

ha examinado a fondo, plantea problemas extremadamente difíciles y además ni siquiera trata de la no discriminación, como han observado algunos miembros de la Comisión. El Sr. Bennouna se suma a la recomendación inicial hecha por el Relator Especial al concluir su examen (véase párr. 52 *supra*).

70. El Sr. TOMUSCHAT comparte la opinión del Sr. Bennouna.

71. El PRESIDENTE dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión acepta la recomendación del Relator Especial de que se remitan al Comité de Redacción los proyectos de artículos 24 a 28, así como el párrafo 1 del proyecto de artículo 3 y el proyecto de artículo 4 del anexo I, sin prejuzgar el lugar que esas dos disposiciones ocuparán en definitiva en el futuro instrumento.

*Así queda acordado*

*Se levanta la sesión a las 11 50 horas para que se reúna el Comité de Redacción*

## 2168.ª SESIÓN

*Martes 5 de junio de 1990, a las 10 05 horas*

*Presidente* Sr. Jiuyong SHI  
*más tarde* Sr. Yuri G. BARSEGOV  
*más tarde* Sr. Julio BARBOZA

*Miembros presentes* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat.

### Saludo de bienvenida a un nuevo miembro

1. El PRESIDENTE dirige un caluroso saludo de bienvenida al Sr. Pellet, recientemente elegido miembro de la Comisión.

**Responsabilidad de los Estados (A/CN.4/416 y Add.1<sup>1</sup>, A/CN.4/425 y Add.1<sup>2</sup>, A/CN.4/L.443, secc. C)**

[Tema 3 del programa]

### *Segunda parte del proyecto de artículos*<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario 1988*, vol II (primera parte)

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario 1989*, vol II (primera parte)

<sup>3</sup> La primera parte del proyecto de artículos (Origen de la responsabilidad internacional), cuyos artículos 1 a 35 han sido aprobados en primera lectura, figura en *Anuario 1989*, vol II (segunda parte), págs 29 y ss

Los artículos 1 a 5 de la segunda parte del proyecto (Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional), que fueron aprobados pro-

### SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

#### NUEVOS ARTICULOS 8 A 10

2. El PRESIDENTE recuerda que el Relator Especial presentó su segundo informe sobre el tema (A/CN.4/425) en el anterior período de sesiones, pero que la Comisión no lo examinó por falta de tiempo. Invita al Relator Especial a presentarlo, junto con los nuevos artículos 8 a 10 de la segunda parte del proyecto, que dicen:

#### *Artículo 8.—Reparación por equivalencia*

1 (VARIANTE A) El Estado lesionado tiene derecho a reclamar al Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito una indemnización pecuniaria por cualquier daño no reparado mediante la restitución en especie, de la cuantía necesaria para restablecer la situación que existiría de no haberse cometido el hecho ilícito.

1 (VARIANTE B) Si la restitución en especie, efectuada conforme a lo dispuesto en el artículo 7, no alcanza a restablecer la situación que existiría de no haberse cometido el hecho internacionalmente ilícito, el Estado lesionado tiene derecho a reclamar al Estado que haya cometido el hecho ilícito una indemnización pecuniaria de la cuantía necesaria para compensar cualquier daño no reparado mediante la restitución en especie.

2. La indemnización pecuniaria a que se refiere este artículo abarcará cualquier daño económicamente valorable que de resultados del hecho ilícito se haya causado al Estado lesionado, incluido cualquier daño moral sufrido por los nacionales de ese Estado.

3. La indemnización a que se refiere este artículo comprende las ganancias dejadas de obtener de resultados del hecho internacionalmente ilícito.

4. A los efectos de este artículo se entiende por daño resultante de un hecho internacionalmente ilícito cualquier pérdida relacionada con ese hecho mediante un nexo causal ininterrumpido.

5. Cuando el daño sea debido en parte a causas distintas del hecho internacionalmente ilícito, en particular a la culpa concurrente del Estado lesionado, se reducirá la indemnización en la medida correspondiente.

#### *Artículo 9.—Intereses*

1. En el caso de que la indemnización debida por la ganancia dejada de obtener consista en los intereses de una cantidad de dinero, esos intereses se devengarán:

a) desde el primer día en que no se hayan tenido en cuenta, a efectos de la indemnización, para el cálculo de la cantidad otorgada como principal;

b) hasta el día del pago efectivo.

2. Se otorgaran intereses compuestos siempre que sean necesarios para una indemnización completa, y el tipo de interés será el más adecuado para conseguir ese resultado.

#### *Artículo 10.—Satisfacción y garantías de no repetición*

1. Cuando un hecho internacionalmente ilícito cause al Estado lesionado un daño jurídico o moral que no pueda ser reparado mediante la restitución en especie o una indemnización pecuniaria, el Estado que haya cometido el hecho ilícito estará obligado a dar al Estado lesionado una satisfacción adecuada en forma de disculpas, indemnización punitiva o nominal, castigo de los individuos responsables o seguridades o garantías contra la repetición, o de una combinación de todos esos elementos.

2. La elección de la modalidad o las modalidades de satisfacción se efectuará teniendo en cuenta la importancia de la obligación violada y la

visionalmente por la Comisión en sus periodos de sesiones 35<sup>o</sup> y 37<sup>o</sup>, figuran en *Anuario 1985*, vol II (segunda parte), pag 26 Para el texto de los restantes proyectos de artículos de la segunda parte, artículos 6 a 16, remitidos al Comité de Redacción por la Comisión en sus periodos de sesiones 36<sup>o</sup> y 37<sup>o</sup>, *ibid*, pag 21, nota 66 Para el texto de los nuevos artículos 6 y 7 de la segunda parte remitidos al Comité de Redacción en el 41<sup>o</sup> periodo de sesiones, véase *Anuario 1989*, vol II (segunda parte), pag 77, párrs 229 y 230

Los artículos 1 a 5 y el anexo de la tercera parte del proyecto (Modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional y solución de las controversias) fueron examinados por la Comisión en su 38<sup>o</sup> periodo de sesiones y remitidos al Comité de Redacción Para el texto, véase *Anuario 1986*, vol II (segunda parte), págs 37 y 38, nota 86

existencia y el grado de intención dolosa o negligencia del Estado que haya cometido el hecho ilícito.

3. La declaración de la ilicitud del hecho por un tribunal internacional competente podrá constituir de por sí una modalidad de satisfacción apropiada.

4. En ningún caso la demanda de satisfacción entrañará exigencias humillantes para el Estado que haya cometido el hecho ilícito ni la violación de la igualdad soberana o la jurisdicción interna de ese Estado.

3. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que, después de tratar de la cesación y la restitución en especie en el informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1) el segundo informe (A/CN.4/425 y Add.1) tendría que haber versado fundamentalmente sobre la reparación por equivalencia. Sin embargo, el estudio del vigente derecho de la responsabilidad de los Estados pone de manifiesto la necesidad de tener en cuenta otras dos series de consecuencias de un acto ilícito internacionalmente, funcionalmente distintas, a saber, las formas de reparación que por lo general se agrupan dentro del concepto de «satisfacción y garantías de no repetición» o dentro del solo concepto de «satisfacción».

4. El capítulo I del segundo informe trata de la relación y la distinción entre satisfacción e indemnización. La idea de que la función específica de la reparación por equivalencia es fundamentalmente reparar el daño material es ambigua y exige que se hagan importantes salvedades. Hay que reconocer que la reparación por equivalencia no suele abarcar ordinariamente el daño moral, o inmaterial, causado al Estado lesionado, pero no es cierto que abarque sólo el daño material causado a la persona de nacionales o agentes del Estado lesionado.

5. Los hechos internacionalmente ilícitos más frecuentes son los que infligen un daño a personas naturales o jurídicas relacionadas con el Estado. Este daño, que afecta al Estado directamente aunque redunde en detrimento de nacionales o agentes en su capacidad privada, no es siempre un daño material exclusivamente. A menudo es también, o hasta exclusivamente, un daño moral, y un daño moral que puede dar lugar a una demanda válida de indemnización tanto como un daño material. No obstante la considerable falta de uniformidad entre los ordenamientos jurídicos nacionales en lo que se refiere a los daños morales, la práctica y la doctrina del derecho internacional ponen de manifiesto que las pérdidas morales causadas a particulares por un hecho internacionalmente ilícito tienen que ser resarcidas como parte integrante del daño principal sufrido por el Estado lesionado.

6. Uno de los ejemplos principales a este respecto es el asunto del «Lusitania», que fue objeto de una decisión de la Comisión Mixta de Reclamaciones germano-estado-unidense en 1923 (*ibid.*, párr. 10), en la que el árbitro sostuvo que debía haber una indemnización razonable por el choque o dolor moral, de haber habido alguno, causado por la ruptura violenta de los vínculos familiares. Los tribunales arbitrales internacionales han otorgado cada vez que lo han estimado necesario una indemnización pecuniaria por los daños morales causados a particulares. En el informe (*ibid.*, párrs. 11 y 12) figuran otros ejemplos.

7. Hay que distinguir los daños morales causados a los seres humanos, que comprenden no sólo los particulares sino también los agentes del Estado en su capacidad privada, del daño sufrido por el Estado ofendido en su ho-

nor, dignidad y prestigio y que algunas veces se considera consecuencia de todo hecho ilícito, independientemente del daño material concreto. Parece evidente que el daño moral causado al Estado es un tipo distinto de daño, por tres razones: a) porque no es un daño moral en el sentido en que esa expresión se emplea en los ordenamientos jurídicos que rigen las relaciones entre particulares, sino un daño moral en el sentido específico de un daño causado a la dignidad del Estado; b) porque es una de las consecuencias de cualquier hecho internacionalmente ilícito, independientemente de que cause daños materiales, morales u otros daños inmateriales a los nacionales o agentes del Estado lesionado; c) porque dada su naturaleza distinta, no encuentra su remedio en la indemnización pecuniaria en sí misma, sino en una o varias de las formas de reparación especiales que generalmente se clasifican dentro del concepto de «satisfacción» en el sentido técnico y restringido del término.

8. Las razones expuestas encuentran un fundamento más firme en la parte del informe relativa a la satisfacción como forma de reparación distinta de la indemnización (*ibid.*, párrs. 106 y ss.). Por ahora, hay que señalar que parecen estar en contradicción con el hecho de que la reparación del daño moral causado al Estado ofendido parece a veces ser incorporada, en la práctica, en la suma otorgada a título de indemnización pecuniaria. Un ejemplo de ello es la decisión de 6 de julio de 1986 del Secretario General de las Naciones Unidas en el primer asunto del «Rainbow Warrior» (*ibid.*, párr. 134). Sin embargo, existen numerosos ejemplos en la jurisprudencia internacional y, sobre todo, en la práctica diplomática en que el perjuicio moral del Estado lesionado está manifiestamente comprendido en los tipos específicos de remedios jurídicos que se clasifican como «satisfacción». Conviene señalar que no son raros en la jurisprudencia internacional los casos de decisiones sobre daños morales causados a seres humanos en que los árbitros han calificado expresamente de «satisfacción» en vez de indemnización pecuniaria la suma concedida para resarcir tales daños; son ejemplos de ello el asunto *Janes* y el asunto *Francisco Mallén* (*ibid.*, párr. 17). La tendencia a utilizar el concepto de «satisfacción» con respecto a situaciones de esta índole también se da claramente en la doctrina.

9. No obstante, la práctica y la doctrina mencionadas no parecen contradecir, a su juicio, la distinción entre los daños morales causados a las personas, que pueden ser objeto de indemnización pecuniaria, por una parte, y los daños morales causados al Estado, que son el posible objeto del remedio específico de la satisfacción en sentido técnico, por otra parte. El término «satisfacción», tal como se utiliza en algunos de los ejemplos de la jurisprudencia y la doctrina mencionados en el párrafo 17 del informe, tiene que entenderse, bien en un sentido muy general, como sinónimo de reparación en el sentido más amplio, o bien en un sentido más próximo al significado técnico del término y en un contexto en que el daño moral causado a un individuo se identifica con el daño moral causado al Estado. Nuevamente, a su juicio, esos ejemplos de la práctica, que a primera vista parecen contradecir la autonomía del concepto de satisfacción, en realidad no lo hacen. Los daños morales causados al Estado, que son más exclusivamente típicos de las relaciones internacionales, son una cuestión de satisfacción en sentido técnico, sobre la que versa el capítulo III del informe.

10. El capítulo II del informe trata de la reparación por equivalencia como algo distinto de la satisfacción. Este concepto se rige por el conocido principio de que el resultado de la reparación en sentido lato debe ser el de «borrar», para utilizar el término empleado en el fallo sobre el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, «todas las consecuencias materiales y jurídicas del hecho ilícito» a fin de restablecer, en favor de la parte perjudicada, «la situación que... habría existido si no se hubiera cometido ese acto» (*ibid.*, párr. 21). Teniendo en cuenta que la restitución en especie se caracteriza a menudo por no ser integral, es evidentemente por medio de la indemnización o compensación pecuniaria que, llegado el caso, se puede dar aplicación efectiva al llamado principio de *Chorzów*.

11. La reparación por equivalencia se caracteriza por tres rasgos distintivos que la diferencian de las demás formas de reparación. El primero es su aptitud para compensar los daños que pueden ser evaluados desde el punto de vista económico, incluidos los daños morales. El segundo es que, si bien cierto grado de retribución está presente en cualquier forma de reparación, la reparación por equivalencia desempeña por naturaleza una función esencialmente compensatoria. El tercero es que la reparación por equivalencia tiene por objeto indemnizar todos los daños económicamente valorables causados por el hecho internacionalmente ilícito, pero sólo tales daños. La doctrina y la jurisprudencia, por ejemplo en el asunto del «*Lusitania*» (*ibid.*, párr. 24) y el asunto de la *Responsabilidad de Alemania por actos cometidos después del 31 de julio de 1914 y antes de que Portugal participara en la guerra* (*ibid.*, párr. 25), contienen indicaciones en ese sentido.

12. Las cuestiones que se plantean en relación con la reparación por equivalencia, y que deben ser resueltas en los artículos o en los comentarios relativos a los artículos, figuran en el informe (*ibid.*, párr. 22). No obstante la relativa abundancia de la jurisprudencia y la práctica de los Estados relativas a la mayoría de esas cuestiones, la doctrina se inclina a no reconocer la existencia de normas de derecho internacional general más específicas que la fórmula enunciada en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*. La falta de normas internacionales más específicas que el principio de *Chorzów* no es probablemente tan absoluta como parece creer una parte considerable de la doctrina. Incluso en la doctrina menos reciente, se descubren indicios de que la materia no carece tanto de reglamentación. Los autores citados en el párrafo 27 del informe destacan la evidente semejanza entre los pronunciamientos de los tribunales internacionales y las normas del derecho de los actos ilícitos civiles en los ordenamientos jurídicos internos, así como la tendencia natural de tribunales y comisiones internacionales de recurrir a las normas del derecho privado, especialmente del derecho romano. De modo más convincente, aplican principios jurídicos internacionales que se inspiran en principios o normas de derecho interno. En otras palabras, basándose en lo que Lauterpacht calificó de «analogías de derecho privado» del derecho internacional, por medio de la jurisprudencia y su propia práctica diplomática, los Estados han elaborado, mediante el proceso conocido con el nombre de costumbre internacional, normas que forman parte integrante del derecho internacional, por semejantes que sean a normas del derecho interno.

13. No cabe esperar que tales normas sean muy específicas. Inevitablemente, en cuestiones como la indemniza-

ción pecuniaria, todo depende de los hechos y circunstancias de cada caso, que tendrán que ser decididos por un tribunal o comisión internacional o por vía diplomática. Conviene subrayar, sin embargo, que el hecho de que las normas tengan forzosamente un carácter relativamente general y flexible no significa que constituyan meros «principios orientadores» y que no se presten a la codificación. Se trata de normas que enuncian los derechos del Estado lesionado y las correspondientes obligaciones del Estado autor del hecho ilícito. Además, en la esfera de la responsabilidad internacional más que en ninguna otra, la Comisión no tiene encomendada solamente una tarea de codificación estricta. En los casos en que el estudio de la doctrina y la práctica ponga de manifiesto cierta práctica de claridad, incertidumbre o un vacío legal en el derecho existente, no es inevitable que la Comisión decrete el *non liquet*. Se debe hacer un esfuerzo para examinar la cuestión *de lege ferenda* para comprobar si es posible eliminar la incertidumbre o llenar el vacío legal por medio del desarrollo progresivo del derecho.

14. En realidad, el Relator Especial estima que la incorporación de elementos de desarrollo progresivo al proyecto de artículos parece ser especialmente indicado por razón de la naturaleza de la materia de la responsabilidad de los Estados en general y de la indemnización o compensación pecuniaria en particular. Suele ser normalmente más difícil lograr un desarrollo progresivo en el caso de las normas primarias porque los conflictos de intereses entre los Estados son más directos. En la esfera de la responsabilidad de los Estados, en cambio, a pesar de las diferencias entre los Estados, existen mayores posibilidades de que éstos se pongan de acuerdo sobre unos principios generales de indemnización pecuniaria por el simple motivo de que cualquier Estado puede encontrarse tanto en la posición de Estado lesionado como en la de Estado autor. Puesto que es de normas secundarias de lo que se trata, la esfera de la responsabilidad de los Estados ofrece la posibilidad de ir más lejos que la codificación estricta.

15. Habiendo llegado a la conclusión de que todos los daños y sólo los daños causados por el hecho ilícito deben ser indemnizados, es preciso encaminar los esfuerzos a identificar las consecuencias que cabe considerar que han sido causadas por el hecho ilícito y son, por tanto, indemnizables. A este respecto, cabe estudiar la discutible y discutida distinción entre daño «directo» y daño «indirecto». Tanto los tratadistas como la jurisprudencia se han referido a veces a la distinción entre daño directo y daño indirecto para justificar decisiones contrarias a la concesión de daños y perjuicios basándose en que el daño había sido indirecto. En opinión del Relator Especial, lo que está en juego es la cuestión de la causalidad; lo que hay que determinar realmente no es si el daño causado por el hecho ilícito ha sido directo o indirecto, sino si existe un nexo causal ininterrumpido entre el hecho ilícito y el daño. La extensa sección del informe dedicada a las causas directas e indirectas y la causalidad (*ibid.*, párrs. 34 y ss.) puede resumirse como sigue: los daños y perjuicios que han sido causados inmediata y exclusivamente por el hecho ilícito deben indemnizarse íntegramente; *b*) deben indemnizarse íntegramente los daños y perjuicios de los que el hecho ilícito sea la causa exclusiva, aunque no estén unidos a ese hecho por una relación inmediata sino por una sucesión de acontecimientos conectados exclusivamente entre sí por una relación de causa a efecto. En el párrafo 43 del

informe se cita la manera como Bollecker-Stern expresa el problema en forma algebraica.

16. En el informe se examina la cuestión del nexo causal y las causas concomitantes (*ibid.*, párrs. 44 y ss.), incluido el comportamiento del Estado lesionado (*ibid.*, párrs. 47 y ss.), en relación con lo cual la práctica y la doctrina en este campo constituyen simplemente una aplicación de la regla de la causalidad y de los criterios por los que se rige cualquier situación de multiplicidad de causas.

17. El alcance de la reparación por equivalencia tiene que abarcar la totalidad de los daños materiales sufridos por el Estado ofendido, incluidos los daños morales causados a la persona de sus agentes o de particulares. Por consiguiente, la indemnización pecuniaria debe abarcar el daño directo causado al Estado, como el daño causado a su territorio en general, a su organización en sentido lato, sus bienes en el país y en el extranjero, sus instalaciones militares, locales diplomáticos, buques, aeronaves y naves espaciales, y también el daño indirecto causado al Estado, como el causado por medio de la persona, física o jurídica, de sus nacionales o agentes. Como explicó ya en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1), el Relator Especial no acepta la distinción entre daño directo y daño indirecto y remite a los miembros a la afirmación hecha por Paul Reuter en su segundo informe (A/CN.4/425 y Add.1, nota 110). El daño a los particulares, por supuesto, incluye el daño causado a los agentes del Estado en la medida en que tales agentes sean considerados particulares.

18. En ese contexto, puede trazarse una distinción entre daños patrimoniales y daños personales. Estos comprenden los daños físicos y morales causados a las personas como, entre otros, la detención ilegal o cualquier otra restricción de la libertad, la tortura u otras lesiones corporales, y la muerte. La jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados tratan los daños de ese tipo, en la medida en que pueden ser tasados económicamente, con arreglo a las mismas normas y principios aplicables a la compensación pecuniaria del daño material causado al Estado. No necesita referirse nuevamente a los asuntos del «Lusitania» (*ibid.*, párr. 56) y del *Estrecho de Corfú* (*ibid.*, párrs. 57 y 58), en que se planteó claramente la cuestión de la lesión corporal y muerte de personas.

19. Se entiende por «daño patrimonial» el daño que afecta al activo de una persona física o jurídica, incluido quizás el Estado, pero es externo a la persona. El daño patrimonial ha constituido siempre la esfera en que la indemnización pecuniaria encuentra su campo de aplicación más propio, y es en relación a ese daño que la jurisprudencia y la práctica diplomática han elaborado los principios, normas y criterios de aplicación de esa forma de reparación. Es principalmente en relación al daño patrimonial que la jurisprudencia y la doctrina han estimado conveniente recurrir a distinciones y categorías que son típicas del derecho privado —anglosajón o de inspiración romanista—, y adaptarlas a las características peculiares de la responsabilidad internacional.

20. Además, es en ese marco que se establece la distinción entre el daño emergente y el lucro cesante, distinción trazada en virtud de que el lucro cesante forma parte integrante de la reparación por equivalencia. Las dificultades a que ha dado lugar a veces la indemnización del lucro cesante, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, son

una explicación de por qué la cuestión ha sido tratada con cierto detenimiento en el informe (*ibid.*, párrs. 63 a 76).

21. La primera cuestión examinada es la relativa al papel de la causalidad en la determinación del lucro cesante, en relación con la cual ha sido necesario eliminar cierta confusión acerca de la distinción entre daño directo y daño indirecto porque el lucro cesante ha sido erróneamente calificado de cuestión relacionada con el daño indirecto, cuando, como señaló Bollecker-Stern (*ibid.*, párr. 65 al final), lo que se plantea es una cuestión de causalidad.

22. La segunda cuestión versa sobre el método de evaluación de las ganancias dejadas de obtener. El método abstracto más corrientemente utilizado consiste en imponer el abono de intereses por el importe de las cantidades debidas a título de compensación del daño principal, método que frecuentemente es el resultado de un pacto negociado entre las partes. Otros métodos de evaluación del lucro cesante son menos abstractos, puesto que se basan en paradigmas que parecen ser más concretos que la mera aplicación de los intereses del capital. Esos métodos se basan sobre los beneficios obtenidos por la misma persona física o jurídica que ha sido desposeída de su bien o ha sufrido el daño, o los beneficios obtenidos durante el mismo período por empresas mercantiles análogas. El método llamado «concreto» se utiliza cuando el cálculo, como dice Gray, «se basa en las circunstancias del caso considerado, en los beneficios que la empresa o el patrimonio perjudicados hubieran realizado durante ese período» (*ibid.*, párr. 70).

23. Otra cuestión examinada en relación con el epígrafe relativo al lucro cesante es la evaluación de las ganancias dejadas de obtener en caso de expropiación ilícita de un patrimonio extranjero consistente en una empresa comercial o industrial en funcionamiento. La práctica en este campo, que no es muy clara y a veces sumamente técnica, se examina en el informe (*ibid.*, párrs. 71 a 76), en que hace referencia a una serie de casos que van del asunto de la *Fábrica de Chorzów* (fondo) a algunos de los asuntos resueltos por el Tribunal Irán-Estados Unidos. No es fácil llegar a una conclusión definitiva y le complacería que la Comisión le proporcionase alguna orientación a este respecto.

24. El último aspecto relativo a la reparación por equivalencia es el de los intereses, y la primera cuestión que hay que examinar es la de si los intereses son exigibles en virtud del derecho general (*ibid.*, párrs. 77 a 81). La postura minoritaria, y negativa, ha sido rechazada por la doctrina y la práctica. La obligación de abonar intereses se considera una aplicación del principio del resarcimiento completo y del principio lógico consiguiente expuesto por Subilia, según el cual los intereses, expresión del valor en uso del dinero, no son sino un medio ofrecido al juez para determinar el perjuicio que entraña para un acreedor la indisponibilidad de su capital durante un período determinado (*ibid.* párr. 78).

25. Por lo que respecta al *dies a quo*, en la práctica judicial han surgido tres posturas: que el *dies a quo* es el día en que se produjo el daño; que es el día en que se falló definitivamente sobre la cuantía; y que es el día en que se interpuso la demanda en el ámbito nacional o internacional (*ibid.*, párrs. 82 a 84). En el informe se pasa breve revista a la práctica en este campo (*ibid.*, párrs. 85 a 87).

26. En la mayoría de los casos las decisiones suelen inclinarse a señalar el momento de la reclamación como *dies a quo* a fin de no gravar al Estado responsable con el pago de intereses por un período durante el cual desconocía la existencia de su obligación. En la mayoría de los casos considerados, sin embargo, intervinieron otras consideraciones particulares a cada caso para preferir la fecha de la reclamación (*ibid.*, párr. 89). El Relator Especial, por su parte, opina que el *dies a quo* debería ser la fecha del daño, y está de acuerdo con Brownlie cuando afirma: «A falta de disposición especial estipulada en el compromiso, el principio general parecería ser que, como consecuencia natural de los conceptos de resarcimiento y *restitutio in integrum*, el *dies a quo* es la fecha de la comisión del hecho lesivo» (*ibid.*, párr. 92).

27. En lo que concierne al *dies ad quem*, la práctica judicial es algo más uniforme, y la idea generalmente aceptada es que debe ser la fecha de la decisión o del otorgamiento definitivo de la indemnización.

28. El Relator Especial no ha llegado a ninguna conclusión firme acerca de la cuestión del tipo de interés (*ibid.*, párrs. 95 a 97). En lo que concierne a la práctica, se ha señalado que no es posible discernir las razones por las que los árbitros han adoptado un tipo determinado en vez de otro. En muchos casos, y especialmente en los asuntos fallados por las comisiones de reclamaciones, los intereses otorgados se tasan según el tipo legal vigente en el Estado demandado. En otros casos se utiliza el tipo en vigor en el Estado demandante o el tipo comercial o el vigente en el país del acreedor. A este respecto, es interesante comparar las decisiones contradictorias dictadas en el asunto «*Lord Nelson*» y en el asunto *Royal Holland Lloyd* (*ibid.*, párr. 96). Agradecería que los miembros expresaran su opinión sobre la cuestión.

29. En el informe se analizan una serie de decisiones relativas a la discutida cuestión de la alternativa interés compuesto-interés simple. Así, aunque la posibilidad de aplicar el interés compuesto se examinó en el asunto de las *Reclamaciones de los armadores noruegos* (*ibid.*, párr. 98), no se condenó al pago de tales intereses porque los demandantes no habían aducido motivos bastantes para su concesión. Sin embargo, en otros asuntos —*Compañía de Electricidad de Varsovia* (fondos) y *Ferrocarril de Zeltweg-Wolfsberg* y *Unterdrauburg-Woellan* (*ibid.*, párr. 99)— se otorgaron intereses compuestos; y, en el asunto *Fabiani* (*ibid.*, párrs. 99 y 100), los intereses compuestos no se rechazaron en principio aunque tampoco se otorgaron en realidad. En ninguno de esos casos se dio una explicación clara del principio aplicable. Por otra parte, en el asunto de las *Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos* (*ibid.*, párr. 101), el árbitro dijo que era necesaria la existencia de argumentos particularmente sólidos y de naturaleza muy especial para justificar una decisión que se apartase de la jurisprudencia negativa predominante. Asimismo, en el asunto de las *Colonias portuguesas* (Incidente de Naulilaa) (*ibid.*, párr. 102), Portugal presentó una reclamación en la que solicitaba intereses compuestos, pero el tribunal asignó intereses simples por los motivos indicados en el informe, aparentemente rechazando los intereses compuestos porque este método de cálculo habría dado lugar a una suma muy superior al lucro cesante efectivo. La conclusión provisional del Relator Especial es que se deben otorgar intereses compuestos siempre que se demuestre que son indispensables para

lograr el resarcimiento completo del daño sufrido por el Estado perjudicado.

30. El capítulo III del informe versa sobre la segunda forma de reparación —la satisfacción— y se divide en cuatro secciones relativas, respectivamente, a la doctrina, la jurisprudencia, la práctica diplomática y la naturaleza de la satisfacción y su relación con otras formas de reparación. Por lo que hace a la primera sección (*ibid.*, párrs. 106 y ss.), la mayoría de los tratadistas consideran la satisfacción como la forma de reparación o remedio específico del daño causado a la dignidad, el honor o el prestigio de un Estado, así como también, quizás, como la forma de reparación del daño causado por una violación del derecho subjetivo del Estado ofendido. Hacen especialmente hincapié en este último elemento Bluntschli y Anzilotti. Así, la satisfacción, aunque un poco subestimada a su juicio, está reconocida en la doctrina como forma de reparación autónoma distinta de la indemnización. Esto, sin embargo, no impide la combinación de la satisfacción con otras formas de reparación, ni que se incorpore en ellas. Por eso no le convence la actitud negativa respecto de la autonomía del concepto adoptada recientemente por Dominicé (*ibid.*, párr. 108). La satisfacción se define también en la doctrina por sus modalidades típicas, que se distinguen de la *restitutio in integrum* y la indemnización y a las que se hace referencia en el informe (*ibid.*, párr. 107). Una cuestión decisiva es la de si la satisfacción tiene carácter punitivo o retributivo, o si, por el contrario, es de carácter compensatorio. Aunque muchos tratadistas consideran que la satisfacción es puramente reparatoria, otros reconocen su naturaleza retributiva. Relacionada con esta última idea está la de que la satisfacción debe ser proporcional a la gravedad de la infracción y al grado de culpa del Estado responsable. Otra cuestión que se plantea es la de si el Estado lesionado tiene la posibilidad de elegir la modalidad de la satisfacción, lo que a su vez plantea la cuestión de las limitaciones a que debería estar sujeta tal elección para impedir los abusos. Varios autores señalan que la práctica, especialmente antes de la primera guerra mundial y también, en algunos casos, en el período entre las dos guerras mundiales, muestra que los Estados poderosos tienden a formular demandas incompatibles con la dignidad del Estado autor del hecho lesivo o con el principio de igualdad.

31. Aunque no se ha referido en el informe a todo el conjunto de la práctica diplomática, la conclusión a que llega es que tanto la jurisprudencia como la práctica diplomática aportan abundantes pruebas de la existencia de diversas modalidades de satisfacción como forma de reparación en derecho internacional. Confirman, en particular, la posición de la doctrina predominante según la cual el remedio jurídico del daño moral, político o jurídico sufrido por el Estado lesionado es la satisfacción, es decir, una forma de reparación de naturaleza retributiva, distinta de las formas compensatorias de la reparación como la restitución y la indemnización o compensación pecuniaria. A este respecto, si bien el laudo dictado en el primer asunto del «*Rainbow Warrior*» (*ibid.*, párr. 134) se ha interpretado en el sentido de que incluye un elemento de satisfacción, el laudo más reciente, dictado en el segundo asunto del «*Rainbow Warrior*»<sup>4</sup>, se caracteriza por dos nuevos

<sup>4</sup> Decisión de 30 de abril de 1990 del Tribunal Arbitral Francia-Nueva Zelanda, *International Law Reports*, Cambridge, vol. 82, 1990, págs. 500 y ss.

rasgos: reconocimiento por el tribunal de la falta de conformidad del comportamiento del Estado demandado con el acuerdo que siguió a la decisión de 1986 del Secretario General de las Naciones Unidas concerniente al confinamiento de dos personas en una isla del Pacífico; y una recomendación de que los dos Estados dedicaran una suma bastante considerable al fomento de las relaciones de amistad entre sus respectivos pueblos.

32. La naturaleza punitiva o retributiva de la satisfacción no está en contradicción con la igualdad soberana de los Estados implicados. En una etapa posterior, por supuesto, se puede plantear la posibilidad de infligir al Estado autor del hecho lesivo una sanción por medio del comportamiento directo del Estado lesionado, por ejemplo, en forma de represalias. Esta sería la fase en que, habiéndose formulado sin éxito demandas de reparación o satisfacción, o de ambas cosas, la situación pasa de las consecuencias sustantivas o inmediatas del hecho ilícito a las consecuencias representadas por la reacción del Estado lesionado ante el incumplimiento por el autor del hecho lesivo de su obligación, calificada de «secundaria», de reparar. Antes de esa fase más crítica, la satisfacción no implica ninguna medida directa de este género. Aunque la demanda de satisfacción procederá normalmente del Estado lesionado —a menos que la haya precedido oportunamente la propia iniciativa del Estado autor—, la satisfacción que haya de prestarse consistirá en medidas adoptadas por el autor mismo. No hay que temer, pues, que la satisfacción lleve aparejada la idea de una sanción aplicada por un Estado contra otro y constituya así una grave vulneración de la igualdad soberana del Estado autor del hecho lesivo. No se trata tanto de una sanción infligida al Estado autor como de una sanción «autoinfligida» destinada a contrarrestar, mediante actos del propio autor, el daño moral, político o jurídico sufrido por el Estado ofendido. A este respecto, el Relator Especial remite a los miembros de la Comisión a la afirmación de Morelli citada en el informe (*ibid.*, párr. 144 al final).

33. Las garantías de no repetición, aunque se tratan separadamente en el capítulo IV del informe, constituyen una forma especial de satisfacción. Hay varios grados hasta los que llegarían los Estados a este respecto, pero parece que existen tres posibilidades. En una serie de casos, la petición de garantía reviste la forma de una demanda de que el Estado autor del hecho lesivo dé formalmente seguridades de que en el futuro respetará determinados derechos del Estado ofendido o de que reconozca la existencia de una situación determinada a favor de ese Estado. En otros casos, el Estado lesionado pide al Estado autor del hecho lesivo que dé determinadas instrucciones a sus agentes. En un tercer grupo de casos, el Estado lesionado pide al Estado autor del hecho lesivo que observe determinado comportamiento considerado apto para impedir la creación de las condiciones que favorecieron la realización del hecho ilícito. En varios supuestos, la petición de garantías llega hasta incluir la aprobación o derogación por el Estado autor del hecho lesivo de disposiciones legislativas concretas. En su opinión, ese estudio sumamente útil de la práctica pone de manifiesto que esa forma de reparación constituye parte integrante de las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito.

34. En cuanto al capítulo V del informe, sobre las formas y grados de la reparación y el efecto de la culpa, el Relator

Especial dice que, sea cual sea la posición que adopte la Comisión respecto de la cuestión de la culpa, habrá sin duda que mencionarla expresa o implícitamente en relación con la regulación de las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos. Una cosa es pensar que un hecho ilícito puede existir mediando o no culpa y otra muy distinta considerar que la culpa es algo sin pertinencia tanto desde el punto de vista de las consecuencias de fondo del hecho —es decir, de la indemnización y satisfacción— como desde el punto de vista de las medidas, contramedidas, represalias o sanciones que hayan de adoptarse con respecto al Estado autor del hecho lesivo, que constituirán la materia del tercer informe. Sea cual sea la postura que adopte la Comisión sobre el primero de esos dos aspectos, tendrá que reconocer que la culpa desempeña un papel importante con respecto a las consecuencias sustantivas o de fondo y adjetivas o de forma de los hechos internacionalmente ilícitos. Ese reconocimiento es especialmente importante si se tiene en cuenta que la Comisión tiene que ocuparse no sólo de los delitos sino también de los crímenes.

35. El Relator Especial señala que la doctrina es algo escasa en relación con esta cuestión y cita las opiniones de Oppenheim (*ibid.*, párr. 181) y Ago (*ibid.*, párr. 182). Desde el punto de vista de la práctica, hay que trazar una distinción de método entre las formas de reparación como la *restitutio in integrum* o la indemnización pecuniaria, por una parte, y la satisfacción en un sentido distinto pero amplio, que incluye las diversas formas de desagravio, llamadas indemnización de daños y perjuicios de carácter punitivo, garantías de no repetición, etc., por otra. Por lo que respecta al efecto de la culpa en la indemnización pecuniaria, el Relator Especial señala a la atención de la Comisión la sección C.1 del capítulo V (*ibid.*, párrs. 183 y ss.). Pero es, por supuesto, en relación con la satisfacción, una forma de reparación a menudo subestimada o descuidada, que se deja sentir más claramente el efecto de la culpa (secc. C.2) (*ibid.*, párrs. 187 y ss.). La culpa ha desempeñado una función importante con respecto a la introducción de la satisfacción en lugar, o como importante complemento, de la compensación o indemnización pecuniaria en todos los casos que ha estudiado y, en muchos de ellos, también ha desempeñado un papel importante en relación con la calidad y el número de las modalidades de satisfacción reclamadas y, en muchos casos, obtenidas. A este respecto, menciona nuevamente la decisión de 1986 del Secretario General de las Naciones Unidas en el primer asunto del «*Rainbow Warrior*» (*ibid.*, párr. 134).

36. Aunque haga hincapié en las distinciones entre las diversas formas de reparación, es suficientemente realista y tiene suficiente conciencia de las realidades de la vida internacional y la aplicación del derecho para saber que las distintas formas de reparación no operan por fuerza autónomamente. La distinción es fundamentalmente una distinción de grado, en que es muy probable que se dé cierto elemento de culpa. Por ejemplo, en el incidente *Panay* de 1937 entre el Japón y los Estados Unidos de América (*ibid.*, párrs. 126 y 189), así como en un asunto posterior a 1945 entre la URSS y los Estados Unidos, la satisfacción prestada por el Estado autor del hecho lesivo no podía interpretarse de ningún modo como la acción de un Estado débil que cedía ante la arrogancia de una gran Potencia. Al analizar los centenares de casos de satisfacción que se habían producido en las relaciones diplomá-

ticas directas, el Relator Especial no ha intentado determinar lo que esos casos significan desde el punto de vista de la existencia o inexistencia de culpa o de su grado. La Comisión, a su juicio, debería estudiar esa cuestión antes de descartar la noción de la función desempeñada por la culpa en materia de satisfacción.

37. Con referencia a los proyectos de artículos presentados en el segundo informe, el orador señala a la atención las variantes A y B propuestas para el párrafo 1 del artículo 8 (Reparación por equivalencia). El párrafo 2 introduce el concepto de daño económicamente valorable, y el párrafo 3 se refiere a las ganancias dejadas de obtener de resultas del hecho internacionalmente ilícito. En el párrafo 4, que trata también de la causación, no se distingue entre daño directo y daño indirecto. El párrafo 5 versa sobre las causas distintas del hecho internacionalmente ilícito, e incluye la posibilidad de la culpa concurrente del Estado lesionado. En cuanto al proyecto de artículo 9 (Intereses), el orador recuerda las dudas que expresó sobre las cuestiones del tipo de interés y de los intereses simples frente a los compuestos. Por último, el proyecto de artículo 10 (Satisfacción y garantías de no repetición), trata de prever el remedio de la satisfacción, pero admitiendo que el Estado lesionado no debe demandar exigencias humillantes del Estado que cometió el hecho ilícito.

*El Sr. Barsegov, segundo Vicepresidente, ocupa la Presidencia.*

38. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que, dado el limitado número de sesiones asignado al tema, se pregunta si no convendría dividir el debate en dos partes separadas: la reparación y la satisfacción.

39. Tras un breve debate en el que participan el Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial), el PRESIDENTE y el Sr. ILLUECA, el Sr. CALERO RODRIGUES retira su sugerencia.

40. El Sr. BENNOUNA, señalando que el capítulo V del segundo informe (A/CN.4/425 y Add.1) no parece guardar ninguna relación directa con el proyecto de artículos presentado, pregunta si la cuestión de la culpa ha de examinarse en el presente período de sesiones o en una fase ulterior.

41. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que el concepto de culpa está implícito en el texto del proyecto de artículo 10, y de forma más particular en el párrafo 2. El tema no había sido tratado por los anteriores relatores especiales y considera que introducirlo en el contexto de su segundo informe era tanto justificado como oportuno.

*El Sr. Barboza, primer Vicepresidente, ocupa la Presidencia.*

42. El Sr. GRAEFRATH felicita al Relator Especial por su segundo informe (A/CN.4/425 y Add.1) abundante y bien documentado. Resistiendo a la tentación de seguir al Relator Especial dentro del inveterado debate de las tesis teóricas de principio y de las dudosas decisiones de tribunales arbitrales, se limitará a algunas breves observaciones sobre cuestiones que guardan relación directa con el texto de los proyectos de artículos presentados.

43. Como declaró la CPJI en 1927, es «un principio de derecho internacional que el incumplimiento de un compromiso genera la obligación de dar reparación en la de-

bida forma»<sup>5</sup>. El proyecto de artículo 7, presentado por el Relator Especial en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1), y los proyectos de artículos 8 y 10 tratan de diferentes formas de la reparación. Hay cierta interdependencia entre esas formas, y es necesario cierto grado de conformidad para que la reparación elimine todas las consecuencias del acto ilícito. También es necesaria la conformidad a fin de asegurar que la indemnización pueda reclamarse solamente por «el otorgamiento, de ser necesario, de la indemnización por las pérdidas sufridas que no sean reparadas mediante la restitución en especie o el pago en lugar de ella»<sup>6</sup>. Sobre esto hay común acuerdo desde la famosa decisión de la CPJI en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*. El problema que plantean los proyectos de artículos 7 y 8 es que la relación entre la restitución y la indemnización pecuniaria no se expresa claramente. El artículo 7 no define el contenido de la restitución, y por tanto es difícil determinar el alcance de la indemnización pecuniaria en el artículo 8. Esta parece ser la razón por la que el Relator Especial presente dos variantes para el párrafo 1 del artículo 8. Sin embargo, no está claro si esas dos variantes se basan en conceptos diferentes de la restitución en especie.

44. Ambas variantes son un tanto ambiguas, tal vez porque en la variante A el Relator Especial trata de expresar implícitamente, y en la variante B indica explícitamente, una definición de la restitución en especie que no se basa en el restablecimiento de la situación que existía antes del acto, sino en el establecimiento de una situación teórica o hipotética que existía de no haberse cometido el hecho ilícito. Ahora bien, esa noción queda oscurecida por las palabras utilizadas en la variante A, que habla simplemente de «cualquier daño no reparado mediante la restitución», sin dar explicación alguna del significado de la frase. En la variante B la confusión aumenta por el uso de la palabra «restablecer» relativa a una situación que nunca ha existido anteriormente. Si se utiliza una definición tan amplia de restitución en especie, la restitución en especie necesariamente abarcará todo el alcance de la demanda de reparación y siempre incluirá cierta cantidad de indemnización pecuniaria, que es el método habitual para el pago de las ganancias dejadas de obtener. No obstante el orador teme que el uso de los términos en el artículo 8 sólo cause confusión, especialmente si el artículo 8 no puede basarse en el artículo 7, ya que no aporta ninguna definición de lo que se entiende por la expresión «restitución en especie».

45. Por estas razones, no puede avalar la variante A ni la variante B y preferiría un texto que dejara en claro que, dentro de la demanda de reparación, pueda pedirse una indemnización pecuniaria en la medida en que no se haya reparado o no pueda repararse el daño mediante la restitución. Esto comprendería dos aspectos, a saber: la petición de indemnización pecuniaria en lugar de la restitución, y el pago de indemnización por las pérdidas sufridas no cubiertas por la restitución en especie. Tal disposición presupondría que la restitución en especie significa el restablecimiento o la restauración de la situación que existía con anterioridad al hecho ilícito. A su juicio, eso era lo entendido por la Comisión cuando decidió en sus períodos

<sup>5</sup> *Fábrica de Chorzów, Jurisdicción*, fallo N.º 8, de 26 de julio de 1927, C.P.J.I., Serie A, N.º 9, pág. 21.

<sup>6</sup> *Fábrica de Chorzów, Fondo*, fallo N.º 13, de 13 de septiembre de 1928, C.P.J.I., Serie A, N.º 17, pág. 47.

de sesiones 36.<sup>a</sup> y 37.<sup>a</sup> remitir los anteriores proyectos de artículos 6 y 7 del Relator Especial al Comité de Redacción<sup>7</sup>. Una diferenciación de ese tipo entre la restitución y la demanda más amplia de reparación estaría también en consonancia con la estructura y el planteamiento adoptados en la primera parte del proyecto, que está basada en el incumplimiento de una obligación internacional más que en el daño causado. A su juicio, también está más en consonancia con la práctica moderna de los Estados, como se desprende de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos de 1988 y del artículo XII del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972.

46. Esa interpretación tendría también en cuenta que puede haber cierto número de Estados lesionados. Si se incumple una obligación *erga omnes*, y si todos los Estados partes en la relación jurídica de que se trate se consideran Estados lesionados, de ello se seguiría que todos esos Estados podrían demandar que cese el hecho ilícito y la restitución, en particular la restitución jurídica. Pero la reparación por equivalencia del daño que no quede ya reparado por la restitución sólo podría reclamarla un Estado que hubiera realmente sufrido las consecuencias de ese daño. Por tanto, en estos casos es insuficiente una referencia general al Estado lesionado. Habría que indicar claramente que el Estado lesionado tiene derecho solamente a demandar la indemnización no cubierta por la restitución respecto del daño que él haya sufrido, directamente o a través de sus nacionales. A su modo de ver, hasta ahora eso no se ha indicado explícitamente en el proyecto.

*El Sr. Shi vuelve a ocupar la Presidencia.*

47. También en lo relativo a la protección del medio ambiente, es evidente que hay muchos casos en que puede haber varios Estados lesionados que tienen derecho a reclamar que cese el hecho ilícito y a demandar una restitución. Sin embargo, con mucha frecuencia sólo uno o dos Estados pueden de hecho haber sufrido daños no cubiertos por la restitución y, por tanto, tener derecho a pedir una indemnización, que no está justificada en el caso de los demás Estados lesionados. Cierta paralelismo existe entre una situación de este tipo y la prevista en el párrafo 2 b del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969.

48. Hay que dejar en claro si el proyecto de artículo 8 pretende incluir la indemnización pecuniaria por todo daño causado, incluida la indemnización en lugar de restitución, o sólo aquel daño que no esté ya reparado mediante el restablecimiento de la situación existente antes de la transgresión. La distinción entre esos dos elementos diferentes es una cuestión básica, no sólo en términos de la cuantía de la indemnización sino también del concepto de hecho ilícito y de Estado lesionado con derecho a demandar indemnización. No cree que todos los Estados lesionados que tengan derecho a reclamar que cese el hecho ilícito y a demandar la restitución tengan también derecho a una indemnización pecuniaria.

49. El conjunto del proyecto se basa en el supuesto de que es el incumplimiento de una obligación internacional, no el daño causado lo que comporta la responsabilidad del Estado y determina su contenido. El daño no se enumera

<sup>7</sup> Véase nota 3 *supra*.

en el artículo 3 de la primera parte como elemento constituyente del acto internacionalmente ilícito que entraña la responsabilidad del Estado. Sin embargo, el daño no reparado mediante la restitución es una condición indispensable para que un Estado lesionado pueda reclamar una indemnización. Basta con que un Estado lesionado demuestre que sus derechos han sido violados por el incumplimiento de la obligación para exigir que cese el hecho ilícito o que se restablezca la situación que existía antes del hecho. Sin embargo, a fin de reclamar la indemnización por el daño no reparado por la restitución, también ha de probarse la existencia de ese daño adicional y el nexo causal con el hecho ilícito. Con respecto a la demanda de indemnización por el daño no reparado por la restitución, la existencia real del daño puede ciertamente considerarse un elemento constitutivo de la reclamación. A ese respecto, podría facilitarse la labor de la Comisión, si el Comité de Redacción volviera al método utilizado en informes anteriores, evitando la terminología latina, que no es común a todos los sistemas jurídicos y permite interpretaciones sumamente diferentes.

50. Los párrafos 2, 3 y 4 del proyecto de artículo 8 plantean muchos problemas complejos, principalmente porque no entran demasiado en los detalles de la evaluación del daño o dan por sentado esos detalles sin definir claramente qué tipos de daños están incluidos en la demanda de indemnización y cuáles son los criterios jurídicos para su evaluación. Si la Comisión no quiere limitarse a afirmar los principios de restitución y de reparación por equivalencia, tendría que ser mucho más precisa de lo que se propone en esos párrafos. Por ejemplo ¿qué significa la expresión «daño económicamente valorable»? (párr. 2). La respuesta depende en gran medida del criterio teórico adoptado y necesariamente surgen interpretaciones contrapuestas. Esa expresión no se explica en el informe ni se explicita en el propio artículo. No se indica si se excluye el daño moral del propio Estado o si comprende el costo de las medidas preventivas o de las pérdidas económicas sufridas de hecho como consecuencia directa de esas medidas. Evidentemente la expresión no se refiere solamente a las pérdidas económicas cuantificables. ¿Pero basta con que una pérdida sea económicamente cuantificable para que pueda considerarse daño económicamente valorable? ¿O la pérdida tiene que haberse sufrido realmente? Esas preguntas que tienen particular importancia en el derecho del medio ambiente no es probable que se reflejen en las decisiones de los tribunales arbitrales del siglo XIX.

51. No está convencido de que un proyecto de convención general sobre la responsabilidad de los Estados tenga que entrar en tantos detalles, pero si lo hace, debería al menos alcanzar el nivel ya logrado por convenciones concretas. A ese respecto, menciona, a título de ejemplo, el Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, de 1971. Naturalmente, ese Convenio representa un planteamiento sumamente reducido, ya que se limita a los accidentes. Además, se presentan otras cuestiones en el caso de los daños causados por actividades permanentes. La cuestión de qué puede o debe entenderse por la expresión «daño económicamente valorable» plantea múltiples cuestiones complejas, muchas de ellas de carácter específicamente moderno, que el segundo informe y los proyectos de artículos no aclaran. Es cierto que generalmente se considera que el daño ma-

terial sufrido por los nacionales del Estado lesionado está protegido por el derecho a la reparación, pero puede resultar difícil, si no imposible, encontrar criterios aceptados generalmente para la evaluación económica del daño de ese tipo.

52. La afirmación en el informe (A/CN.4/425 y Add.1, párr. 59) de que los tribunales han podido cuantificar la indemnización sobre la base de la evaluación económica del daño realmente causado a la víctima parece un tanto exagerada. Autores muy respetados han afirmado que las evaluaciones del daño no material efectuadas por los tribunales arbitrales forman un mosaico de decisiones aparentemente arbitrarias. Desgraciadamente, el informe no señala a la atención los problemas que rodean a las decisiones de esos tribunales y que, por consiguiente, ponen en duda el valor de muchos de los ejemplos citados. Lo que era cierto en el siglo XIX sigue siéndolo hoy. Por ejemplo, los Estados Unidos de América han estado dispuestos a pagar 75.000 dólares por cada víctima del avión iraní derribado por un buque de la marina de los Estados Unidos en 1988, pero, por su parte, reclamaron 800.000 dólares por víctima cuando otro buque de la marina de los Estados Unidos fue alcanzado por misiles disparados desde un avión iraquí en 1987. Tampoco hay congruencia alguna en la indemnización concedida por los tribunales arbitrales por detención o encarcelamiento ilícitos, por agravios e insultos o por muerte. La indemnización por detención ilícita oscila entre 8 dólares por día, 2.000 dólares por una hora y media, y 25.000 dólares por cuatro horas de detención. Otro caso pertinente es el desastre de Bhopal, en el que la cuantía de la indemnización disponible para las víctimas de los Estados Unidos puede ser diez veces mayor que para las de la India. Por tanto, la expresión «económicamente valorable» está desprovista de contenido específico, y es demasiado optimista creer, como lo hace el Relator Especial (*ibid.* párr. 29) que pueden encontrarse soluciones relativamente uniformes y que puede suponerse que existen las normas o principios correspondientes. Naturalmente, eso no impedirá que la Comisión establezca tales normas, si considera posible, necesario y prudente hacerlo; por su parte, no es partidario de esa línea de acción. A falta de una definición basada en criterios jurídicos de la expresión «económicamente valorable», la Comisión debería abstenerse de adoptar el párrafo 2 del proyecto de artículo 8, o al menos debería separar el daño moral para los nacionales del Estado lesionado del daño económicamente valorable causado al Estado. La palabra «incluido» en el párrafo 2 no parece particularmente útil.

53. En el párrafo 3, la fórmula «las ganancias dejadas de obtener de resultados del hecho internacionalmente ilícito», es demasiado amplia y está formulada en términos vagos. Abarcaría todas las ganancias posibles sin calificación alguna, en tanto hay que procurar cubrir solamente las ganancias dejadas de obtener que puedan definirse claramente y que sean más que una mera posibilidad o esperanza, o también que sean ganancias especulativas. En relación con el daño causado por la contaminación, se ha sostenido frecuentemente que las ganancias dejadas de obtener tienen que ser resultado directo de la contaminación o al menos que la pérdida haya sido previsible. No comprende por qué el Relator Especial no ha introducido en el texto del proyecto de artículo 8 ninguna de las precisiones examinadas en el informe (*ibid.*, párrs. 65 a 76).

54. En cuanto a los métodos de evaluación, la mayoría de los métodos examinados se ha tomado de casos de nacionalización y no aporta una medición clara. Naturalmente, hay diferencias según que la medida de la indemnización sea el valor neto o el activo menos el pasivo o si el valor de una compañía se mide como el valor de una empresa en funcionamiento. Si se aplica el método de la empresa en funcionamiento, como en el asunto del *American International Group Inc. c. Iran* (1983) hay una diferencia de 20 millones de dólares entre la demanda y la indemnización concedida. Un autor ha señalado recientemente que pese al gran número de demandas examinadas por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, o más bien a causa de ello, ese tribunal sólo ha aportado una pequeña contribución a la cuestión de los remedios en derecho internacional. Tal vez debería darse menos importancia a esos procedimientos y prestarse más atención a las disposiciones de los tratados sobre el transporte internacional y la contaminación. En cualquier caso, no han de indemnizarse todas las ganancias dejadas de obtener, sino solamente aquellas ganancias que en el orden «normal y previsible» de las cosas «se habrían obtenido con toda probabilidad» de no haberse cometido el hecho ilícito (*ibid.*, párr. 65 al final).

55. Resulta difícil aceptar la fórmula «nexo causal ininterrumpido» que figura en el párrafo 4. ¿Cuándo existe un nexo causal ininterrumpido y en qué circunstancias? También se plantea la cuestión de si es importante la longitud de la cadena causal. El texto es aún más amplio que el expresado en el concepto elaborado por el Relator Especial en el informe (*ibid.*, párrs. 37 a 42). Habría sido más razonable utilizar la fórmula «que existe la relación de causalidad siempre que se da el requisito objetivo de “normalidad” o el requisito subjetivo de “previsibilidad”» (*ibid.*, párr. 37).

56. En los casos de delitos internacionales, el interés general es limitar el ámbito de las consecuencias que estarán cubiertas por la indemnización. A fin de evitar que el nexo causal crezca hasta el infinito, las decisiones judiciales y la doctrina hablan habitualmente de «causa próxima», «causalidad suficiente» o «curso ordinario de los acontecimientos», o dicen que «la causa no debe ser demasiado remota o hipotética» y que debe haber «una relación causal suficientemente directa». También se utiliza el término «previsibilidad» para describir una relación causal que se considera normal. Este es el significado de *próxima causa*, una expresión bien establecida que es más precisa y aceptable que la referencia a un nexo causal ininterrumpido, «por largo que sea» (*ibid.*, párr. 43). La cuestión es si, del curso de los acontecimientos, el tribunal obtiene pruebas claras y convincentes, para utilizar los términos empleados en el asunto de la *Fundición de Trail (Trail Smelter)*. A su juicio, va contra la práctica de todos los sistemas de derecho civil y penal remitirse sin limitación alguna a una cadena ininterrumpida de acontecimientos, por larga que sea. Todos los sistemas jurídicos y también muchas decisiones arbitrales se refieren a la «causa próxima» para obtener resultados adecuados y no reducen esa expresión a la proximidad en el tiempo ni a la serie de acontecimientos que forman una cadena causal.

57. Con respecto al párrafo 5, abriga dudas de si es la indemnización, o más bien el derecho a la indemnización, lo que se reduce en el caso del acto concurrente, y no sólo de la negligencia, realizado por el Estado lesionado.

58. Una disposición especial sobre los intereses, como la contenida en el proyecto de artículo 9, puede ser útil, pero duda de la conveniencia o utilidad del párrafo 2, sobre los intereses compuestos. La norma enunciada en el párrafo no está apoyada por la práctica internacional y, además, puede muy bien aumentar la dificultad de resolver las demandas de reparación.

59. La estructura del proyecto de artículo 10 difiere de la de los proyectos de artículos 7 y 8 ya que en vez de destacar que el Estado lesionado tiene derecho a una reclamación dice que el Estado que haya cometido el hecho ilícito estará obligado a dar al Estado lesionado una satisfacción adecuada. Ese planteamiento parece intentar introducir el concepto de culpa. Indudablemente hay cierta relación entre la medida en que un hecho ilícito internacionalmente causa el daño y la satisfacción que un Estado está obligado a dar. Ahora bien, esa proporción no puede reducirse a la culpa. Las formas de satisfacción, como la reparación en general, corresponden a los datos concretos del hecho ilícito. Por tanto, el párrafo 2 del artículo 10 es demasiado limitado, ya que tiene solamente en cuenta la intención dolosa y la negligencia. Por ejemplo, la demanda de reparación en el caso de un ataque terrorista contra una embajada siempre contendrá un elemento de satisfacción. Mucho dependerá de que el Estado que recibe haya adoptado las medidas habituales de protección. Medidas muy diferentes serán necesarias si los ataques fueron preparados o ejecutados por ciertas organizaciones, como sucedió hace algunos años con los ataques contra los cónsules yugoslavos en la República Federal de Alemania. En esos casos, aparte de las disculpas y del castigo de las personas responsables, podría pedirse que se adoptaran medidas contra las organizaciones implicadas. Sin embargo, el principal elemento de la satisfacción es prevenir que continúe o se repita la conducta ilícita.

60. En contra de ese planteamiento, todo el concepto de satisfacción utilizado por el Relator Especial se basa en el supuesto de que tiene una función punitiva. El Relator Especial incluso admite la indemnización punitiva como forma de satisfacción cuando esa idea ya no tiene apoyo en la práctica internacional. Los ejemplos citados en el informe están tomados sobre todo de la actividad diplomática y es dudoso si reflejan una norma jurídica o simplemente la práctica diplomática. Personalmente tiende a poner la satisfacción en relación no sólo con el daño moral o político; a su juicio comprende también todas las medidas adoptadas por el Estado autor para reconocer que cierta conducta es ilícita, para afirmar la existencia de la obligación afectada y para impedir que continúe o se repita el acto ilícito. Por tanto, la satisfacción tiene un lugar en el hecho internacional moderno y constituye una parte esencial del derecho a reparación. En cambio, se opone enérgicamente a que cualquier elemento punitivo se introduzca en la noción de satisfacción. Como explicó el árbitro Edwin B. Parker en el asunto «*Lusitania*», «entre naciones soberanas, la cuestión del derecho y la potestad de imponer penas... es de naturaleza más política que jurídica» (*ibid.*, párr. 114). En cuanto a la satisfacción, se trata del restablecimiento del derecho y de garantizar que la obligación se observará en el futuro. Si la satisfacción se entiende de ese modo y no se recuerda la forma en que se ha utilizado y abusado de ella en el siglo XIX, la satisfacción parecería ser más una forma no pecuniaria de reparación que una forma de reparación por daños no mate-

riales. Si se consideran los casos relativos al medio ambiente, las medidas contra la repetición y las garantías de evitar daños futuros ocupan un lugar destacado y están íntimamente relacionados con el daño material causado. Por tanto, la satisfacción no puede limitarse al daño moral. Las garantías de no repetición determinan en gran parte las formas concretas de satisfacción.

61. Con respecto a las formas de satisfacción, debería pensarse en adoptar algunos términos más generales que abarcaran las distintas medidas que pueden ser necesarias, o que se utilizan, para restablecer el derecho y las garantías de no repetición. Esto comprendería algo más que las disculpas, el castigo de las personas responsables o las seguridades; podría comprender el reconocimiento de la transgresión por el Estado autor del hecho así como una declaración o decisión de un órgano internacional competente, medidas administrativas o legislativas, etc.

62. En consecuencia, debería reformularse el proyecto de artículo 10 a fin de ponerlo en consonancia con la estructura de los proyectos de artículos 7 y 8. En el párrafo 1 debería suprimirse la mención de la indemnización punitiva y podrían utilizarse términos generales para indicar la finalidad de la satisfacción. El párrafo 2 debería suprimirse o remodelarse. El párrafo 3 debería ampliarse e incluirse en el párrafo 1, ya que describe solamente una forma posible de satisfacción. El párrafo 4, aunque tal vez sea superfluo, podría no obstante ser conveniente debido a las prácticas humillantes utilizadas en el pasado en relación con la satisfacción. Sin embargo, una protección mucho mejor contra esas prácticas sería rechazar sin ambigüedades el concepto de función punitiva. No conoce ningún caso en que un Estado pequeño haya formulado peticiones o exigencias humillantes como satisfacción frente a un Estado fuerte. La función punitiva es un aspecto unilateral de la política de poder y contradice abiertamente la prohibición del castigo colectivo.

63. Durante el debate por la Comisión del tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, se formularon objeciones serias a la cita de opiniones o casos antiguos que ya no corresponden al estado actual de derecho internacional. Teniendo eso presente, insta a que la documentación de la Comisión no mencione, como presunta prueba de normas existentes de derecho internacional moderno, ejemplos tales como las demandas presentadas en relación con el asunto de los *Boxers* contra China o el asunto de *Tellini* contra Grecia, a los que el Relator Especial se refiere en los párrafos 124, 158 c y 159 de su informe.

64. El Sr. ILLUECA dice que en los proyectos de artículos 8 y 10 se alude a la restitución en especie, ya tratada en el proyecto de artículo 7 presentado por el Relator Especial en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1) y se expone el alcance de la indemnización y de la satisfacción, que son modalidades de la reparación del daño causado al Estado lesionado. Así pues, los textos propuestos por el Relator Especial toman en cuenta los principios básicos que regulan la reparación, tal como fueron establecidos por la CPJI en 1927, en el asunto de la *Fábrica de Chorzów* (Jurisdicción):

[ ] Es un principio de derecho internacional que la violación de un convenio implica la obligación de hacer una reparación en forma adecuada. La reparación es, por tanto, el complemento indispensable de la falta en

aplicar una convención y no hay necesidad de que ello este dicho en la misma convención [ ]<sup>8</sup>

65. En 1928, en el mismo asunto, ocupándose del fondo, la CPJI declaró que

la reparación debe, hasta donde sea posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad hubiera existido si no se hubiera cometido el acto. La restitución en especie, o, de no ser esta posible, el pago de una cantidad correspondiente al valor que tendría la restitución en especie, y la concesión, en caso de ser necesario, de una indemnización por daños por la pérdida —si esta no resulta cubierta por la restitución en especie o por el pago en lugar de ella—, esos son los principios que deben servir para determinar el monto de la indemnización debida por un acto contrario al derecho internacional<sup>9</sup>

Este pronunciamiento otorga relación a la restitución en especie como el medio normal y lógico de reparación del daño; y sólo cuando la restitución en especie no es posible, se opta por el pago de una indemnización. En los casos en que se llegue a un acuerdo o compromiso de arbitraje, sin embargo, el tribunal arbitral estará en capacidad de apreciar las dificultades prácticas o la falta de viabilidad de la restitución en especie y podrá recurrir a las avenidas de reparación abiertas por los artículos 8 y 10, a saber: la reparación por equivalencia, la satisfacción y las garantías de no repetición, ejerciendo la misma discreción que se otorga a los magistrados de la CIJ en el párrafo 2 d del artículo 36 de su Estatuto, para decidir sobre la «naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional». El Relator Especial ha sido muy certero, sin duda, al establecer la distinción funcional que existe entre la satisfacción, por una parte, y la restitución y la indemnización pecuniaria, por la otra. Como señala el Relator Especial en su segundo informe (A/CN.4/425 y Add.1, párr. 137) tanto en la jurisprudencia como en la práctica diplomática, la satisfacción va acompañada muchas veces de una indemnización pecuniaria.

66. En lo que respecta a la fórmula «daño jurídico o moral», utilizada en el párrafo 1 del proyecto de artículo 10, el orador personalmente no hablará de daño «jurídico», que es una expresión inadecuada. En cuanto al daño moral, en el párrafo 1 se prevé la «indemnización punitiva o nominal», y pareciera producirse aquí una contradicción ya que no se puede desconocer el carácter pecuniario de la indemnización punitiva, sin desligarla del efecto disuasivo o sancionador que se le atribuye. Por otra parte, en el proyecto de artículo 8, relativo a la reparación por equivalencia, se instituye el derecho a reclamar al Estado responsable una indemnización pecuniaria de la cuantía necesaria para compensar «cualquier daño económicamente valorable que de resultas del hecho ilícito se haya causado al Estado lesionado, incluido cualquier daño moral sufrido por los nacionales de ese Estado» (párr. 2). ¿Podría arguirse, quizás, que en el artículo 8 se trata de daños económicamente valorables y que en el artículo 10 nos encontramos frente a daños no cuantificables económicamente? De toda suerte, nos enfrentamos al cuestionamiento hecho por el propio Relator Especial de si la satisfacción tiene carácter punitivo o retributivo o un carácter compensatorio (A/CN.4/425 y Add.1, párr. 108).

<sup>8</sup> Véase nota 5 *supra*

<sup>9</sup> Véase nota 6 *supra*

67. La prudencia aconseja, a su juicio, revisar la redacción del párrafo 1 del artículo 10 y de los párrafos 1 y 2 del artículo 8 para evitar verse en el predicamento del árbitro Edwin B. Parker en el asunto del «*Lusitania*» cuando declaró:

La superposición de una pena además del resarcimiento íntegro, y su designación con el nombre de indemnización de daños y perjuicios, junto con los calificativos de ejemplar, vindicativa o punitiva, representa una inútil confusión terminológica que lleva inevitablemente a la confusión de las ideas [ ] (*ibid.*, párr. 114)

68. Por último, se reserva la oportunidad de hacer posteriormente algunos comentarios con referencia al proyecto de artículo 9, que no debe circunscribirse al caso de la «indemnización debida por la ganancia dejada de obtener» (párr. 1). El término «ganancia» es muy limitativo, ya que existen otros ingresos, beneficios, etc., que pueden perderse y, por tanto, ofrecer motivos para la reparación.

*Se levanta la sesión a las 13 horas*

## 2169.ª SESIÓN

*Miércoles 6 de junio de 1990, a las 10 horas*

*Presidente Sr. Jiuyong SHI*

*Miembros presentes Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Benouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Diaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Jcovides, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat.*

**Responsabilidad de los Estados (*continuación*) (A/CN.4/416 y Add.1<sup>1</sup>, A/CN.4/425 y Add.1<sup>2</sup>, A/CN.4/L.443, secc. C)**

[Tema 3 del programa]

### *Segunda parte del proyecto de artículos*<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario 1988*, vol II (primera parte)

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario 1989*, vol II (primera parte)

<sup>3</sup> La primera parte del proyecto de artículos (Origen de la responsabilidad internacional), cuyos artículos 1 a 35 han sido aprobados en primera lectura, figura en *Anuario 1980*, vol II (segunda parte), págs. 29 y ss

Los artículos 1 a 5 de la segunda parte del proyecto (Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional), que fueron aprobados provisionalmente por la Comisión en sus periodos de sesiones 35.º y 37.º, figuran en *Anuario 1985*, vol II (segunda parte), pag. 26 Para el texto de los restantes proyectos de artículos de la segunda parte, artículos 6 a 16, remitidos al Comité de Redacción por la Comisión en sus periodos de sesiones 36.º y 37.º, *ibid.*, pag. 21, nota 66 Para el texto de los nuevos artículos 6 y 7 de la segunda parte remitidos al Comité de Redacción en el 41.º periodo de sesiones, véase *Anuario 1989*, vol II (segunda parte), pag. 77, párrs. 229 y 230

Los artículos 1 a 5 y el anexo de la tercera parte del proyecto (Modo de