

78. El Sr. GOCO señala que una decena de Estados ha respondido el cuestionario y que sus respuestas ayudarán a puntualizar el trabajo realizado sobre el tema y preguntan si se puede extraer de ellas alguna pauta.

79. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) indica que algunas de las respuestas contenían críticas sobre la manera de abordar el tema. Ello obedece a la fase actual del estudio; quizá, cuando el análisis avance, los Estados consideren más fácil aceptarlo. En algunas respuestas, los Estados reconocen la existencia de esos actos en su propia práctica. Otras respuestas eran más doctrinales y académicas y se referían a las diversas categorías de actos unilaterales. En todo caso, las respuestas recibidas han sido muy útiles y la sugerencia que se le ha hecho de que elabore una adición a las observaciones se tendrá en cuenta en una etapa ulterior.

80. El PRESIDENTE indica que, si no se formulan objeciones, entenderá que la Comisión acepta la propuesta del Relator Especial.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2634.^a SESIÓN

Jueves 8 de junio de 2000, a las 10.05 horas.

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación*)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1 a 4²,
A/CN.4/L.600)

* Reanudación de los trabajos de la 2623.^a sesión.

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que prosigan el examen del tema de la responsabilidad de los Estados sobre la base de la sección B del capítulo I del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).

2. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) señala que, de conformidad con el planteamiento aprobado por la Comisión, el capítulo II de la segunda parte del proyecto de artículos trata de las diversas formas que puede revestir la reparación desde el punto de vista de las obligaciones del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito. En el texto que se aprobó en primera lectura, aparte de las seguridades y garantías de no repetición, se preveían tres formas de reparación, a saber: la restitución en especie, la indemnización y la satisfacción. Además, las disposiciones del párrafo 2 del artículo 42 aprobadas en primera lectura y relativas a la culpa concurrente y la atenuación de la responsabilidad tienen cabida en el capítulo II más que en el capítulo I, puesto que se trata de restricciones de las formas de reparación. Por lo demás, en su segundo informe el entonces Relator Especial, Sr. Arangio-Ruiz, había propuesto un artículo sobre los intereses³, artículo que fue objeto de duras críticas y que finalmente se desechó porque se estructuraba en torno a elementos no esenciales más que en torno a los intereses propiamente dichos. Del debate que se sostuvo a la sazón se desprende que la mayoría de los miembros de la Comisión admitían la existencia de un principio general a favor del pago de intereses y que si entonces se hubiese presentado una disposición apropiada a la Comisión, ésta la habría aprobado. Por ello propone un nuevo artículo sobre los intereses. Al propio tiempo ha suprimido la referencia a los intereses en el nuevo artículo 44 que propone.

3. Con respecto a los artículos 42 y 43, ningún Estado ha propuesto que se supriman disposiciones de estos artículos. Por supuesto, se han formulado críticas en cuanto a su enunciado, en particular por lo que se refiere a las excepciones que figuran en el artículo 43, y los Estados también han pedido que las disposiciones referentes a ciertas cuestiones, como la indemnización, sean más detalladas, pero han hecho suya la idea de que la restitución, la indemnización y la satisfacción constituyen tres formas distintas de reparación y, de manera general, han ratificado la posición adoptada en primera lectura en cuanto a la relación que vincula esas formas. Cabe señalar sin embargo que en su tercer informe ha tratado de la cuestión de esa relación y, en particular, de la relación entre la restitución y la indemnización, porque todavía está bastante controvertida en la doctrina.

4. En el artículo 43 aprobado en primera lectura se sentaba el principio de la prioridad de la restitución en especie y se preveían cuatro excepciones. La restitución se considera la primera forma de reparación y la indemnización como una forma supletoria que debe utilizarse en la

³ Véase 2616.^a sesión, nota 5.

medida en que la restitución no repare íntegramente el perjuicio. El Relator Especial indica, de paso, que ha preferido utilizar el término *restitution* en vez de *restitution in kind* en el texto inglés, a fin de evitar todo malentendido, pero que, por supuesto, no se opondrá a que se continúe hablando de «restitución en especie» en el texto español. Efectivamente, habida cuenta del contexto del tenor del artículo 43, no hay posibilidad de confusión en cuanto al concepto.

5. Con respecto al fondo, la relación entre la restitución y la cesación constituye un problema complejo, el del contenido de la obligación de restitución en los casos en que la obligación primaria ya no tiene vigencia. Este problema se planteó en varios asuntos recientes. Por ejemplo, en el asunto *Rainbow Warrior*, la restitución no tenía objeto si la obligación subyacente no se mantenía en vigor. En cambio, en el asunto *Grand-Belt*, el problema de la restitución se planteaba en el contexto de una obligación continua de respetar la libertad de paso por el estrecho, de manera que si se hubiesen puesto trabas ilícitas a ese paso —extremo que obviamente estaba en litigio— la restitución habría sido importante. La relación entre cesación y reparación se trata en el capítulo I y esta cuestión se presta al análisis teórico, pero no tiene por qué mencionarse en el artículo, aun cuando pueda desarrollarse en el comentario. Ahora bien, la relación entre restitución e indemnización es más importante por lo que se refiere al enunciado. Por su parte, el Sr. Arangio-Ruiz ha defendido enérgicamente la idea de que la restitución es la forma de reparación por antonomasia y que las demás formas no son más que sustitutos en los casos en que aquélla no es posible. El problema que suscita esta postura es que en la gran mayoría de los casos la forma de reparación que se utiliza efectivamente es la indemnización. Sea como fuere desde el punto de vista teórico, las cuestiones individuales sólo pueden resolverse teniendo en cuenta las circunstancias del caso y, en particular, las reglas primarias, porque muchas veces el Estado que pide la restitución está tratando de obtener con ello algo a lo que tal vez no tenga derecho. Así, por ejemplo, en el caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, este último país tenía la obligación de poner fin a ciertos procedimientos judiciales, pero no de disponer que no pudiesen incoarse procedimientos ulteriormente en virtud de otra modificación de su legislación. Asimismo, el Estado que tiene la obligación de realizar una evaluación del impacto ambiental o de hacer una notificación antes de iniciar una actividad puede no hacerlo, pero tiene perfectamente el derecho de ejercer esa actividad. En esos casos el vínculo entre la violación y lo que se pretende obtener con la restitución es indirecto y contingente, y ello incide en el análisis a que debe proceder la instancia competente. Las reservas que ha suscitado la prioridad atribuida a la restitución obedecen al temor de que se pida a los Estados que «deshagan» cuanto han hecho en el marco de una actividad lícita invocando una violación accesoria del derecho internacional. Personalmente, cree que los problemas que plantean esas situaciones pueden resolverse sin negar la prioridad de la restitución. En el marco de las relaciones entre Estados, la restitución sigue siendo la primera forma de reparación, en particular cuando va asociada a una obligación continua, y este aspecto debe destacarse claramente en el artículo 43 y en el comentario, porque,

de no ser así, los Estados, ofreciéndose a pagar, podrían eludir la ejecución de sus obligaciones internacionales. La confusión que a este respecto impera en la doctrina se origina de una tendencia a mezclar la restitución en las relaciones entre Estados y la cuestión de la restitución en caso de expropiación. Efectivamente, cuando se trata de expropiación, el Estado de acogida tiene un dominio eminente sobre su territorio y sus recursos, y ello afecta la aplicación del principio de la restitución. La única decisión favorable a una restitución íntegra en este contexto es el fallo dictado en el asunto *Texaco*, fallo que en su día fue muy criticado; en la práctica, significa que debe abonarse una indemnización de una cuantía superior. Estas cuestiones pueden dejarse a un lado porque se refieren al contenido de la obligación primaria de fondo en la esfera de la expropiación y tienen que ver con la relación entre inversionistas y Estados importadores de capitales; no se refieren a la responsabilidad tal como ésta se trata en la segunda parte del proyecto de artículos y no justifican que se prevean excepciones a la postura adoptada en primera lectura, a saber, que la restitución es el modo de reparación prioritario.

6. Las excepciones a la restitución que se enumeran en los apartados a a d del artículo 43 aprobado en primera lectura han sido criticadas por los gobiernos porque, según ellos, vaciaban de contenido la regla enunciada en la frase preliminar del artículo. El Relator Especial propone que se supriman dos de esas cuatro excepciones.

7. La primera excepción, a saber, la imposibilidad material, a la que se refiere el apartado a, se acepta universalmente: ni siquiera el derecho internacional exige lo imposible y se considera que este apartado es satisfactorio.

8. La segunda excepción, es decir, el caso en que la restitución entrañaría la violación de una obligación dimanante de una norma imperativa del derecho internacional general (apartado b), se ha criticado por diversos motivos. Francia, por ejemplo, en la época en que formuló sus observaciones, no aceptaba la noción de norma imperativa⁴. Ahora bien, la crítica más pertinente es que era prácticamente imposible imaginar una situación en que la restitución entrañaría la violación de una obligación dimanante de una norma imperativa del derecho internacional general, sobre todo cuando la restitución se contempla en su relación con la cesación y con una obligación que permanece en vigor. Cabe considerar, sin embargo, que las circunstancias que excluyen la ilicitud previstas en el capítulo V de la primera parte se aplican también a la segunda y una de esas circunstancias se refiere al respeto de las normas imperativas. Por ello, una situación tal como la que se prevé en el apartado b del artículo 43, aunque pudiera existir en la práctica, quedaría cubierta por las disposiciones del capítulo V. Por ello se propone que se suprima ese apartado b.

9. La tercera excepción, o sea, el caso en que la restitución impondría una carga desproporcionada en relación con la ventaja que conseguiría el Estado lesionado con la restitución en especie en lugar de la indemnización, estriba en un principio razonable consagrado en los sistemas jurídicos nacionales. Efectivamente, cuando el restablecimiento del statu quo ante, aunque sea posible, tendría

⁴ Véase 2613.ª sesión, nota 3.

consecuencias tan graves que sería totalmente desproporcionado en relación con la ventaja que reportaría a la parte lesionada, resulta legítimo descartar la restitución y autorizar la indemnización que, por supuesto, debe ser íntegra. Por regla general, esas situaciones no se presentan en el marco de hechos ilícitos continuos. El Sr. Brownlie ha insistido muchas veces en que el principio de que se trata debía aplicarse en el contexto de la obligación primaria y teniendo en cuenta la forma en que ésta se manifestaba en el caso particular. El Relator Especial considera que debe conservarse el apartado c y propone a ese respecto un enunciado muy similar al del texto aprobado en primera lectura.

10. La cuarta excepción se refiere al caso en que la restitución amenazaría gravemente la independencia política o la estabilidad económica del Estado autor del hecho ilícito, siendo así que el Estado lesionado no resultaría afectado del mismo modo si no obtuviese la restitución en especie. Han suscitado muchas polémicas las palabras «siendo así que», que no figuran en la formulación inicial del Sr. Arangio-Ruiz, el cual insistía básicamente en la situación del Estado autor. En ciertas situaciones, sin embargo, precisamente lo que está en juego es la existencia del Estado lesionado. El apartado d es sin duda alguna el precepto que más se ha criticado en todo el proyecto. En opinión de la mayoría de los Estados, la situación que en él se prevé nunca ha existido y es, por consiguiente, imaginaria, y está redactado en términos tan amplios y vagos que no se acierta a ver, en cualquier caso, a qué situaciones podría aplicarse. Según el Relator Especial, la situación que prevé está incluida, de todos modos, en el apartado c; propone, pues, que se suprima este apartado d. Indica que el enunciado que propone para el conjunto del artículo sobre la restitución figura en el párrafo 146 del informe y se reproduce al final de este último. Recoge básicamente la disposición aprobada en primera lectura, con algunas simplificaciones de redacción y sin los apartados b y d.

11. El artículo 44 aprobado en primera lectura constaba de dos párrafos. El primero completa la noción de reparación en lo que se refiere al perjuicio material, pues el perjuicio moral ha de repararse mediante la satisfacción. En el segundo párrafo, la Comisión trataba de definir la indemnización, pero este párrafo contenía unas vagas referencias a los intereses y al lucro cesante en términos que no daban ninguna indicación concreta y parecían dar a entender que se trataba de elementos facultativos. Dejando a un lado la cuestión de los intereses, respecto de la cual propone un artículo distinto, es indudable que la indemnización debe abarcar todo perjuicio susceptible de evaluación económica sufrido por el Estado lesionado y que esa formulación tiene cabida en el primer párrafo. En lo esencial, el debate sobre este proyecto de artículo giraba en torno a la cuestión de saber si el enunciado relativamente sencillo de principios generales que figura en el párrafo 1, complementado por ciertos elementos del párrafo 2, debía conservarse o si era necesaria una definición más detallada de la indemnización. Según ciertos Estados y también para algunos miembros de la Comisión, esta disposición era demasiado sucinta; la fijación del importe de la indemnización planteaba muchos problemas, la práctica a ese respecto era muy abundante y la Comisión debía desarrollar esa noción. Comparado

con los artículos 43 y 45, el artículo 44 era demasiado sucinto.

12. Hay que ser prudente antes de tratar de elaborar principios más detallados con respecto a la indemnización. Se ha intentado hacerlo en los últimos años en la esfera de la indemnización en caso de expropiación y la OCDE ha trabajado en ese sentido en el marco más general de su labor sobre la protección de las inversiones. Con respecto a la expropiación, la dificultad estriba en el contenido de la regla primaria que exige una indemnización. En general, los Estados tienen derecho a expropiar bienes pertenecientes a extranjeros, siempre que lo hagan en aras del interés general y de manera no discriminatoria. En esa esfera sólo hay violación cuando el Estado se niega a abonar la indemnización que tiene la obligación de pagar en virtud del derecho internacional y de conformidad con éste. Pueden entonces plantearse cuestiones, pero no en la etapa de la fijación del importe de la indemnización. Esa distinción importante se hizo en el asunto *Usine de Chorzów* y sigue siendo válida. La Comisión debe abstenerse de enunciar el contenido de una regla primaria específica o de desarrollar la distinción entre expropiación lícita y expropiación ilícita. Si tal es su intención, debe hacerlo en el marco del tema de la protección diplomática.

13. La segunda razón por la que conviene ser prudente es que la indemnización es una noción sumamente dinámica. Los tribunales de derechos humanos iniciaron sus actuaciones con objetivos muy modestos en la materia y las indemnizaciones que concedió, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fueron en un principio muy reducidas. Recientemente, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han vuelto más audaces en lo que se refiere a la indemnización, y el Relator Especial cita en el párrafo 157 de su informe las importantes decisiones dictadas por cada una de esas instancias, en las que se advierte la influencia del fallo dictado en el asunto *Usine de Chorzów* y de los trabajos de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados. Por estas razones, parece justificada una formulación bastante general, ya que las indicaciones adicionales que se juzguen necesarias podrán figurar en el comentario en una forma que no inmovilice el derecho en la materia.

14. En cuanto a los límites de la indemnización, los argumentos aducidos en favor del párrafo 3 del artículo 42 aprobado en primera lectura, relativo a los medios de subsistencia, son más persuasivos en lo que se refiere a la indemnización, porque puede ocurrir que un Estado cause en otro Estado un perjuicio catastrófico que no era previsible cuando se cometió el hecho ilícito. Los ordenamientos internos resuelven la cuestión de diversas maneras, en primer lugar recurriendo a la noción de causa directa, respecto de la cual la Comisión ha admitido que debía consagrarse en los proyectos de artículos sobre la reparación y sobre la indemnización, en particular. Efectivamente, algunos hechos están muy apartados del perjuicio para dar lugar a una indemnización. En segundo lugar, los ordenamientos nacionales toman en consideración los tipos de daños cubiertos por la regla primaria y, en tercer lugar, fijan límites de responsabilidad en los regímenes aplicables a ciertas actividades. Independientemente de que se elija o no el planteamiento firme previsto en el párrafo 163 del informe, parece que la cuestión debe ser resuelta

caso por caso por el tribunal competente o por los propios Estados en su legislación.

15. Volviendo a la cuestión del lucro cesante, el Relator Especial indica que el hecho de mencionar el concepto en el cuerpo del artículo sin dar más precisiones equivaldría a llamar la atención sobre el problema. Por ello, propone una versión simplificada del artículo 44 en el párrafo 165, quedando entendido que en el comentario se explicaría que en ciertas circunstancias el lucro cesante puede dar lugar a una indemnización: ello dependerá del contenido de la regla primaria de que se trate y de los hechos del caso. Si la Comisión desea que se redacte sobre esa cuestión una disposición más elaborada, el Relator Especial se complacerá en acatar ese deseo, pero pedirá instrucciones muy precisas.

16. El Sr. BROWNLIE observa que a la Comisión le queda todavía muchísimo por hacer para agotar un tema que es sumamente importante pero que no se presta bien a la reglamentación. No cree mucho en el éxito de las actividades normativas, pero piensa que, en la mayoría de los casos, la mejor manera de evaluar y utilizar los datos de la experiencia consiste en reunir indicios más bien que en remitirse a reglas supuestamente generales. Por ello no son mucho de su agrado los métodos que desembocan en la elaboración de varias series de proposiciones en apariencia generales. Ahora bien, resulta que la Comisión tiene un mandato. Debe, pues, en este caso, ultimar reglas útiles que vayan debidamente acompañadas de cláusulas restrictivas a fin de evitar las generalidades que, al parecer, caracterizan la parte del informe que se está examinando.

17. Advierte con satisfacción que el Relator Especial reconoce la importancia de las reglas primarias, pero lamenta que no haya sacado de ello las consecuencias que parecen evidentes. No basta con admitir el principio según el cual las reglas primarias desempeñan un papel muy importante en la determinación del fundamento y de la naturaleza de la indemnización, del fundamento de los intereses, por ejemplo. Hace falta también clasificar los casos en los cuales esas reglas se aplican.

18. Refiriéndose al problema conexo de las fuentes, señala que el informe debería haberse basado menos en la doctrina y más en la jurisprudencia, en particular en los laudos. Lamenta especialmente que no se haya mencionado el laudo dictado en el arbitraje Aminoil-Kuwait, en el que entraban en juego toda una serie de acuerdos interdependientes, de lo cual se desprende que el derecho aplicable está constituido por los propios acuerdos. Y es cierto que la reparación depende de la rama del derecho de que se trate. Lo mismo puede decirse de la restitución.

19. Precisamente, tratándose de la restitución, no está convencido de que la restitución sea la forma primera de la reparación. Hay a este respecto una gran incertidumbre. De hecho, si se atribuye a las reglas primarias la importancia práctica que deben tener, no hace ninguna falta determinar si la restitución es o no es una forma de reparación generalmente aplicable, la forma primera de la reparación. El problema puede resolverse de otra manera. Una vez más, resulta perfectamente posible evitar las fórmulas demasiado generales redactando cláusulas restrictivas, a menos que las reglas primarias

consideradas contengan en sí mismas la solución. En cuanto a las fuentes, advierte que también en este caso convendría basarse más en la jurisprudencia, pero siempre que se actúe con circunspección porque el derecho aplicable no se enuncia siempre claramente, como demuestra el caso de las reclamaciones sometidas al Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. Además, considera que poco importa que el derecho aplicable sea o no el derecho internacional general. Tal vez habría que indicar en el comentario que hay asuntos que pueden resolverse por la vía de una declaración de los derechos o de una decisión declaratoria dictada por un tribunal sin que ello dé lugar a una restitución propiamente dicha, por ejemplo, a la obligación de retirarse de un territorio en los casos de litigios territoriales.

20. Por último, desapueba que se mencionen los daños y perjuicios de carácter punitivo y el perjuicio moral en el marco de la «satisfacción».

21. El Sr. GAJA dice que las propuestas del Relator Especial le parecen en general muy convincentes y que, de todos modos, constituyen un progreso en relación con los textos correspondientes aprobados en primera lectura. Piensa que la Comisión no tiene más elección que enunciar reglas que se originen de las decisiones judiciales y de los laudos. Pero el problema estriba en que esas reglas sólo se aplican ocasionalmente.

22. Refiriéndose al nuevo artículo 43 que se propone, en relación con la restitución, se pregunta a qué personas remiten las palabras «los lesionados» que se emplean en el apartado c. ¿Se refieren al Estado, como preveía la antigua disposición correspondiente? ¿Abarcan también a los particulares, por ejemplo, cuando la obligación violada afecta el trato de los extranjeros o derechos fundamentales? Si tal es el caso, ¿debe hacerse la restitución a otro Estado o al particular vulnerado o aun al Estado en beneficio de este último? Debería modificarse la redacción del apartado c, a fin de suprimir toda referencia a la entidad vulnerada. ¿Mas es posible limitar la responsabilidad de los Estados a las relaciones interestatales y hacer caso omiso de los particulares?

23. Tratándose la cuestión de la imposibilidad material, no se muestra convencido por las explicaciones que da el Relator Especial en el párrafo 141 por lo que se refiere, en particular, a los asuntos relativos a la pena de muerte. Tampoco se muestra convencido por el argumento que se aduce en el párrafo 142, según el cual puede excluirse la restitución en el caso en que el Estado demandado podría haber conseguido de manera lícita un resultado similar o idéntico en la práctica sin violar la obligación; esto vale sobre todo para las obligaciones de naturaleza procedimental. Podría aducirse que si existe un medio lícito de alcanzar un resultado dado, el hecho de que el Estado demandado no haya recurrido a ese medio no lo exime, por sí mismo, de la obligación de restitución. El Estado debe poner en funcionamiento ese medio. La restitución es posible y el problema de la desproporción no se plantea. No se trata de saber en qué consiste la restitución, que dependerá del contenido de las reglas primarias. Más bien se trata de saber si la violación de una obligación justifica la restitución.

24. El Sr. HAFNER tiene dudas respecto de los dos proyectos de artículo que se han propuesto, en particular respecto del proyecto de artículo 43, que se refiere a la restitución. Resulta que la restitución es una obligación, a la que se aplican, por ese mismo hecho, todas las disposiciones del proyecto de artículos que se está elaborando, incluso las que tienen que ver con las circunstancias que excluyen la ilicitud. Cabe preguntarse, en tal caso, cuáles son las consecuencias de ello. Si surge una circunstancia que excluye la ilicitud, el Estado queda eximido de la obligación de restituir, pero no de la obligación de indemnizar, por ejemplo, porque evidentemente subsiste la obligación original. ¿Cuál es entonces la relación entre las disposiciones referentes a las circunstancias que excluyen la ilicitud y las disposiciones referentes a la restitución en su relación con la indemnización? ¿Cuál es la relación entre el caso de imposibilidad material a que se refiere el artículo 43 y el de fuerza mayor, por ejemplo? ¿Ha de considerarse que las excepciones de la restitución sustituyen a las circunstancias que excluyen la ilicitud en cuanto *lex specialis* o que las disposiciones referentes a las circunstancias que excluyen la ilicitud se suman a esas excepciones?

25. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), refiriéndose a este último extremo, contesta que si se considera establecida una de las condiciones enunciadas en el artículo 43, queda extinguida la obligación de proceder a la restitución; sólo se plantea el problema de la indemnización; en cuanto a las circunstancias que excluyen la ilicitud enumeradas en la primera parte del proyecto de artículos, suponiendo que sean aplicables en todos los casos, surten el efecto, en particular, de suspender durante un tiempo la ejecución de la obligación. Así ocurre, por ejemplo, en una situación de peligro extremo y en caso de fuerza mayor. Pero también puede ocurrir que la duración de esa suspensión sea suficientemente larga para que la obligación se extinga. En la jurisprudencia siempre se han dissociado el mantenimiento de la obligación original y la exención de la ejecución de la obligación en un momento determinado.

26. Su parecer es que, en general, las circunstancias que excluyen la ilicitud complementan las excepciones enunciadas en el artículo 43. Por consiguiente, la imposibilidad de proceder a la restitución remite a una imposibilidad permanente más bien que a una imposibilidad temporal.

27. El Sr. LUKASHUK da las gracias al Relator Especial, que ha presentado un informe muy circunstanciado. Hace suya la orientación general que ha seguido el Relator Especial y le parece que los textos propuestos para los artículos 43 y 44 son más fáciles de aplicar que los textos aprobados en primera lectura, porque están más cerca de la realidad.

28. Se reserva el derecho de referirse más detalladamente a las propuestas del Relator Especial.

29. El Sr. ECONOMIDES piensa que la cuestión de la reparación sólo puede reglamentarse de una manera general y con mucha prudencia, dejando que la práctica, en particular la jurisprudencia tanto internacional como interna, se encargue de ultimar los detalles de aplicación. No le han convencido los argumentos, que le parecen

insuficientes, del Relator Especial en favor de la supresión de las palabras «en especie» después de las palabras «restitución». Las nuevas disposiciones que propone el Relator Especial son menos precisas que las que se aprobaron en primera lectura. Por ejemplo, el artículo 43 no dice a quién debe hacerse la restitución. Implícitamente, se supone que debe hacerse al Estado lesionado. Ahora bien, en un texto tan importante como ese, hay que ser muy preciso. El artículo 44 adolece del mismo defecto, pues se ha descartado la relación bilateral entre el Estado responsable y los Estados lesionados, que se indicaba claramente en las disposiciones antiguas. Es dudoso que las circunstancias que excluyen la ilicitud del hecho se apliquen también en la parte que se está examinando y esta cuestión debe estudiarse con mucho detenimiento. Por lo demás, en estos artículos del proyecto no se utiliza la noción de Estado responsable. Se sabe naturalmente que el Estado es responsable porque ha cometido un hecho internacionalmente ilícito. Sin embargo, las nociones de responsabilidad internacional y de Estado responsable deberían ocupar un lugar preponderante en ese marco. Por último, el Sr. Economides se reserva su posición en cuanto a la eliminación de dos excepciones en el artículo 43. No es que sea partidario de esas excepciones, pero todavía no ha podido llegar a una opinión definitiva y se reserva el derecho de referirse a ellas más adelante.

30. El PRESIDENTE advierte que los proyectos de artículos se han formulado de tal manera que garanticen al Estado lesionado el derecho a elegir un modo de reparación. Podría considerarse que el autor del hecho ilícito también tiene derecho a ejercer una elección. El Presidente pregunta al Relator Especial si del párrafo 123 de su informe cabe deducir que se propone elaborar un artículo específico a ese respecto en la segunda parte bis.

31. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) contesta afirmativamente a la pregunta del Presidente. La razón por la cual se formulan los artículos en términos de obligación del Estado responsable es que de ese modo se deja abierta la cuestión de saber quién tiene derecho a invocar la responsabilidad, así como la cuestión de las opciones que pueden ejercerse en el momento de la invocación. No ha de perderse de vista que se está tratando de obligaciones para con entidades diferentes e incluso para con no entidades. Por ejemplo, la comunidad internacional en conjunto no es una persona moral, pero existen obligaciones para con ella. En ciertas situaciones, son varios los Estados lesionados. Hablar de obligación «para con el Estado lesionado» supone una forma puramente bilateral de responsabilidad, y no es tal el caso. En primera lectura no se ha propuesto ninguna solución para este problema. Se vuelve ahora a tratarlo en la segunda parte bis, que establece una distinción entre la obligación del Estado responsable de hacer reparación en una de las formas previstas y la invocación de esa responsabilidad por otros Estados que pueden elegir la forma de reparación. Evidentemente, es posible que el Estado lesionado prefiera la indemnización en lugar de la restitución, salvo en circunstancias excepcionales. Estas disposiciones se enmarcarán en un conjunto en que se indicará cuáles son las responsabilidades del Estado autor de la violación y, a continuación, lo que pueden hacer los Estados para invocar esas responsabilidades. La razón por la cual se consideraba que los precedentes artículos entrañaban una

elección, por ejemplo, entre la indemnización y la restitución es simplemente que se referían a un derecho, y se suponía que ese derecho entrañaba un derecho a elegir. Es evidente que en un contexto bilateral el Estado lesionado tiene derecho a ejercer esa elección y hay que decirlo expresamente en vez de darlo por descontado.

32. El Sr. SIMMA no excluye, en principio, que un Estado que no pertenezca a la categoría de Estados lesionados pueda pedir la restitución. Ahora bien, la distinción entre cesación y restitución plantea un problema difícil en lo que se refiere, por ejemplo, a las violaciones de los derechos humanos. A este respecto, el texto del comentario en su forma actual debería considerarse provisional.

33. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que queda entendido que el Estado lesionado, que ha sufrido el perjuicio, tendrá derecho a elegir el modo de reparación. En ciertas circunstancias, podrán invocar la responsabilidad otros Estados. El Sr. Gaja ha mencionado acertadamente la posibilidad de que esos Estados sustituyan, de hecho, al Estado lesionado. Por supuesto que no serían indemnizados, pero tendrían derecho a exigir no sólo la cesación, sino también la restitución. Precisamente para tener en cuenta esa posibilidad ha redactado la disposición pertinente del artículo 43 en la forma en que está ahora enunciada. Hay que equilibrar los inconvenientes para el Estado que interviene y el perjuicio sufrido por las víctimas, las personas verdaderamente afectadas por el hecho ilícito. La manera en que están enunciados los proyectos de artículos deja abierta la posibilidad de que el Estado lesionado haga valer sus derechos para sí mismo y la posibilidad de que los demás Estados defiendan esos derechos de una manera, por así decirlo, más general.

34. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, refiriéndose a la pregunta formulada por el Sr. Hafner acerca del lugar que pueda corresponder a las circunstancias que excluyen la ilicitud en las diversas formas de reparación, dice que pueden preverse dos soluciones. La primera consiste en decir que el capítulo II parte del principio de que la ilicitud no queda excluida. A partir de allí, se tratarían los diversos casos particulares de indemnización de los hechos ilícitos cometidos. La segunda consiste en abordar la cuestión en el marco de la atenuación de la responsabilidad. Tal vez en este marco pueda evocarse la preocupación que acaba de mencionarse y que él comparte.

35. Por lo que se refiere a los proyectos de artículos 43 y 44, prefiere la formulación de Roberto Ago. Por supuesto, los artículos propuestos por el Relator Especial son más concisos, pero cabe preguntarse si no está sacrificando ciertas cuestiones que no son accesorias sino esenciales. Por ejemplo, se sacrifica la excepción en el apartado d del artículo 43 aprobado en primera lectura. La consecuencia de ello es que la cuestión de saber si, llegado el caso, hay más de un Estado «afectado» por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito no halla prácticamente respuesta en el nuevo enunciado, y, sin embargo, se trata de una cuestión de fondo.

36. De igual modo, en el tratamiento global de la reparación, el Relator Especial se inclina por invertir los papeles. En el proyecto Ago, quien estaba en el banquillo en la primera parte era más bien el Estado autor del hecho

internacionalmente ilícito, mientras que en la segunda parte los focos se fijaban en el Estado lesionado. Ahora el proceso es el inverso: los artículos del proyecto empiezan con la fórmula «El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito».

37. En la primera parte se trataba de sentar unos principios. Parece lógico pensar que al enunciar las reglas que forman el tema de la segunda parte convendría rebasar los principios e ir más adelante. Para ello habría sido preferible mantener al Estado lesionado en una función más activa a fin de mostrar que es el motor principal de la reparación.

38. Hay un extremo sobre el que se muestra totalmente de acuerdo con el Relator Especial, es decir, el de suprimir las palabras «en especie». O se habla de restitución, o bien se habla de reparación en especie. Sólo se puede restituir en su integridad lo que ha sido expropiado indebidamente. No es sólo una cuestión semántica, es también una cuestión de fondo. A partir del momento en que la construcción del sistema entero descansa en la obligación internacional, todo el problema consiste en saber cómo se va a restituir lo que en cierto modo sería un derecho, es decir lo contrario de la obligación. Hay una materialidad de la cosa por restituir que no se acaba de apreciar mediante la construcción que la Comisión ha adoptado y que consiste en basar todo el sistema del derecho de la responsabilidad en la violación de la obligación internacional, es decir en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.

39. La cuestión de la indemnización no se presta a un tratamiento tan condensado como el que le otorga el Relator Especial en su tercer informe. Cabe preguntarse por qué, en la disposición que propone en el párrafo 165, vuelve a introducir la restitución. La indemnización es un modo de reparación que se desprende de la restitución. Ahora bien, se crea la impresión de que el principio general es la restitución y sólo la restitución y que en el plano técnico interviene la indemnización cuando no hay restitución. Lo mismo ocurre, al parecer, en el caso de la satisfacción. En su sobriedad, estos proyectos de artículos plantean cuestiones que requieren una elaboración más a fondo por parte del Comité de Redacción.

40. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) recuerda al Sr. Pambou-Tchivounda que la segunda parte del proyecto de artículos no fue redactada por el Sr. Ago sino por el Sr. Riphagen y el Sr. Arangio-Ruiz y que, por consiguiente, no se puede saber si el Sr. Ago habría atribuido el «papel activo» al Estado lesionado o al Estado responsable en los artículos referentes a la restitución y a la indemnización. En cuanto Relator Especial, se ha empeñado sobre todo por despejar la cuestión sin pretender haberla resuelto de manera satisfactoria. Su intención era dar efecto, en el contexto de un capítulo sobre la ejecución de la responsabilidad, a lo que considera el conjunto de valores que se halla implícito en los artículos 1 y 3, recogiendo así un planteamiento que, en su opinión, había sido desechado equivocadamente por los relatores especiales anteriores.

41. El Sr. ROSENSTOCK dice que resulta muy difícil tomar posición sobre los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial sin colocarlos en el contexto

general del proyecto. Por ejemplo, es indispensable tener una visión clara de los vínculos que existen entre el artículo 40 y el resto del régimen. El enunciado del artículo 44 no puede apreciarse sino en función de lo que se diga en el comentario. Por consiguiente, sus observaciones acerca de los artículos 43 y 44 no pueden ser sino preliminares.

42. Sea como fuere, el Sr. Rosenstock aprueba la propuesta del Relator Especial de sustituir el título del capítulo II «Derechos del Estado lesionado y obligaciones del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito» por la fórmula más breve «Formas de la reparación». Este título no sólo es más corto y más sencillo, sino que también permite —como señala el Relator Especial en el párrafo 120— evitar que se cause la impresión de que los derechos de los «Estados lesionados» guardan en todos los casos una correlación estricta con las obligaciones del Estado responsable.

43. Por lo que se refiere al artículo 43, la nueva fórmula propuesta por el Relator Especial le parece aceptable, siempre que también se acepte la nueva versión del artículo 45.

44. El nuevo texto del artículo 44 le causa más problemas, porque se pregunta si al suprimir la referencia al lucro cesante no se corre el riesgo de crear situaciones equívocas. Por supuesto, como observa el Relator Especial en el párrafo 149 de su informe, esa referencia era tal vez demasiado «tibia» en la versión antigua, pero eso no era razón suficiente para suprimirla. Es imprescindible mencionar el lucro cesante, si no en forma de referencia expresa en el artículo 44, solución que sería la más acertada, por lo menos en un artículo separado o en el comentario.

45. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que parece haber un malentendido en lo que se refiere al lucro cesante. La aprobación de una segunda parte bis referente a la ejecución de la responsabilidad influirá, por supuesto, en el contenido del artículo 44. El Sr. Arangio-Ruiz ya propuso en su día dos versiones (una larga y otra corta) de ese artículo (antiguo artículo 8) en su segundo informe⁵. La versión larga planteaba problemas, porque no era mucho más explícita que la versión corta, pero además suscitaba controversias. Por ello la Comisión y el Comité de Redacción optaron por la versión corta⁶; ahora bien ésta finalmente ha sido considerada insuficiente por los gobiernos y por ciertos miembros.

46. Ahora la Comisión debe elegir entre dos soluciones: o se redacta el artículo 44 de manera concisa enunciando en términos flexibles un principio muy general o bien se trata de ser más detallado y exhaustivo. En este caso no parece posible una solución intermedia. Si se opta por la versión larga —lo que constituiría un cambio de estrategia en relación con la solución adoptada en primera lectura—, dicha solución debería comprender efectivamente una referencia al lucro cesante. Pero en última instancia corresponde a la Comisión decidirlo y él perso-

nalmente espera que los miembros tengan a bien orientarle a ese respecto.

47. El Sr. GALICKI dice que, como los oradores que le han precedido, se limitará a hacer una observación preliminar, pues la sección B del capítulo I del tercer informe que acaba de distribuirse merece estudiarse más detenidamente.

48. En lo que se refiere a la formulación del artículo 44, el Relator Especial parece rechazar a priori toda solución intermedia entre la versión actual acortada, en la que no se menciona el lucro cesante, y una versión larga y analítica que se inspira en la que se aprobó en primera lectura. Sin embargo, habida cuenta de los comentarios formulados por los gobiernos y de las posiciones adoptadas por ciertos miembros, esa solución de transacción permitiría tal vez recoger la unanimidad. Aunque no tiene por ahora ninguna proposición concreta que hacer, no le parece imposible mencionar el lucro cesante, incluso en una versión concisa del artículo 44. A veces, unos problemas que a primera vista son complejos tienen una solución simple, como demuestra el nuevo título del artículo 43, en el que la supresión de las palabras «en especie» ha permitido resolver la cuestión de saber si procedía hablar de restitución en especie o de restitución íntegra.

49. El Sr. ROSENSTOCK coincide enteramente con el Sr. Galicki. Se podría perfectamente hacer referencia al lucro cesante en un artículo 44 que se redactase de manera concisa, a reserva de dar explicaciones complementarias en el comentario.

50. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) no se opone a esa solución, pero desea hacer una aclaración: la Comisión no tendrá —como ha dicho el Sr. Galicki— que elegir entre el artículo 44 aprobado en primera lectura y la nueva versión que acaba de proponer, sino entre esta nueva versión y el artículo detallado que presentó el Sr. Arangio-Ruiz en su segundo informe. Efectivamente, no cree haber modificado el fondo del artículo 44 aprobado en primera lectura; por supuesto, ha eliminado la noción de «intereses», que se ha tratado y desarrollado separadamente, pero sólo ha suprimido la referencia al lucro cesante porque ciertos gobiernos consideraban que estaba formulada de manera tan débil que su efecto era una «descodificación» del derecho internacional. Por ello ha preferido abordar esta cuestión en el comentario.

51. El artículo propuesto por el Sr. Arangio-Ruiz en su segundo informe era mucho más analítico y explicaba en cinco párrafos las diferentes modalidades de la indemnización.

52. El Sr. GALICKI dice que no critica la decisión del Relator Especial de suprimir la referencia a los «intereses» que no hay por qué mencionar en el artículo 44, pero todavía piensa que la cuestión del lucro cesante sigue sin resolver.

53. El Sr. ELARABY coincide con los oradores que le han precedido y en particular con el Sr. Rosenstock: el artículo 44 debería contener una referencia al lucro cesante aun cuando sea conveniente redactar ese artículo de manera concisa.

⁵ Véase Anuario... 1989, vol. II (primera parte), pág. 57, doc. A/CN.4/425 y Add.1, párr. 191.

⁶ Véanse el artículo 8 y su comentario [Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), págs. 73 a 82].

54. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), refiriéndose a las observaciones del Sr. Brownlie, dice que, efectivamente, el problema de las relaciones entre reglas primarias y reglas secundarias se plantea de manera evidente en la esfera de la reparación. Contra lo que a veces se suele pensar, las reglas secundarias no «funcionan» de modo autónomo e independientemente de las reglas primarias. Esto, en particular, no se tiene bastante en cuenta en el contexto de la *lex specialis*.

55. Sea cual fuere la importancia de las reglas primarias, resultaba difícil sacar las consecuencias de ello en la formulación de los artículos propiamente dichos. Por ello prefirió abordar esta cuestión en el comentario. Por lo demás, señala que, de modo general, no se hace referencia al contenido de las obligaciones primarias en el texto mismo de los artículos. Se intentó hacerlo en los artículos 19 y 40 adoptados en primera lectura, pero la experiencia resultó desastrosa.

56. En cuanto a saber si el perjuicio moral o los daños y perjuicios punitivos deben tener cabida en el artículo 44, recuerda que el Sr. Arangio-Ruiz había resuelto el problema diciendo que este artículo (anterior artículo 8) trataba de la cuestión del perjuicio moral causado a los individuos y que el artículo 45 (anterior artículo 10) trataba de la cuestión del perjuicio moral causado a los Estados. Esta solución había suscitado una controversia, porque la expresión «perjuicio moral» puede aplicarse a cosas tan dispares como el sufrimiento de una persona torturada o la afrenta infligida a un Estado a raíz de la violación de un tratado. Probablemente habrá que volver a estudiar esta cuestión después del examen del artículo 45.

57. La observación del Sr. Gaja es muy acertada: la vuelta al *statu quo* ante evidentemente no es la única forma de restitución, aunque constituye, en cierto modo, el prototipo de tal restitución. En el fondo, todo es una cuestión de grado. En realidad, el principal problema que se plantea en el artículo 43 es, una vez más, la relación entre reglas primarias y reglas secundarias. En la teoría de la responsabilidad de los Estados, la restitución es una forma de reparación bien establecida, pero en la práctica no lo está, como demuestran los ejemplos citados en el párrafo 143. La dificultad estriba, pues, en conciliar la teoría y la práctica.

58. El Relator Especial da las gracias al Sr. Economides por haber señalado a su atención la imprecisión de ciertos elementos. Tratará de remediarlo.

59. Reconoce que el problema de la pluralidad de Estados lesionados planteado por el Sr. Pambou-Tchivounda es muy real. Por ejemplo, dos «Estados lesionados» no pueden obtener simultáneamente la extradición de una sola persona. Pero el problema queda atenuado si se hace la distinción entre la obligación subyacente de reparar y la invocación de tal obligación por el Estado lesionado u otros Estados. Es lo que ha tratado de demostrar en la primera parte del texto.

60. A la luz de las primeras reacciones de los miembros, le parece que, dejando de momento a un lado el problema del lucro cesante, la mayoría de la Comisión es partidaria de redactar un artículo 44 conciso, complementado por explicaciones detalladas en el comentario.

61. El Sr. GOCO también es partidario de esta solución. El debate debe proseguirse sobre la base de la nueva versión del artículo 44 que figura en el párrafo 165 del informe, cuyo texto podrá ser pulido por el Comité de Redacción. Pero, por supuesto, no cabe desechar las observaciones formuladas sobre esa cuestión por los gobiernos. En el párrafo 152 se dice, por ejemplo, que los Estados Unidos, basándose en las decisiones del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos y de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, han argüido que la redacción actual del párrafo 2 (de la antigua versión del artículo 44) va en contra de la mayoría de los precedentes sobre el tema y del principio de la «reparación íntegra»⁷.

62. ¿Ha de considerarse entonces que en la nueva versión la expresión «todo daño económicamente valorable» (que también figuraba en la versión antigua) abarca —esta vez implícitamente— el lucro cesante y los intereses? Esta es una cuestión que el Comité de Redacción deberá tener en cuenta.

63. El Sr. ROSENSTOCK aprueba sin reserva la solución que acaba de sugerir el Relator Especial, o sea, redactar el artículo 44 de manera concisa incluyendo en él una referencia al lucro cesante y dando explicaciones detalladas en el comentario.

64. El Sr. HE dice que el principal problema que se plantea en el artículo 44 consiste en definir el alcance de la indemnización; por ello le parece que ese artículo debería desarrollarse a fin de abarcar todos los casos en que el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito debe pagar una indemnización.

65. En el artículo propiamente dicho habría que definir, qué se entiende por «daño económicamente valorable» precisando que ese daño está vinculado con el hecho internacionalmente ilícito. El vínculo de causalidad debería destacarse claramente. También debería introducirse en el texto una referencia al lucro cesante.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

⁷ Véase 2613.ª sesión, nota 3.

2635.ª SESIÓN

Viernes 9 de junio de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Baena Soares, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación)
(A/CN.4/504, secc. A, A/CN.4/507 y Add.1 a 4,²
A/CN.4/L.600)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que continúe presentando la sección B del capítulo I de su tercer informe (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).
2. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que al presentar el resto de la sección B del capítulo I no pretende adelantarse al debate adicional sobre los artículos 43 y 44. Sugiere que el principio de la primera sesión plenaria de la segunda parte del período de sesiones se reserve a las observaciones que deseen formular los miembros sobre estos dos artículos antes de que se remitan al Comité de Redacción, y que posteriormente prosigan los debates sobre los otros tres artículos propuestos en su tercer informe, los artículos 45 (Satisfacción), 45 bis (Intereses) y 46 bis (Atenuación de la responsabilidad), que ahora procederá a presentar.
3. Empezando por el artículo 45, afirma que la frase de importancia decisiva que figura en el párrafo 1 del proyecto de artículo aprobado en primera lectura y reproducido en el párrafo 167 dice «satisfacción por el daño, en particular el daño moral, causado por ese hecho, si ello es necesario para que la reparación sea íntegra y en la medida en que sea necesario». Por consiguiente, las palabras «daño moral» se utilizan en relación con la satisfacción. Después, en el párrafo 2, se enumeran las formas que puede adoptar la satisfacción.
4. A pesar de un acuerdo en lo fundamental, el artículo 45 plantea numerosas dificultades. La referencia a la satisfacción por daño moral que figura en el párrafo 1 resulta problemática. En primer lugar, la expresión «daño moral» posee un significado que no plantea muchas dudas en el contexto de las personas. Como ha reiterado muchas veces el Sr. Arangio-Ruiz, ex Relator Especial de este tema, las peticiones de compensación en nombre de personas individuales, por ejemplo por dolor o sufrimiento o por violaciones notorias de sus derechos, corresponden al capítulo de la indemnización más que al de la satisfacción. Por consiguiente, resulta algo difícil hablar de daño moral en relación tanto con el artículo 44 como con el artículo 45. En segundo lugar, resulta difícil hablar de daño moral en relación con los Estados porque ello supone atribuirles toda clase de emociones, sentimientos, humillaciones y dignidad. El texto refleja una preocupación real y ciertamente ha habido casos en que Estados o gobiernos de Estados se han sentido, por ejemplo, vejados por una injusticia. No obstante, sería prudente mantener dentro de límites racionales el empleo de palabras emotivas en relación con los Estados y evitar la confusión con el daño moral causado a personas. Está de acuer-

do con Dominice en que debería emplearse la expresión «perjuicio no material» (préjudice immatériel) para las cuestiones que exigen satisfacción en vez de las palabras «daño moral»³.

5. Las palabras « si ello es necesario para que la reparación sea íntegra y en la medida en que sea necesario» tienen por finalidad indicar que puede haber circunstancias en que no se plantee la cuestión de la satisfacción. Se trata simplemente de distribuir las pérdidas en caso de que se cause daño, con lo cual serían suficientes los artículos 43 y 44.

6. De la labor preparatoria no se deduce con claridad si el párrafo 2 tiene por finalidad enumerar de manera exhaustiva las formas de satisfacción. Un párrafo del comentario dice que se trata de una lista exhaustiva y otro dice que no⁴. Al presentar esta disposición el Presidente del Comité de Redacción ha dicho que es una lista exhaustiva, pero las palabras iniciales del párrafo 2 dan a entender que no lo es. En todo caso, no debería ser exhaustiva.

7. La declaración constituye la principal forma de satisfacción en la práctica judicial, según se determinó claramente en los asuntos *Détroit de Corfou*, *Rainbow Warrior* y muchos otros. En el asunto *Détroit de Corfou*, la CIJ dejó bien claro que la declaración de ilicitud de la operación de desminado constituía una satisfacción suficiente. Desde entonces, estas palabras se han repetido en muchos asuntos. Por consiguiente, si se supone que el párrafo 2 es exhaustivo, deja al margen lo que constituye el remedio más habitual en la práctica judicial, extremo que ya ha señalado el propio Sr. Arangio-Ruiz al proponer que la declaración constituya una forma de satisfacción⁵, al igual que lo han hecho numerosos gobiernos, entre ellos el de Francia⁶. No obstante, el problema de la declaración es que, por definición, la efectúa un tercero. No puede efectuarse con respecto a uno mismo. Y sin embargo los artículos están redactados partiendo del supuesto de que se aplican directamente a las relaciones entre Estados y que los procesos judiciales son posteriores a esas relaciones. Dicho con otras palabras, los artículos siguen la tradición declarativa pero él emplea la palabra «declarativa» en un sentido diferente, a saber, partiendo de la base de que la función del tribunal es declarar una relación jurídica vigente entre los Estados partes en la controversia. Por supuesto, estas decisiones pueden perfectamente tener efecto vinculante en virtud del principio de la cosa juzgada, pero se trata de una cuestión diferente. Por ello, desde el punto de vista de la técnica de la redacción, resulta algo difícil encajar la declaración en el párrafo 2. Parece incuestionable que debe estar allí, pero el problema reside en que el párrafo 2 se refiere a lo que un Estado debe hacer en respuesta a

³ C. Dominice, «De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État», *L'ordre juridique international entre tradition et innovation : recueil d'études*, París, Presses Universitaires de France, 1997, págs. 349 y ss., en particular pág. 354.

⁴ Véanse los párrafos 9 y 16 del comentario al artículo 10 [Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), págs. 82 a 88].

⁵ Véase el párrafo 3 del artículo 10 [Anuario... 1989, vol. II (primera parte), pág. 58, doc. A/CN.4/425 y Add.1, párr. 191].

⁶ Véase Anuario... 1998, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/488 y Add.1 a 3.

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en Anuario... 1996, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D, pág. 64.

² Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).