfatizar que solamente la negligencia de un Estado, imputable ya sea a su inacción o a su incapacidad de cumplir con deberes específicos, podría comprometer su responsabilidad dentro del marco del derecho internacional.⁴⁷

Si un Estado prueba que la polución transfrontera fue causada por un evento o factor completamente imprevisible (en particular un accidente natural), y por tanto independiente de su voluntad y más allá de su control, podría entonces repudiar toda responsabilidad.⁴⁸

El derecho internacional general parecería que delegara en la competencia del Estado soberano las modalidades de ejercicio de dicha obligación, y los tribunales internacionales serían los competentes para determinar en caso de controversia si el Estado actuó de conformidad con la obligación de "debida diligencia".⁴⁹

Si la obligación de no-contaminar se limita a una obligación de diligencia,

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 384-385.

⁴⁶ Institut de Droit International, *Annuaire*, vol. 58/Tomo I, Session d'Athènes 1979, travaux préparatoires, p. 227. En este contexto, si la obligación de no contaminar se le considera como una "estricta obligación de resultado", el Estado que causara una contaminación transfrontera podría ser responsable desde el momento en que se constatará un daño cierto y sustancial.

⁴⁷ Ver Documento A/CONF. 48/P.C. 12 annex. II, p. 15 par. 65. Concepciones próximas a una responsabilidad objetiva, como la de la delegación canadiense, no fueron retenidas. Ver Sohn, L. B., "The Stockholm Declaration on the human environment", *Harvard International Law Journal*, vol. 14, 1973, p. 494.

⁴⁸ Dupuy, Pierre, "International Liability of States for Damage Caused by Transfrontier Pollution", *Legal aspects of transfrontier pollution*, París, O.E.D.C., 1977, p. 354. Sin embargo parecería que podría invocarse la responsabilidad de un Estado, si se prueba que su legislación está en desacuerdo con los criterios normalmente adoptados por otros Estados, o bien si se prueba que se ignoran los estándares definidos conjuntamente por países que están cooperando en el seno de organizaciones internacionales. *Ibidem*, p. 354, nota 2.

⁴⁹ Ver Ago, R. "Quatrième rapport sur la responsabilité des États", *C.D.I.*, Doc. A/CN. 4/264, pp. 73 ss.; Dupuy, Pierre, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielles*, prefacio de S. Bastid, París, Pedone, 1976, p. 261.

el Estado debería vigilar, con una "diligencia razonable", el que su territorio no sea utilizado como origen o fuente de contaminación para otros Estados o incluso para ámbitos que no caigan dentro de ninguna jurisdicción nacional precisa.⁵⁰

3. *La contaminación transfronterera y la violación de la obligación de la debida diligencia*

Nosotros pensamos, contrariamente a la opinión de Günther Handl,⁵¹ que de acuerdo al derecho internacional en vigor, difícilmente podría adjudicársele al gobierno mexicano una responsabilidad por negligencia en el caso del Ixtoc I, en virtud de que actualmente si hay un caso de contaminación transfronterera la invocación de la responsabilidad no es efectiva si no se prueba que el Estado cayó muy por debajo de los estándares de comportamiento requeridos. De aquí que Pierre Marie Dupuy sostenga que la consecuencia de este estado de cosas es que, a menos que la obligación del Estado esté claramente especificada en un tratado previo, se deberá hacer referencia a un "promedio estándar" que el juez o el árbitro fijarán de acuerdo a la práctica más común seguida por los Estados en sus relaciones internacionales.⁵²

Es por ello por lo que, según P. M. Dupuy, el mayor inconveniente del presente sistema sobre responsabilidad en este campo estriba en la dificultad de aportar evidencia manifiesta de que la contaminación transfronterera que causa daños al Estado "B" se originó efectivamente en el territorio del Estado "A", y luego de ello probar fehacientemente que la polución proveniente de "A" es causada por la indebida negligencia de la parte de "A".⁵³

Por otro lado debe subrayarse que sería un gran error querer considerar la obligación que tienen los Estados de proteger y preservar el medio marino en forma aislada y sin conexión con el muy importante principio según el cual los Estados poseen el derecho inalienable y soberano de explotar sus recursos naturales, principio este último que puede considerarse de mayor jerarquía en el sentido que posee, como dice Tullio Treves,⁵⁴ una mayor solidez en el derecho internacional contemporáneo.

⁵⁰ Ver también, Duppy, P., "Due diligence in the International Law of Liability" *Legal aspects of transfrontier pollution*, París, D. E. C. D., 1977, p. 370. El principio de la obligación de diligencia, concebido como la contraparte del ejercicio exclusivo de la jurisdicción territorial del Estado, fue establecido por Max Huber en el *Caso de la Isla de Palmas*, ante la Corte Permanente de Arbitraje, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. II p. 839.

⁵¹ *Vid. supra*, pp. 17 a 19.

⁵² Dupuy, P., "Due diligence...", *op. cit.*, p. 362.

⁵³ *Ibidem*, p. 363.

⁵⁴ Ver Treves, Tullio, "La pollution résultant de l'exploration et de l'exploitation des fonds marins", *Annuaire Français de Droit International*, París, 1978, p. 832. La indis-

Por último, en relación con este punto es de gran importancia resaltar que si hemos considerado, junto con la doctrina y práctica mayoritarias, que el deber de no-contaminar es una obligación de diligencia, ésta no podría evaluarse en forma monolítica, sino por el contrario con la flexibilidad que le es inherente a este género de obligaciones, en concordancia con las condiciones propias de cada Estado en particular.

De lo anterior se infiere que la obligación que tienen los Estados de asegurar que las actividades que se llevan a cabo dentro de su jurisdicción no causen daños al medio de otros Estados, debe ser adaptable a las circunstancias y características particulares que presentan los países en vías de desarrollo.

Esto último quedó consagrado en el Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972, en particular en su artículo 23:

Sin perjuicio de los criterios que puedan acordarse por la comunidad internacional y de las normas que deberán ser definidas a nivel nacional, en todos los casos será indispensable considerar los sistemas de valores prevaletientes en cada país y la aplicabilidad de unas normas que si bien son válidas para los países más avanzados pueden ser inadecuadas y de alto costo social para los países en desarrollo.⁵⁵

Otros muchos principios, resultado de esta Conferencia, insisten sobre la necesidad de que los países industrializados aporten un apoyo decidido a los países en vías de desarrollo, mediante asistencia financiera y tecnológica, en sus políticas ambientales.⁵⁶

Es claro que esta Conferencia de Estocolmo de 1972 no pretendió consagrar algo así como un "derecho de contaminar" en favor de los países en vías de desarrollo, como tampoco un categórico doble estándar de normas y principios aplicables en el terreno de la prevención y control de la contaminación.

lubilidad de estos dos principios ha sido subrayada en los trabajos de la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho de Mar: así, en el Proyecto de Convención de 1981 en su artículo 193 se estipula que: "Los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos naturales con arreglo a su política en materia de medio ambiente y de conformidad con su deber de proteger y preservar el medio marino". Doc. A/CONF. 62/L. 78, agosto 28, 1981.

⁵⁵ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, A/CONF. 48/14/Rev. 1, N. York, 1973, p. 5.

⁵⁶ Principio 9: "Las deficiencias del medio originadas por las condiciones del subdesarrollo y los desastres naturales plantean graves problemas, y la mejor manera de subsanarlas es el desarrollo acelerado mediante la transferencia de cantidades considerables de asistencia financiera y tecnológica que complemente los esfuerzos internos de los países en desarrollo y la ayuda oportuna que pueda requerirse."

Principio 11: "Las políticas ambientales de todos los Estados deberían estar encaminadas a aumentar el potencial de crecimiento actual o futuro de los países en desarrollo y no deberían menoscabar ese potencial ni obstaculizar el logro de mejores condiciones de vida para todos, y los Estados y las organizaciones internacionales deberían tomar las disposiciones pertinentes con miras a llegar a un acuerdo para hacer frente a las consecuencias económicas que pudieran resultar, en los planos nacional e internacional, de la aplicación de medidas ambientales", *ibidem*, p. 4.

Pero lo que es cierto es que la Conferencia de Estocolmo al consagrar tanto espacio a los países en vías de desarrollo en la forma y espíritu que lo hizo, pretendió dejar claramente asentado que la regla de la "diligencia debida" debía ser adaptable a las circunstancias concretas en las cuales se encuentran los países en vías de desarrollo.⁵⁷

III. LA NOCIÓN DE "ACTIVIDAD ULTRARRIESGOSA" Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

1. Tesis sobre la naturaleza de las operaciones de exploración y explotación offshore

La otra alternativa posible para responsabilizar a México, por las consecuencias del Ixtoc I, podría basarse en la naturaleza de las operaciones de exploración y explotación *offshore* como actividades que se considerasen siendo anormalmente peligrosas o "ultrarriesgosas" en el campo del derecho internacional.

Punto crucial a esto, dice Günther Handl, es la respuesta a la pregunta de si en derecho internacional consuetudinario existiría alguna base para imponer por dicho género de actividades una responsabilidad por daños causados independientemente de toda culpa o negligencia.

Además de que existen ejemplos muy conocidos en el terreno nuclear y espacial de convenciones que consagran un régimen de responsabilidad objetiva (*strict liability*), Handl asegura que hay que tomar también en cuenta, como algo muy significativo, el reciente esfuerzo de la Comisión de Derecho Internacional para la codificación de la "responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional".⁵⁸

Parecería, dice Handl, que habría, *prima facie*, evidencia de la existencia de un maduro cuerpo de reglas en derecho internacional consuetudinario para imponer responsabilidad por daños transnacionales independientemente de toda culpa o negligencia de parte del Estado operante.

⁵⁷ Igualmente en el terreno de la contaminación de ríos y lagos bajo el derecho internacional, el jurista J. Sette-Camara ha considerado, en el seno del Instituto de Derecho Internacional, que del *lege ferenda* debería pensarse en aplicar a los Estados en desarrollo ciertos principios especiales en el terreno de la contaminación. Ver *Annuaire de l'Institut de Droit International*, session d'Athènes, 1979, pp. 307-309.

⁵⁸ *Hearings before the Committee on Merchant...*, serial 96-19, *op. cit.*, p. 261. G. Handl no parece hacer la distinción entre *strict liability* y *absolute liability*, que aun cuando uno y otro concepto designan una responsabilidad objetiva, sin embargo la primera noción admite causas excluyentes de responsabilidad. Ver en este sentido, Goldie, L. F. E. "Liability for damage and the progressive development of international law". *International Comparative and Law Quarterly*, vol. 14, oct. 1965, en particular, pp. 1200-1217.

Siguiendo la doctrina de origen anglosajón, en particular la de autores tales como Wilfred Jenks y John Kelson, el proponer una responsabilidad objetiva es la naturaleza riesgosa de la actividad en cuestión.⁵⁹

Cuando el riesgo de daño sea, por su carácter transnacional, mayor en grado e ineluctable a pesar de todo cuidado razonable, el Estado que ejerce control sería original y estrictamente responsable en la eventualidad de un daño de efecto extraterritorial.

A la luz de experiencias como el accidente de la plataforma "Santa Bárbara" de 1969 o el del "Ekofisk" de 1977, Handl piensa que no cabe duda alguna de que las operaciones de explotación en la bahía de Campeche caen dentro del marco de actividades ultrarriesgosas.⁶⁰

Por otra parte asevera el profesor Handl que además del hecho de que el principio de la responsabilidad objetiva se refleja en buen número de legislaciones nacionales referentes a las actividades de exploración y explotación *offshore*, el reconocimiento de la naturaleza ultrarriesgosa de tales actividades emerge claramente de instrumentos tales como el acuerdo contractual firmado entre varias compañías petroleras "*Offshore Pollution Liability Agreement*" (OPOL) de 1974, o de la "Convención de Londres sobre la responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación por hidrocarburos derivada de la explotación de los recursos minerales del subsuelo marino" de 1976.⁶¹

Como conclusión de todo lo anterior Günther Handl cree que es lícito afirmar que si bien no existe una Convención de aplicabilidad general que imponga un régimen de responsabilidad objetiva para aquellas actividades de exploración y explotación petrolera *offshore*, sin embargo ante una jurisdicción internacional puede alegarse, dentro del mencionado campo, la existencia de un principio de responsabilidad objetiva con fundamento en una norma emergente de derecho internacional consuetudinario.⁶²

2. Significado de "actividad ultrarriesgosa" en derecho internacional

La doctrina según la cual debe ser imputable una responsabilidad objetiva a todo Estado que haya provocado daños "excepcionales" ocasionados por acti-

⁵⁹ *Hearings before the Committee on Merchant...*, serial 96-19, *op. cit.*, p. 261.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 261-262.

⁶¹ *Ibidem*, p. 262. En el acuerdo contractual *O.P.O.L.* en vigor desde el 1º de mayo de 1975, son partes contratantes las compañías explotadoras de instalaciones *offshore* en los límites de la jurisdicción del Reino Unido, y posteriormente también de Dinamarca, Francia, Irlanda, Países Bajos, República Federal Alemana y Noruega. La Convención de Londres del 17 de diciembre de 1976, tiene un ámbito de aplicación regional limitado a Mar del Norte, a partes del Atlántico Noroeste y del Báltico. Ambos instrumentos admiten causas excluyentes o exonerativas de responsabilidad. Ver el texto en Churchill, Nordquist, Lay, *New Directions in the Law of the Sea*, London, Dobs Ferry, 1973-75, 1977, vol. VI, p. 507 y vol. VI, p. 535.

⁶² *Hearings before the Committee on Merchant...*, serial 196-19, *op. cit.*, p. 262.

vidades sujetas a su control territorial, y sin que medie negligencia de su parte, es una doctrina que, además de no pertenecer al derecho internacional positivo, plantea hasta ahora innumerables objeciones de fondo.⁶³

Por actividades "ultrarriesgosas" se debe entender, según Wilfred Jenks, todas aquellas actividades que implican un riesgo de causar un daño de carácter substancial en escala internacional, sin que dicho riesgo pueda ser eliminado por el ejercicio de la mayor diligencia o precaución (*the utmost care*). En este tipo de actividades se encontrarían aquellas que puedan ocasionar un cambio substancial al medio ambiente, contaminación sería del agua o atmósfera, la perturbación del equilibrio de las fuerzas y presiones geofísicas, la modificación del proceso biológico, etcétera.⁶⁴

Esta forma de proceder, como lo ha demostrado Pierre-Marie Dupuy —posiblemente hoy en día la más grande autoridad en la materia—, es doblemente contingente, ya que en primer lugar el control de las tecnologías empleadas evoluciona a un ritmo considerable (una actividad que se considera hoy de un gran riesgo, puede mañana ser una actividad de rutina), y en segundo lugar, la evolución de los conocimientos científicos permitirá poner en evidencia la existencia de otra serie de consecuencias perjudiciales, vinculadas a actividades que se consideran hoy en día como inofensivas.⁶⁵

Ahora bien, desde otra perspectiva podría pensarse que en el terreno internacional de la reparación por daños causados como consecuencia de actividades lícitas pero que comportan riesgos excepcionales, no deba ser tanto el tipo de actividad (*ultra-hazardous*) que deba ser tomado en consideración, sino más bien la importancia del daño resentido.

A este respecto el profesor Philippe Cahier⁶⁶ ha considerado que desde el momento en que el daño se repercute en el territorio de un Estado extranjero esto implicaría que se trata de un daño importante o substancial, y por lo tanto esto sería prueba suficiente de que nos encontramos frente a una actividad comportando riesgos excepcionales y dando lugar a una acción en reparación.

Sin embargo igualmente este criterio plantearía en el terreno de la contaminación marina problemas de difícil solución, ya que si el daño, aun cuando se hubiere producido por una actividad ultrarriesgosa, se probara que fue resultado de una negligencia patente del Estado en cuya jurisdicción se desarrolló la actividad, entonces ya no podría hablarse de responsabilidad objetiva (estric-

⁶³ Ver en relación con esta doctrina: Jenks, Wilfred, "Liability for ultra-hazardous activities in international law", *Recueil des Cours de la Academie de Droit International*, t. 117, 1966, pp. 105-193; Kelson, John, "State responsibility and the abnormally dangerous activities", *Harvard International Law Journal*, vol. 13, 1972, pp. 197-244.

⁶⁴ Jenks, Wilfred, *op. cit.*, p. 195.

⁶⁵ Dupuy, Pierre, *La responsabilité...*, *op. cit.*, pp. 207-208.

⁶⁶ Cahier, Philippe, "Le problème de la responsabilité pour risque en droit international", *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Genève, Sijthoff, 1976 pp. 409-434.

ta o de carácter absoluto), sino que el juez tendría que utilizar el marco clásico de la responsabilidad internacional y constatar la comisión de un hecho ilícito.

Es por ello que P. M. Dupuy asevera que desde el punto de vista del juez internacional y aun cuando la víctima esté dispensada de aportar la prueba de una negligencia estatal en el terreno de la responsabilidad objetiva, el juez o árbitro deberá siempre examinar la eventual deficiencia de la diligencia del Estado, ya que si ésta se verificase, el carácter teóricamente lícito de la acción perjudicial se vería entonces desnaturalizado.⁶⁷

De aquí entonces que difícilmente podría ser lícito que el jurista ensayara de encerrar en categorías más o menos rígidas actividades cuya naturaleza aleatoria se deriva precisamente de su evolución tecnológica.

Esto no quiere decir que *a priori* sea imposible, según P. M. Dupuy, que la responsabilidad por riesgos excepcionales pueda encontrar en algún caso una expresión extracontractual; pero la experiencia de los derechos nacionales invita a una gran prudencia ya que si efectivamente nos enseña que la aparición del régimen del riesgo es concomitante al desarrollo de actividades que presentan peligros particulares, también nos enseña que la institución de esta responsabilidad es difícilmente concebible en la ausencia de *lex specialis*.⁶⁸

Hasta ahora este género de responsabilidad objetiva ha sido invocado, dentro del marco del derecho internacional convencional, para otorgar compensación principalmente por daños causados por dos tipos de actividades que conllevan riesgos excepcionales: la utilización pacífica de la energía atómica y la exploración del espacio más allá de la atmósfera terrestre.⁶⁹

No existe, dice P. M. Dupuy, en el derecho internacional positivo, principio consuetudinario o principio general de derecho, que prevea tal género de responsabilidad por las actividades que comportan riesgos excepcionales o daños al medio ambiente.⁷⁰

Igualmente en el terreno del derecho fluvial, un Estado al que le es imputable un daño por polución, será responsable de acuerdo a las reglas consuetudinarias internacionales, si uno de sus órganos cometió una infracción a una norma internacional.

No hay ninguna necesidad, afirma Jauques Ballenegger, que en dicha hipótesis se constate una intención dolosa; pero a la inversa, el solo riesgo no es suficiente para fundamentar la responsabilidad del Estado como sucede en el caso del derecho espacial.

⁶⁷ Dupuy, Pierre, *La responsibility...*, *op. cit.*, pp. 236-237.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 208-209.

⁶⁹ Dupuy, Pierre, *International Liability...*, *op. cit.*, p. 365.

⁷⁰ Dupuy, Pierre, *La responsabilité...*, *op. cit.*, p. 210. Es únicamente en el terreno nuclear donde sería legítimo preguntarse si cabría un régimen de responsabilidad objetiva extraconvencional, basado en un "principio general de derecho", como resultado de la convergencia de la casi totalidad de las legislaciones nacionales en la materia. *Ibidem*, p. 210, nota 7.

Esto es así porque la responsabilidad por riesgo es una carga particular que sólo una convención internacional puede imponer en términos expresos a un Estado-parte, en lugar de la aplicación de las reglas consuetudinarias de la responsabilidad en derecho internacional.⁷¹

3. *La Comisión de Derecho Internacional y el problema de la codificación de la responsabilidad de los Estados*

Por otra parte es cierto que la Comisión de Derecho Internacional ha creado un grupo de trabajo que viene funcionando desde 1978 presidido por el internacionalista Quentin-Baxter como relator especial, con objeto de examinar el tema de la "responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional", habiéndose ya asentado las bases fundamentales acerca del método que deberá seguir el grupo de trabajo en el desarrollo futuro de sus análisis e informes sobre el tema en cuestión.⁷²

Sin embargo es de suma importancia poner de relieve que la misma Comisión de Derecho Internacional en su Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por hecho ilícito, ha enmarcado ya el daño al medio ambiente dentro de la categoría de los hechos más eminentemente ilícitos, esto es, dentro del género gravísimo de "crimen internacional":

ARTICULO 19: ... Un crimen internacional puede resultar, en particular: d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.⁷³

Independientemente de la serie grave de problemas que se originan con la inclusión en derecho internacional de dos categorías bien distintas de hechos

⁷¹ Ballenegger, Jacques, *La Pollution en droit international*, Genève-Paris, Edit. Droz, 1975, p. 35; Sorensen Max (editor), *Manual of Public International Law*, London/N York, 1968, p. 539.

⁷² La inclusión de dicho tema había sido prevista desde 1974 en el Programa General de Trabajo de la Comisión en cumplimiento de la Resolución 3071 (XXVIII) de la Asamblea General del 30-XII-1973. Ver *A.C.D.I.*, 1974, vol. II (1^a), p. 310; "Rapport du Groupe de Travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences prejudiciables decoulant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international", *A.C.D.I.* vol. II (2^a), 1978, Doc. A/CN.4/L284 et Corr. 1; Doc. A/CN.4/344 y Add. 1 y 2 (328) 1980; Gómez-Robledo Verduzco, A. "Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado sin hecho ilícito y la polución marina", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, IIJ, México, UNAM, 1982, p. 7.

⁷³ Ver *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 35: periodo, supl. N. 10 (A/35/10), p. 68. Para los debates en el seno de la C.D.I. sobre la distinción entre "delitos y crímenes internacionales" ver *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, vol. I, Doc A/CN.4/SER.A, p. 61-91 y p. 238-246 y vol. II (part one), Doc A/CN.4/SER.A/1976 Add 1, pp. 24-54.

ilícitos, los crímenes y los delitos,⁷⁴ y aun y cuando la Comisión de Derecho Internacional no haya definido el régimen de responsabilidad "penal" que se vaya a asociar a la comisión de dichos "crímenes internacionales", lo que es claro, y contundente es que en virtud del artículo 19, inciso *d*) la contaminación marítima es un hecho ilícito, de una ilicitud particularmente grave.⁷⁵

Una vez expuesto lo anterior se nos presentaría el siguiente problema de carácter jurídico:

Por una parte hemos visto cómo la Comisión de Derecho Internacional ha aprobado y adoptado el texto del artículo 19 del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados, y en el cual se califica el fenómeno de la contaminación marina como "crimen internacional" y por lo tanto debiéndole ser aplicable un régimen de responsabilidad por hecho ilícito.

Por otra parte, sin embargo, hemos visto que la misma Comisión de Derecho Internacional ha creado un grupo de trabajo para emprender la codificación de la responsabilidad por consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, debiendo ser aplicable en esta segunda hipótesis un régimen de responsabilidad objetiva, es decir, una responsabilidad sin hecho ilícito.

Ahora bien, si la Comisión de Derecho Internacional llegare a determinar en el futuro desarrollo de sus trabajos, y como parece quererlo indicar el profesor Handl, que la naturaleza de las operaciones de exploración y explotación *offshore* deben ser catalogadas como actividades "ultrarriesgosas", se plantearía entonces el problema de la compatibilidad o incompatibilidad de dos regímenes de responsabilidad que en esencia se revelan no sólo diferentes sino incluso excluyentes entre sí: la responsabilidad clásica por hecho ilícito aplicable a la contaminación definida como "crimen internacional", y la responsabilidad objetiva por hecho no-ilícito aplicable a aquel tipo de actividades no prohibido por el derecho internacional, pero que de alguna manera se consideran de carácter ultrarriesgoso.

En estas circunstancias ¿sería entonces posible poder concebir que un Estado "A" que alegue haber sufrido daños substanciales por contaminación marina originada dentro de la jurisdicción de un Estado "B", pudiera invocar en contra de este último la aplicabilidad de un régimen de responsabilidad correspondiente ya sea al de la responsabilidad objetiva, o bien a aquel pertene-

⁷⁴ Ver Gounelle, Max, "Quelques remarques sur la notion de 'crime international' et sur l'évolution de la responsabilité internationale de l'État", *Mélanges offerts à Paul Reuter*, París, Pedone, 1981, pp. 315-326.

⁷⁵ El internacionalista Jorge Castañeda en los debates sostenidos en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, no se mostró muy satisfecho de la redacción del artículo 19, en particular de su inciso *d*): "If there was to be a list, it should, for example, mention deliberate action to alter the climate, which would undoubtedly constitute an international crime", ver *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, 1976, *op. cit.*, N. 35, p. 243.

ciente al de la responsabilidad por acto ilícito, dependiendo en cada caso concreto del hecho de saber si la actividad al origen de la contaminación en cuestión se encuentra una actividad tipificada o no como de carácter ultrarriesgoso?

En lo particular pensamos que el problema del daño al medio ambiente, concretamente el problema de la contaminación, es un punto que no vemos cómo podría sustraerse a su examen el grupo de trabajo encargado del análisis de la responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional, máxime si su relator especial, el profesor Quentin-Baxter, ha precisado que "...una característica propia de este tema es que se refiere fundamentalmente a los peligros que surgen dentro de la jurisdicción de un Estado y que causan efectos nocivos más allá de las fronteras de ese Estado".⁷⁶

Sin embargo, sería por demás aventurado querer ofrecer aquí una forma de solución única y categórica al problema arriba expuesto; pero sea cual fuere la vía que pueda emprender en el futuro el derecho internacional positivo, lo que queda por ahora muy claro es que en el estado actual del derecho vigente, un régimen de responsabilidad objetiva en el terreno internacional permanece como un régimen "derogatorio" que no encuentra expresión fuera del marco único de la celebración de tratados específicos.

IV. Observaciones finales

Si es cierto que todavía no existe un real y bien definido conjunto de reglas de derecho consuetudinario que regule todas las cuestiones que puedan surgir como consecuencia de la contaminación marina,⁷⁷ esto es tanto más cierto por lo que respecta a la contaminación resultante de la exploración y explotación de los fondos marinos y su reglamentación a nivel internacional.⁷⁸

Sin embargo se puede afirmar que la tendencia actual en este campo está marcada por una definición y descripción cada vez más rigurosa de las obligaciones, de carácter sobre todo preventivo, que los Estados deben cumplir en el terreno del control de la contaminación del medio marino.

Esta tendencia se encuentra claramente reflejada en los trabajos emprendidos por la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

⁷⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Doc. of. 35 per de ses., supl. 10 (A/35/10), 1980, p. 387.

⁷⁷ Ver Moore, Gerald, "Legal aspects in marine pollution", en Johnston (editor), *Marine Pollution*, London-N. York, Academic Press, 1976, p. 594.

⁷⁸ Treves, Tullio, *op. cit.*, p. 849. En tanto que T. Treves se inclina por pensar que las reglas elaboradas por la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar en relación con la contaminación provocada por la explotación de los fondos marinos no tienen todavía un *status* consuetudinario, Claude Douay piensa que ya se ha creado un nuevo derecho positivo de la preservación del medio marino, integrado en el nuevo derecho del mar. Douay, "Le droit de la mer et la preservation du milieu marin", *Revue Générale de Droit International Public*, tomo 84, 1981, pp. 178-215.

Uno de los resultados más importantes que se pudo dar a conocer al final de la primera parte del octavo periodo de sesiones de la Tercera Conferencia en la ciudad de Ginebra (19-III al 27-IV-79), fue el hecho de que después de seis años de negociaciones se había podido llevar a cabo la terminación de un verdadero código jurídico para la prevención de la contaminación de los mares y de protección del medio ambiente.⁷⁹

Así, en particular el artículo 194 de dicho proyecto estipula que los Estados adoptarán toda medida necesaria para garantizar que "las actividades bajo su jurisdicción o control se realicen de tal forma que no causen perjuicios por contaminación a otros Estados ni a su medio ambiente...", y que dichas medidas deberán incluir, entre otras, las destinadas a reducir en el mayor grado posible:

c) La contaminación procedente de instalaciones y dispositivos utilizados en la exploración y explotación de los recursos naturales de los fondos marinos y su subsuelo, en particular las medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de urgencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, el funcionamiento y la dotación de tales instalaciones o dispositivos.

Por último y dentro del marco de las relaciones México-Estados Unidos, cabe hacer destacar que dentro del espíritu del nuevo derecho del mar, el gobierno mexicano celebró con el gobierno estadounidense un acuerdo de cooperación sobre la "Contaminación del Medio Marino por Derrames de Hidrocarburos y otras Substancias Nocivas", celebrado el 24 de julio de 1980 y entrando en vigor el 30 de marzo de 1981 después de haberse efectuado el canje de notas respectivo.⁸⁰

Este acuerdo por el que las partes se comprometen a desarrollar (artículo III) sistemas operativos para la detección de posibles "incidentes contaminantes" (derrame actual o potencial de hidrocarburos u otra sustancia nociva en el mar, artículo II) se aplica al "medio marino" de una o de las dos partes, definiéndose este término como "...el área del mar, incluida la costa adyacente, que se encuentra del lado de su frontera marítima establecida con la otra parte o con otros Estados y dentro de las doscientas millas náuticas medidas desde las líneas de base donde se mide su mar territorial" (artículo VII).

Independientemente del hecho de que dicho acuerdo entre los gobiernos mexicano y estadounidense no afecta los derechos y obligaciones de las partes conforme a otros tratados ni sus posiciones respecto con el derecho del mar (artículo IX), este instrumento delimita y determina técnicamente los rasgos fundamentales de una acción conjunta en materia de prevención y control de

⁷⁹ Ver *Informe presentado por el presidente de la Tercera Comisión*, embajador A. Yankov. Doc. A/CONF. 62/L.34.

⁸⁰ *Draft Convention on the Law of the Sea A/CONF.62/L.78, 28-VIII-1981.*

la contaminación en el "medio marino", y puede llegar a tener la ventaja, entre otras cosas, de proporcionar, en caso de una controversia jurídica, un criterio más preciso para la determinación, en este campo, de las obligaciones de comportamiento del Estado en el derecho internacional.

El ya Proyecto de Convención sobre el Derecho del Mar adoptado en la décima sesión de la Tercera Conferencia en agosto de 1981 ⁸¹ consagra su parte XII a las reglas sobre protección y preservación del medio marino en un total de 45 artículos repartidos en once diversas secciones.

A partir de la sección cinco de esta parte XII, relativa a las reglas internacionales y legislación nacional para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, se encuentran disposiciones que establecen reglas bastante precisas y rigurosas en relación con la materia.

En lo que respecta concretamente a la contaminación proveniente de la exploración y explotación de los fondos marinos dentro del ámbito de jurisdicción de los Estados, el Estado ribereño deberá dictar las leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino resultante directa o indirectamente de las actividades relativas a los fondos marinos en los límites de su jurisdicción nacional.

A diferencia del régimen de derecho del mar consagrado por las Convenciones de Ginebra de 1958, que en términos muy generales describía ciertas obligaciones del Estado costero en relación con la prevención de la contaminación resultante de las operaciones de exploración y explotación,⁸² el Proyecto de Convención de la Tercera Conferencia es mucho muy detallado al respecto.

Alonso GÓMEZ ROBLEDO

⁸¹ Por ejemplo la Convención sobre la Plataforma Continental de 29 abril 1958 (en vigor desde el 1 de junio de 1964), en su art. 5, parr. 7, establece: "El Estado ribereño está obligado a adoptar en las zonas de seguridad, todas las medidas adecuadas para proteger los recursos vivos del mar contra agentes nocivos".

⁸² Ver *Diario Oficial*, 18-V-1981. Este acuerdo de conformidad con su artículo XI "... estará en vigor por cinco años y continuará su vigencia después del periodo hasta que una Parte notifique a la otra, por escrito, y seis meses de anticipación, su intención de dar por terminado el Acuerdo".