aplicar una convencion y no hay necesidad de que ello este dicho en la misma convencion [ ][8]

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

la reparacion debe, hasta donde sea posible, borrar todas las consecuencias del acto ilicito y restablecer la situacion que con toda probabilidad hubiera existido si no se hubiera cometido el acto La restitucion en especie, o, de no ser esta posible, el pago de una cantidad correspondiente al valor que tendria la restitucion en especie, y la concesion, en caso de ser necesario, de una indemnizacion por daños por la perdida —si esta no resulta cubierta por la restitucion en especie o por el pago en lugar de ella—, esos son los principios que deben servir para determinar el monto de la indemnizacion debida por un acto contrario al derecho internacional[9]

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 pecúniaria 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).

[8] Vease nota 5 *supra*

[9] Vease 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 superposicion de una pena ademas del resarcimiento integro, y su designacion con el nombre de indemnizacion de daños y perjuicios, junto con los calificativos de ejemplar, vindicativa o punitiva, representa una inutil confusion terminologica que lleva inevitablemente a la confusion de las ideas [ ] (*ibid*, parr 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. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, 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[1], A/CN.4/425 y Add.1[2], A/CN.4/L.443, secc. C)

[Tema 3 del programa]

Segunda parte del proyecto de artículos[3]

[1] Reproducido en *Anuario 1988*, vol II (primera parte)

[2] Reproducido en *Anuario 1989*, vol II (primera parte)

[3] La primera parte del proyecto de articulos (Origen de la responsabilidad internacional), cuyos articulos 1 a 35 han sido aprobados en primera lectura, figura en *Anuario 1980*, vol II (segunda parte), pags 29 y ss

Los articulos 1 a 5 de la segunda parte del proyecto (Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional), que fueron aprobados provisionalmente por la Comision 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 articulos de la segunda parte, articulos 6 a 16, remitidos al Comité de Redaccion por la Comision en sus periodos de sesiones 36 º y 37 º, *ibid*, pag 21, nota 66 Para el texto de los nuevos articulos 6 y 7 de la segunda parte remitidos al Comite de Redaccion en el 41 º periodo de sesiones, vease *Anuario 1989*, vol II (segunda parte), pag 77, parrs 229 y 230

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

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

ARTÍCULO 8 (Reparación por equivalencia)
ARTÍCULO 9 (Intereses) *y*
ARTÍCULO 10 (Satisfacción y garantías de no repetición)[4]
(continuación)

1. El Sr. RAZAFINDRALAMBO felicita en primer término al Relator Especial y le agradece su segundo informe (A/CN.4/425 y Add.1) tan sustancioso, así como su presentación oral (2168.ª sesión), que facilita la comprensión de ese texto.

2. El capítulo I del informe trata del daño moral causado al Estado y la distinción entre satisfacción e indemnización. El Sr. Razafindralambo comparte el análisis del Relator Especial en cuanto a que la reparación por equivalencia abarca también el daño moral causado a las personas, nacionales o agentes del Estado lesionado, como parte integrante del daño principal sufrido por ese Estado: los ejemplos mencionados en apoyo de esta hipótesis en el informe (A/CN.4/425 y Add.1, párr. 10) y en la presentación son concluyentes. En cuanto al daño moral causado más directamente al propio Estado, no cabe duda que se trata de un daño específico, distinto del causado a los particulares o a los agentes del Estado, pero diferente también del daño material causado al propio Estado. El Relator Especial ha demostrado en forma convincente que el daño moral de ese género es a la vez «jurídico» y «político» en cuanto ese daño resulta de una violación de una obligación internacional contraída respecto del Estado lesionado, por una parte y, por la otra, en cuanto entraña una ofensa al honor, a la dignidad y al prestigio de ese Estado. La doctrina y la jurisprudencia reconocen unánimemente que ese daño requiere una forma específica de reparación, a la que se denomina genéricamente «satisfacción».

3. El capítulo II se refiere a la reparación por equivalencia, esto es, a una forma de reparación que, en caso de que la *restitutio in integrum* sea imposible, consiste en una indemnización pecuniaria de un valor equivalente al daño causado. El término utilizado generalmente en francés para designar esta modalidad de reparación es el de «indemnisation». Sin embargo, si se tiene en cuenta que la palabra «indemnización» se emplea a la vez en el tema de la responsabilidad por la violación de una obligación internacional y en el de la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional —por ejemplo, en los casos de nacionalización— resulta apropiado que el Relator Especial proponga la expresión «reparación por equivalencia». El Sr. Razafindralambo no considera conveniente pasar revista a todas las cuestiones que ha suscitado esta forma de reparación: la enumeración que se hace en el informe (*ibid.*, párr. 22) parece exhaustiva e incluye todos los aspectos jurídicos dignos de tomarse en consideración en el presente caso. Por ello, se limitará solamente a formular algunas observaciones.

4. El orador no se decide a tomar partido en la controversia doctrinal acerca de la existencia o inexistencia de normas de derecho internacional específicas relativas a los diversos aspectos del problema de la reparación por equivalencia. Pero, como ha observado el Relator Especial, si bien el número y variedad de casos concretos lleva a excluir la existencia real, *de lege lata*, de normas muy detalladas, ello no excluye la posibilidad de desarrollar razonablemente tales normas (*ibid.*, párrs. 28 y 29). La elaboración de esas normas es tanto más aconsejable cuanto que, como señala acertadamente el Relator Especial, el tema de la responsabilidad de los Estados versa sobre situaciones jurídicas llamadas «secundarias», situaciones con respecto a las cuales cualquier Estado puede encontrarse con el mismo grado de probabilidad bien en la posición de Estado autor o responsable del daño o bien en la posición de Estado lesionado, y que unos y otros pueden tener los mismos intereses «potenciales» o «hipotéticos» (*ibid.*, párr. 33).

5. El estudio de la práctica arbitral y de la doctrina hacen que el Relator Especial rechace la distinción entre daño directo e indirecto y prefiera un nexo causal «claro», «continuo» y aun «ininterrumpido». Pero el Relator Especial hace presente que a este respecto se deben tener en cuenta también los conceptos de «normalidad» y de «previsibilidad» del daño. Aunque el requisito subjetivo de la «previsibilidad» parece primar en la práctica judicial, el Relator Especial hace hincapié en el carácter «próximo» y «exclusivo» de la causalidad, o sencillamente en el carácter «exclusivo» cuando los perjuicios están unidos al hecho que los causa «por una sucesión de acaecimientos conectados exclusivamente entre sí por una relación de causa a efecto» (*ibid.*, párr. 42). Ante tantos calificativos, sin duda justificados por una jurisprudencia vacilante sobre la cuestión de la causalidad, la perplejidad es natural, al menos cuando se trata de elegir. El Sr. Razafindralambo se pregunta si el término «ininterrumpido» que emplea el Relator Especial no podría entenderse en el sentido de «sin interrupción», lo que parece difícilmente conciliable con la idea de una «sucesión de acaecimientos». También desea saber si es conveniente que en cada caso determinado el juez decida según su criterio si se cumple el doble requisito de «normalidad» y de «previsibilidad», requisitos que no figuran en el proyecto de artículo 8. El Relator Especial parece aceptar esta solución en cuanto deja a criterio del juez decidir cuál de las causas concomitantes ha desempeñado un papel decisivo pero no exclusivo en los daños. El Relator Especial reconoce también a los árbitros y negociadores diplomáticos una facultad discrecional de apreciación a este respecto. El Sr. Razafindralambo se pregunta asimismo si esto no es de hecho una confesión de impotencia, no muy compatible con el propósito de codificar el derecho.

6. En lo que respecta al comportamiento del Estado lesionado, el Relator Especial enfoca esta cuestión no sobre la base de una «negligencia que contribuye a causar el daño» o de la falta de «diligencia debida», sino más bien como una aplicación de la regla de la «causalidad concomitante». Esta posición parece coincidir de hecho con su tesis sobre el efecto de la culpa en la indemnización.

7. En cuanto al alcance de la reparación por equivalencia y del concepto de daño material del Estado, el informe contiene explicaciones suficientemente claras y completas, que no requieren comentario. En particular, el Relator Especial ha hecho un estudio muy interesante acerca

«hacer efectiva» la responsabilidad internacional y solución de las controversias) fueron examinados por la Comisión en su 38.º período de sesiones y remitidos al Comité de Redacción. Para el texto, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38 nota 86.

[4] Para el texto, véase 2168.ª sesión, párr. 2.

del concepto de lucro cesante, al que acertadamente vincula con el concepto de ganancia y no con el de daño indirecto. El análisis de la práctica judicial y de la doctrina hacen llegar al Relator Especial a la conclusión de que el lucro cesante puede en principio ser objeto de una indemnización siempre que, además de la presunción del nexo causal entre el hecho ilícito y el daño, se presuma la existencia de ganancias por las que se reclama la indemnización. En cuanto a los métodos de evaluación del lucro cesante, como señala el Relator Especial, existen diversas posibilidades. Lo fundamental es que la indemnización corresponda en la mayor medida posible al daño realmente sufrido. De todos modos, la elección entre esas posibilidades parece difícil dado que ello dependerá de las circunstancias del caso y, por lo tanto, no es susceptible de codificación y debe quedar entregado a la apreciación del juez.

8. El Relator Especial analiza en particular el caso de la expropiación de una empresa en funcionamiento. En el marco de este tema, esa expropiación sólo podría ser ilícita. Por ello, no es de sorprender que la evaluación del lucro cesante se haga con arreglo al principio de la restitución íntegra *(restitutio in integrum)*, en el sentido lato en que se emplea en el fallo del asunto de la *Fábrica de Chorzów* (Fondo) (*ibid.*, párr. 72).

9. Si la determinación de la indemnización se rige por el principio general del resarcimiento íntegro del daño, no puede decirse lo mismo de la evaluación propiamente tal del lucro cesante, que puede hacerse con arreglo a diversos métodos, hasta el punto de que, como señala el Relator Especial, un árbitro ha señalado, acertadamente al parecer, que se trataba «de una cuestión de hecho que tenía que ser determinada por el árbitro» (*ibid.*, párr. 74). Por ello, no cabe incluir en el proyecto de artículos una disposición sobre el modo de evaluar la indemnización y, de hecho, el Relator Especial se limita a describir los principales métodos de evaluación utilizados, en particular el método del flujo de efectivo descontado.

10. El Sr. Razafindralambo no tiene ninguna observación especial que hacer respecto del análisis del Relator Especial sobre la asignación de intereses, la determinación del *dies a quo* y el *dies ad quem*, así como la determinación del tipo de interés. Sin embargo, le parece que por regla general se considera que la indemnización está destinada a compensar el perjuicio adicional que supone para la víctima el tiempo transcurrido entre el acto lesivo —esto es, el hecho ilícito— por una parte y, por la otra, el pago definitivo de la indemnización. En este caso, los intereses guardan relación con el total de la suma debida, sin distinción entre daño emergente y lucro cesante, y se calculan a partir de la fecha del daño, de la fecha de la reclamación o de la fecha de la sentencia. Así, no es extraño que esos intereses se calculen sobre el total de la indemnización reconocida, con inclusión, en caso de expropiación ilícita, de la suma destinada a indemnizar la pérdida de beneficios, como en *Benvenuti et Bonfant* c. *People's Republic of the Congo* (1980). Pero el Relator Especial parece hacer un hincapié particular en el caso de la deuda de una suma de dinero, por ejemplo, de un capital, y el hecho de que la asignación de intereses en ese caso sirva para compensar el lucro cesante que dimana de la indisponibilidad del capital. Al parecer, ésta es la situación de que trata el proyecto de artículo 9. En lo concierne al *dies a quo*, ésta es la razón por la cual el Relator Especial parece haber optado por una solución diferente de las tres que en la práctica se toman como base para los intereses. El Sr. Razafindralambo confiesa que le resulta difícil comprender el alcance de la solución dada al respecto por el Relator Especial.

11. En lo que concierne al tipo de interés, el Sr. Razafindralambo se inclina a compartir la opinión de Subilia (*ibid.*, párr. 97), en cuanto a que por el momento es útil remitirse al tipo de interés fijado anualmente por el Banco Mundial, que tiene la ventaja de ser aceptado prácticamente por todos los Estados. Sin embargo, cabe observar que el Relator Especial, al parecer acertadamente, no ha creído necesario mencionar el tipo de interés en el artículo 9.

12. El capítulo III del informe se refiere a la satisfacción como forma específica de reparación. Habida cuenta de la naturaleza moral y política de esta forma de reparación, el Relator Especial ha hecho un análisis magistral y exhaustivo de la doctrina, de la jurisprudencia internacional y de la práctica diplomática. De ese análisis se desprende sin duda que la satisfacción reviste un carácter punitivo y ejemplar (en inglés, «exemplary», «punitive» y «vindictive») y que ella se distingue claramente de las modalidades de reparación compensatoria como la restitución y la reparación por equivalencia. La satisfacción, empleando el término ampliamente utilizado por el Relator Especial, tiene un carácter «retributivo» *(afflictive)* o penal. Según parece, al utilizar el calificativo *afflictive* el Relator Especial sigue a Morelli (*ibid.*, párr. 144 al final). Aunque el sentido del término es etimológicamente claro, se debe emplear con prudencia. Esta palabra, utilizada habitualmente en la expresión del derecho penal francés «peines afflictives et infamantes», significa, según el diccionario Robert, «qui frappe le criminel dans son corps, sa vie». El carácter aflictivo entraña, pues, un sufrimiento o una imposición de carácter físico y, a este respecto, podría aplicarse a todas las penas privativas de libertad. Pero la pena aflictiva sólo puede aplicarse a una persona física. En el presente caso, el empleo de la palabra *afflictive* sería, pues, inadecuado. Sin embargo, si bien para un jurista de tradición romanista el empleo de la palabra *afflictive* podría crear una cierta confusión y si bien el adjetivo «punitivo» parecería ser ampliamente suficiente, el Sr. Razafindralambo podría aceptar la palabra *afflictive* tomada en un sentido figurado siempre que se incluyera sistemáticamente entre comillas. De cualquier modo, está de acuerdo con el Relator Especial en que la satisfacción debería tratarse de manera específica en la parte del proyecto de artículos relativa a las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito.

13. En el capítulo V, el Relator Especial ha hecho un análisis igualmente documentado y concluyente sobre la necesidad de que entre las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito se incluyan garantías contra su repetición. Entre los tipos de garantías que podrían pedirse, el Relator Especial menciona las peticiones expresas de que se modifique la legislación existente o se aprueben nuevas disposiciones legislativas —formuladas por organismos internacionales— y, en su exposición oral, ha mencionado el asunto del *«Rainbow Warrior»*. También ha mencionado al respecto el procedimiento para la recepción de comunicaciones previsto en el Protocolo Facultativo del

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pero en este caso se trata de comunicaciones emanadas de particulares. En cambio, existe otro ejemplo más apropiado: el del procedimiento previsto en los artículos 26 a 34 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, que se refiere a las quejas de un Estado miembro presente contra otro. Este procedimiento entraña la creación de comisiones de encuesta cuyas conclusiones pueden tener fuerza obligatoria igual que las recomendaciones de la propia Conferencia Internacional del Trabajo y cuyo objetivo es la modificación de las leyes o prácticas denunciadas o la aprobación de medidas encaminadas a poner remedio a ciertas situaciones irregulares. Cabe mencionar la denuncia presentada por Francia contra el Gobierno de Panamá sobre la aplicación de ciertas convenciones marítimas. Por ello, parece perfectamente apropiado que se asigne a las garantías de no repetición una función autónoma respecto de las demás formas de reparación.

14. En el capítulo V, el Relator Especial estudia el problema de la atribución de culpa al Estado y señala su posición al respecto. En primer término el Relator Especial sostiene que en la primera parte del proyecto de artículos la Comisión no ha «excluido» la culpa del enunciado de los elementos constitutivos del hecho internacionalmente ilícito y, en apoyo de esta afirmación, menciona el artículo 31 (Fuerza mayor y caso fortuito) que a su juicio, hacen referencia implícita a la culpa. Parece difícil aceptar sin reserva esta interpretación. En efecto, la fuerza mayor y el caso fortuito son nociones que suponen la falta de toda «culpa» y, en opinión del Sr. Razafindralambo, además, que no exista violación de una obligación que genere responsabilidad. Esas nociones pueden tener cabida en el sistema de «responsabilidad objetiva» sobre la base de un «hecho internacionalmente ilícito». A ese respecto, el Relator Especial ha hecho un análisis claro y conciso de las ventajas respectivas de la «teoría de la culpa» y de la «teoría objetiva», proponiendo una interpretación original de la atribución de un comportamiento a un Estado, la de una simple operación efectuada por quien interpreta el derecho, ya sea el jurisconsulto de un ministerio de relaciones exteriores o un juez internacional. En lo que respecta a esta cuestión, el Relator Especial parece limitarse a describir el razonamiento intelectual que normalmente hará el intérprete del derecho ante un caso de esta naturaleza, y a tomar nota del resultado de este razonamiento sin interrogarse acerca del fundamento de la responsabilidad de que se trata. Ahora bien, como se subraya en el estudio preparado por la Secretaría «La "fuerza mayor" y el "caso fortuito" como circunstancias que excluyen la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina», el concepto de «hecho ilícito internacional», con sus dos elementos (subjetivo y objetivo), ha sido generalmente aceptado como punto de partida de las normas de derecho internacional que rigen la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales, por quienes apoyan la teoría de la culpa subjetiva así como por los partidarios de la «responsabilidad objetiva»[5]. El Sr. Razafindralambo considera, pues, que no cabe en la presente etapa plantear la cuestión de saber si se ha de tener en cuenta, y en qué medida, el elemento de la culpa para definir el hecho internacionalmente ilícito. Le parece más bien que la Comisión debe determinar la incidencia del elemento de culpa en las formas y grados de la reparación. A este respecto, como se subraya en el estudio antes señalado, la pertinencia de ese elemento en la reparación es reconocida por numerosos autores, inclusive por los partidarios de la responsabilidad «objetiva». El Relator Especial menciona por su parte algunos asuntos concretos y significativos, de los que se desprende que la jurisprudencia internacional tiene en cuenta, al menos en forma implícita, el efecto que produce en la reparación pecuniaria el elemento llamado «subjetivo» de un hecho internacionalmente ilícito.

15. El Sr. Razafindralambo hace suya incondicionalmente la conclusión a que llega el Relator Especial en su estudio tanto de la jurisprudencia como de la práctica diplomática, y que confirma la opinión de numerosos autores en cuanto a que el llamado elemento «subjetivo» representado por la culpa en sus distintos grados ha desempeñado un papel importante con respecto a la entrada en juego de la satisfacción y a la calidad y el número de las formas de satisfacción reclamadas (*ibid.* párr. 188).

16. Por otra parte, sería interesante contestar a la pregunta formulada por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 190) en cuanto a saber si, y hasta qué punto, la culpa del agente estatal de rango inferior es culpa del propio Estado, con arreglo a la jurisprudencia, o si esa jurisprudencia fundamenta la responsabilidad del Estado en un elemento puramente objetivo. Pero en verdad ese problema parece ser más bien de interés teórico en la medida en que, como espera el Sr. Razafindralambo y como el Relator Especial le ha invitado a hacer, la Comisión optara, aunque sólo sea a los fines del desarrollo progresivo del derecho internacional, tener en cuenta en algún punto el elemento llamado «subjetivo» tanto en lo que respecta a la indemnización pecuniaria como a la entrada en juego de la satisfacción.

17. Refiriéndose a los proyectos de artículos, el Sr. Razafindralambo considera preferible la variante A del párrafo 1 del proyecto de artículo 8 (Reparación por equivalencia), en razón del carácter redundante de la variante B, que se refiere a la situación que existiría de no haberse cometido el hecho internacionalmente ilícito que la restitución en especie no basta para restablecer, así como al daño no cubierto por la restitución en especie. El párrafo 2 no merece a su juicio ninguna objeción. En cambio, habría preferido que el párrafo 3 señalara específicamente que las ganancias que se dejan de obtener sean de carácter directo, normal y razonable. El párrafo 4 parece complementar al párrafo 3 en lo que respecta al requisito de un nexo causal. Pero en él se hace referencia a un nexo causal ininterrumpido. El Relator Especial no considera, pues, útil que se haga referencia a los conceptos de normalidad y previsibilidad, lo que podría dar al párrafo un alcance demasiado general. El párrafo 5 se refiere fundamentalmente a la negligencia del Estado lesionado. Aunque no desea pronunciarse sobre el concepto de negligencia, que para algunos es una forma de culpa subjetiva y para otros guarda relación con la inobservancia de una obligación internacional de vigilancia, el Sr. Razafindralambo se pregunta por qué el Relator Especial no ha tenido también en cuenta en el párrafo 5 las circunstancias agravantes del hecho internacionalmente ilícito, que pueden dar lugar a un aumento de la indemnización.

[5] *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), pág. 215, documento A/CN.4/315, párr. 511.

18. El proyecto de artículo 9 (Intereses) no se refiere a los intereses destinados a indemnizar el lucro cesante. ¿Por qué el Relator Especial no ha considerado conveniente una disposición de carácter más general en virtud de la cual puedan deberse intereses para resarcir el daño adicional resultante del tiempo transcurrido entre el hecho lesivo y el arreglo definitivo? En el marco restringido del lucro cesante, el *dies a quo* que el Relator Especial sugiere en el párrafo 1 parece diferente de las tres soluciones previstas en el informe (*ibid.*, párrs. 82 y ss.) y que, según entiende, son las soluciones generalmente adoptadas en la práctica nacional e internacional. La formulación propuesta en el párrafo 2 respecto de los intereses compuestos, que podría ser valedera en cuanto disposición general sobre intereses, ganaría en claridad si la segunda parte de la oración pasara a ser un párrafo separado del siguiente tenor: «El tipo de interés aplicado será el más adecuado para conseguir una indemnización completa». A continuación debería insertarse un segundo párrafo del siguiente tenor: «Con este fin se otorgarán intereses compuestos».

19. Habida cuenta de las diversas y variadas formas que reviste la satisfacción, la enumeración hecha al final del párrafo 1 del proyecto de artículo 10 (Satisfacción y garantías de no repetición) debería ser sólo de carácter indicativo y después de las palabras «satisfacción adecuada en forma» se deberían agregar las palabras «entre otras». En el mismo orden de ideas la forma de satisfacción prevista en el párrafo 3 debería figurar en una disposición inmediatamente a continuación del párrafo 1.

20. El Sr. CALERO RODRIGUES desea plantear primeramente una cuestión de terminología: en el primer párrafo del segundo informe (A/CN.4/425 y Add.1), el Relator Especial anuncia que ese documento versará sobre las «consecuencias sustantivas o de fondo del hecho internacionalmente ilícito». Ahora bien, en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 20) el Relator Especial proponía un plan de trabajo para la segunda parte del proyecto en el que figuraba un capítulo II titulado «Consecuencias jurídicas de los delitos internacionales», que a su vez abarcaba una sección 1 titulada «Derechos sustantivos del Estado lesionado...». En este último caso, el adjetivo «sustantivos» parece no tener otra finalidad que indicar la diferencia con los derechos del Estado en materia de procedimiento, esto es, con las «medidas a las que es posible recurrir para obtener la cesación...», de que trata la sección 2. El Sr. Calero Rodrigues no sabe si en el párrafo 1 del segundo informe la palabra «sustantivos» se emplea con el mismo sentido restrictivo, pero ello tiene al menos la ventaja de hacer hincapié en una distinción que podría revestir importancia en la segunda parte del proyecto de artículos, cuando la Comisión enumere detalladamente las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito.

21. Cabe señalar que todas las consecuencias de que aquí se trata son de orden jurídico porque dimanan de la aplicación de normas jurídicas. Pero, extremando las cosas, pueden llamarse así todas las consecuencias que operan en un plano meramente jurídico: se debe restablecer una situación jurídica, se deben restablecer las relaciones jurídicas. Sin embargo, en ciertos casos, el hecho internacionalmente ilícito puede causar un daño material y el mero restablecimiento de la situación jurídica que existía con anterioridad a ese hecho no basta para reparar ese daño. Podría afirmarse que las obligaciones surgidas en tales casos con consecuencias de fondo, diferentes de las consecuencias jurídicas *stricto sensu*.

22. Las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito enumeradas por el Relator Especial abarcan: la cesación, la restitución en especie, la reparación por equivalencia y la satisfacción, con inclusión de las garantías de no repetición. La primera de ellas sólo existe en el plano jurídico, y es una consecuencia jurídica *stricto sensu*. La segunda opera a la vez en el plano jurídico y en el plano material: esa consecuencia es, pues, en parte jurídica y en parte sustantiva. Las otras dos consecuencias no guardan relación con la modificación de una situación jurídica y sólo operan en el plano material, en el caso de la reparación por equivalencia, o en el plano moral, en el de la satisfacción. Esta distinción debería ayudar a disipar las dudas que parece abrigar el Relator Especial. En su informe preliminar, el Relator Especial observa que «la restitución en especie no siempre constituye necesariamente, *in concreto*, la modalidad adecuada, completa y autosuficiente de reparación de un hecho internacionalmente ilícito» (*ibid.*, párr. 117). En otros términos, si bien la restitución en especie es indispensable para el restablecimiento de la situación en el plano jurídico, puede tal vez no ser suficiente si se consideran otros planos diferentes. Por ello, en el párrafo 2 de su segundo informe el Relator Especial declara que «la reparación por equivalencia o indemnización pecuniaria es el remedio jurídico principal y central a que se recurre después de un hecho internacionalmente ilícito» (A/CN.4/425 y Add.1, párr. 2). En cuanto consecuencia jurídica *stricto sensu*, la restitución es irremplazable. En cuanto consecuencia sustantiva, la reparación por equivalencia puede ser más eficaz.

23. En apoyo de la función compensatoria que desempeña básicamente la reparación por equivalencia, el Relator Especial menciona numerosos tratadistas. Se podría sostener todavía que ésa es la única función que cumple. Como se señala en el segundo informe, la reparación por equivalencia abarca «los daños "materiales" sufridos por el Estado ofendido que no hayan sido resarcidos ni sean resarcibles mediante la restitución en especie» (*ibid.*, párr. 52). A este respecto, refiriéndose a las explicaciones sobre los términos empleados dadas por el Relator Especial en el párrafo 3 y en la nota 4 del segundo informe, el Sr. Calero Rodrigues opina que la Comisión debería reservar la palabra «daño» *(damage)* a las consecuencias materiales o morales y la palabra «perjuicio» *(injury)* a las consecuencias jurídicas. Pero, en este caso, se plantea la cuestión de determinar cuáles son los daños resarcibles. Los dos elementos que tradicionalmente se señalan no parecen muy útiles. El primero es la distinción entre daño directo y daño indirecto. Aunque su uso data desde hace tiempo, esa distinción parece suscitar más problemas que soluciones. La otra distinción es el criterio de una «previsibilidad». El Relator Especial parece aceptar este criterio, considerando que «prima» en la práctica judicial, y como ejemplo evidente cita el asunto de las *Colonias portuguesas* (Incidente de Naulilaa) (*ibid.*, párr. 38). Pero, precisamente, ese asunto es controvertido, como muestran las fuentes citadas por el propio Relator Especial. Por lo demás, este criterio de previsibilidad agrega un elemento subjetivo que convendría evitar. Por otra parte, al resumir la cuestión del nexo causal (*ibid.*, párr. 42), el Relator Especial no hace ya referencia a ese criterio. En cuanto a las «causas concomitantes», consideradas desde el punto de

vista de la indemnización, tales causas sólo deberían dar lugar a una indemnización parcial a los daños, en razón de su efecto relativo.

24. Así, las nociones inherentes al principio de la indemnización encuentran expresión en los párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo 8. Aunque la forma de esas disposiciones tal vez deje que desear, su fondo es plenamente aceptable. En ellas se establece la relación entre el Estado autor del hecho ilícito y el Estado que ha sufrido un daño como consecuencia de ese hecho.

25. En los demás párrafos, el artículo 8 tiene por objeto señalar algunos casos en los que procede la reparación por equivalencia, la naturaleza del daño que se ha de indemnizar, y la naturaleza de la indemnización. El párrafo 1 se ocupa de la primera de estas cuestiones. El Relator Especial propone dos variantes, cuya diferencia parece ser sólo de forma. El Sr. Calero Rodrigues prefiere la variante A porque es más breve, si bien su formulación requiere algunas enmiendas.

26. El párrafo 2 del artículo 8 señala que la indemnización debe abarcar «cualquier daño económicamente valorable que... se haya causado al Estado lesionado, incluido cualquier daño moral sufrido por los nacionales de ese Estado». Al precisar que el daño debe ser «económicamente valorable», es indudable que esa disposición no se propone dar instrucciones a los tribunales en cuanto a la manera de evaluar el daño. Su objetivo es simplemente enunciar un principio que si bien es manifiesto, reviste carácter fundamental: para que haya indemnización pecuniaria el daño debe poder evaluarse conforme a criterios financieros. ¿Qué pasa entonces con el «daño moral»? En el informe, el Relator Especial dice que «la práctica y la doctrina del derecho internacional ponen de manifiesto que las pérdidas *morales* (o extrapatrimoniales) causadas a particulares por un hecho internacionalmente ilícito tienen que ser resarcidas como parte integrante del daño principal sufrido por el Estado lesionado» (*ibid.*, párr. 9) y pone como ejemplo, entre otros, el asunto del *«Lusitania»* (*ibid.*, párr. 10) y el de los *Herederos de Jean Maninat* (*ibid.*, párr. 12). Pero, a juicio del Sr. Calero Rodrigues, esos asuntos revisten un carácter excepcional. De hecho, se suele tender más bien a evaluar el daño extrapatrimonial causado a un particular por sus aspectos o consecuencias económicas o materiales, que son la base sobre la cual se puede calcular una indemnización. Así se hizo precisamente en el asunto del *Estrecho de Corfú* (*ibid.*, párr. 57) y en el del *«Lusitania»* (*ibid.*, párr. 56). En caso de muerte, de lesiones corporales, de detención, etc., es relativamente fácil evaluar el daño en términos financieros. Pero es prácticamente imposible hacerlo en caso de sufrimiento moral, esto es, de humillación, vergüenza e indignidad. Ello no significa que la persona así lesionada no deba pedir satisfacción (en el sentido general a que se refiere el párrafo 18 del informe); pero si se admite que el sufrimiento moral tiene un precio, se contradice el principio de que la reparación por equivalencia tiene exclusivamente una función compensatoria.

27. Por ello, el Sr. Calero Rodrigues no puede aceptar el párrafo 2 del artículo 8, según el cual, «la indemnización... abarcará cualquier daño económicamente valorable... incluido cualquier daño moral sufrido por los nacionales de ese Estado». La referencia debería hacerse a «cualquier daño económicamente valorable», o bien a «cualquier daño material causado al Estado lesionado o a sus nacionales». El concepto inherente a la última parte de la oración «... cualquier daño moral sufrido por los nacionales de ese Estado» debería reflejarse de cualquier modo en el proyecto de artículo 10 relativo a la «satisfacción» y que se refiere precisamente a la «indemnización punitiva o nominal» (párr. 1). Según afirma el propio Relator Especial, apoyándose en numerosos ejemplos, «no son raros en la jurisprudencia internacional los asuntos concernientes a *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». Si del párrafo 2 del artículo 8 se elimina, pues, la referencia al «daño moral sufrido por los nacionales» sólo queda una obligación de indemnizar el daño material o «económicamente valorable», que es la función fundamental que cumple la reparación por equivalencia.

28. Pero el concepto de daño material requiere una elaboración más detallada. Ello se hace en el párrafo 3 del artículo 8 y, más adelante, en el artículo 9. El párrafo 3 del artículo 8 se refiere en términos generales a la cuestión del daño emergente y el lucro cesante. Esa cuestión se analiza magistralmente en los párrafos 63 a 76 del informe que honran al Relator Especial y a la Comisión. La calidad de ese análisis es tal que el párrafo 3 del artículo 8 queda pálido en comparación, y deja una sensación de insatisfacción aunque no pueda formularse un reproche específico.

29. El proyecto de artículo 9 suscita dudas mucho más concretas. El Relator Especial ha dedicado buena parte de sus reflexiones a la cuestión de los intereses. El principio en sí no parece ponerse en duda. Como señala el Relator Especial, «la doctrina parece estar de acuerdo en que el abono de intereses por el importe de la indemnización del daño principal es exigible en derecho internacional no menos rigurosamente que en derecho interno» (*ibid.*, párr. 77); y agrega que «la práctica internacional parece apoyar el otorgamiento de intereses además del importe principal de la indemnización» (*ibid.*, párr. 80). Esto es precisamente lo que enuncia el párrafo 1 del artículo 9, para pasar a continuación a referirse a dos cuestiones controvertidas: la del *dies a quo* y el *dies ad quem* de los intereses y la de los intereses compuestos. Después de pasar revista a diversas decisiones y análisis doctrinales, el Relator Especial llega a la conclusión de que el *dies a quo* debe ser la fecha del daño y el *dies ad quem*, la fecha en que se paga efectivamente la indemnización (*ibid.*, párrs. 92 y 94). Si bien el *dies ad quem* está claramente definido en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 9, la definición del *dies a quo*, que figura en el apartado *b*, es mucho menos clara.

30. En lo que respecta a los intereses compuestos, el párrafo 2 del artículo 9 señala que «se otorgarán intereses compuestos siempre que sean necesarios para una indemnización completa» y que «el tipo de interés será el más adecuado para conseguir ese resultado». Esta manera de presentar las cosas no tendrá prácticamente ninguna utilidad para los Estados y los tribunales, salvo en cuanto afirma que se pueden prever intereses compuestos. El Sr. Calero Rodrigues recuerda que en la sección A.3 del capítulo II del informe (*ibid.*, párrs. 26 y ss.) el Relator Especial examina los problemas que plantea la determinación de las normas de derecho internacional general apli-

cables a la reparación por equivalencia y el papel que la CDI puede desempeñar en la codificación de esas normas, así como en el desarrollo progresivo del derecho por la vía de la elaboración de proyectos de artículos. Puede compartirse el optimismo del Relator Especial, pero con prudencia. Por ello, cabe preguntarse si las disposiciones relativas a los intereses no son demasiado detalladas para el proyecto, aun cuando algunas (en particular, el párrafo 2 del artículo 9) no establezcan una norma muy precisa. Quizá el párrafo 3 del artículo 8, que inspira reticencias indefinibles, pueda redactarse en otros términos a fin de incorporar esta cuestión de los intereses. En este caso, se podría eliminar definitivamente el artículo 9.

31. El Sr. Calero Rodrigues dice que completará su análisis refiriéndose al proyecto de artículo 10, sobre satisfacción y garantías de no repetición. Se propone continuar su exposición en una sesión ulterior.

32. El Sr. JACOVIDES dice que la responsabilidad de los Estados es un tema del derecho internacional clásico, sólidamente establecido sobre la base de una práctica y una jurisprudencia abundantes y, a la vez, un tema de creciente actualidad. Por ello, es de suma importancia continuar su examen a fin de poder concluirlo lo antes posible.

33. El Sr. Jacovides desearía, primeramente, hacer dos observaciones de orden general. En primer término, una vez que la Comisión haya concluido sus trabajos sobre la cuestión, se habrá solucionado o enfocado con otra perspectiva una serie de problemas con los que se ha tropezado en la elaboración del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y el proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Esta es, pues, una razón más para adelantar lo más rápidamente posible el presente estudio.

34. En segundo término, atrás han quedado los tiempos en que la responsabilidad de los Estados tenía su fundamento en el daño causado a extranjeros y obedecía a las exigencias de un pequeño número de Estados desarrollados y poderosos, generalmente en perjuicio de Estados más débiles y menos adelantados. Como consecuencia del desarrollo y la aceptación de la noción de *jus cogens* en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y de la existencia de normas de un orden jerárquico superior enunciadas en la Carta de las Naciones Unidas, el tema de la responsabilidad de los Estados tiene actualmente un fundamento mucho más amplio. Es más, la CIJ también reconoce que existen obligaciones *erga omnes* y que el interés de la comunidad internacional en su conjunto debe tenerse debidamente en cuenta. El presente tema ilustra, pues, el desarrollo progresivo del derecho internacional.

35. La Comisión debe esforzarse por no defraudar las esperanzas de la comunidad internacional, en particular, de los nuevos Estados surgidos después de formuladas las normas clásicas del derecho internacional en esta materia. La Comisión no debe dejar de seguir el ritmo de la evolución actual de las ideas del derecho internacional, por ejemplo, en lo que respecta a los crímenes internacionales, ni de la evolución de la situación internacional, y tampoco debe desaprovechar la oportunidad que significa el cambio positivo de actitud de grandes Potencias que han llegado a aceptar la noción de un arreglo obligatorio de controversias mediante el recurso a terceros. Este procedimiento rápido y eficaz, que en razón de las realidades políticas no estaba antes al alcance de la comunidad internacional de juristas en esferas como el derecho de los tratados y el derecho del mar, ahora sí lo está. La Comisión debería esforzarse por incluir ese elemento en la tercera parte del proyecto de artículos que se examina, relativa a la responsabilidad y al arreglo de controversias, o quizá en el cuerpo mismo del proyecto.

36. A los proyectos de artículos ya presentados sobre la cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo (art. 6) y la restitución en especie (art. 7) —y a este respecto, el Sr. Jacovides está totalmente de acuerdo en que se asigne prioridad al restablecimiento de una situación mediante la restitución en especie, siempre que esa restitución sea posible desde el punto de vista práctico y jurídico y, de hecho, indispensable en caso de violación de *jus cogens*—, el Relator Especial en su segundo informe (A/CN.4/425 y Add.1), agrega tres proyectos de artículos acompañados de un material muy valioso y bien analizado.

37. En lo que respecta al proyecto de artículo 8, sobre la reparación por equivalencia, el Sr. Jacovides prefiere la variante A propuesta para el párrafo 1 del proyecto de artículo 8. Las cuestiones fundamentales de que tratan esos artículos han dado lugar a un interesante y animado debate en ciertos aspectos. Por ejemplo, el Sr. Graefrath (2168.ª sesión) ha señalado hechos y cifras que inducen a la reflexión para ilustrar las dificultades suscitadas por el empleo en el párrafo 2 del artículo 8 de las palabras «daño económicamente valorable». También ha expuesto argumentos convincentes contra la inclusión en el artículo 10 del concepto de «indemnización retributiva», que si bien se funda en prácticas anteriores no tendría cabida en el derecho contemporáneo. Este ejemplo ilustra la observación hecha por el Sr. Jacovides al comienzo de su intervención en cuanto a la relación entre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y la responsabilidad de los Estados. El elemento punitivo y, por consiguiente, la indemnización punitiva en el caso de un crimen internacional encajarían mucho mejor en el proyecto de código que en la reparación o la satisfacción previstas en el contexto de la responsabilidad de los Estados.

38. Por último, el Sr. Jacovides se reserva el derecho de formular nuevas observaciones en una etapa ulterior del debate.

Se levanta la sesión a las 11.20 horas para que se reúna el Comité de Redacción.

2170.ª SESIÓN

Jueves 7 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. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Illueca, Sr. Jacovides, Sr. Ko-