

ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA SEGUNDA PARTE
DEL 52.º PERÍODO DE SESIONES

celebrada en Ginebra del 10 de julio al 18 de agosto de 2000

2636.^a SESIÓN

Lunes 10 de julio de 2000, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka.

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)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a reanudar el examen de los proyectos de artículo 43 y 44, incluidos en la sección B del capítulo I del tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/507 y Add.1 a 4), que presentó el Relator Especial (2634.^a sesión) en la primera parte del período de sesiones.

2. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) recuerda que en el debate iniciado durante la primera parte del período de sesiones se plantearon varias cuestiones, en particular el vínculo existente entre la restitución y la

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).

indemnización y la oportunidad de dedicar un único artículo a la indemnización. Teniendo en cuenta una observación del Sr. Rosenstock (ibíd.), el Relator Especial preparó un proyecto de comentario sobre el artículo 44, a la vista del cual los miembros de la Comisión podrán considerar si conviene ampliar el propio artículo o si el texto relativamente sencillo que propone es suficiente.

3. El Sr. ECONOMIDES dice que su intervención se referirá a los artículos 43 y 44, pero que también hará algunas observaciones en relación con el artículo 45 bis, que lo considera inseparable del artículo 44.

4. Con respecto al artículo 43, el Sr. Economides comparte enteramente la opinión de que es preciso considerar que la restitución es la forma de reparación prioritaria, a pesar de que la indemnización sea de hecho la más frecuentemente empleada. En cada caso de responsabilidad, el objetivo que se persigue realmente es borrar lo más posible toda traza del hecho internacionalmente ilícito, restableciendo la situación anterior mediante la restitución en especie, es decir, el statu quo ante. En cuanto a las excepciones previstas en el artículo 43 aprobado en primera lectura, el Sr. Economides estaría de acuerdo en que se suprimiera la prevista en el apartado d, es decir, la amenaza grave contra la independencia política o la estabilidad económica del Estado responsable, por dos razones fundamentales que el propio Relator Especial cita en su tercer informe, a saber, porque se trata de un caso sumamente excepcional que, además, está comprendido de manera no insignificante por el apartado c. También estaría de acuerdo en que se suprimiera la excepción prevista en el apartado b —violación de una obligación nacida de una norma de jus cogens— a condición de que se tuviera la certidumbre de la aplicabilidad del artículo 29 bis a ese caso; se trata de una cuestión que el Comité de Redacción deberá examinar a fondo.

5. Además sería conveniente introducir algunos cambios de redacción: la frase «que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito» debería sustituirse por el término «responsable», como ya se ha hecho en varios lugares; en la versión francesa el participio obligé debería sustituirse por el participio tenu, que es más jurídico y

tiene un sentido más fuerte; por último, la disposición adquiriría más precisión si se añadiera la expresión «en especie» al concepto de restitución. Por lo tanto, el texto del párrafo inicial del artículo 43 sería el siguiente: «El Estado responsable tendrá la obligación de restituir en especie, es decir, restablecer la situación que existiera antes de la comisión del hecho ilícito, siempre y en la medida en que ello...». Además, en la versión francesa podría sustituirse la expresión *ceux qui sont lésés* que figura en el apartado c por *l'État ou les États lésés*.

6. Con respecto al artículo 44, el Sr. Economides dice que es partidario de una formulación flexible, pero también lo más precisa posible, análoga a la aprobada en primera lectura. Estaría también de acuerdo en que se limitara la indemnización mediante una disposición similar a la que figura actualmente en el párrafo 3 del artículo 42. Con respecto a los intereses, que representan un elemento esencial de la indemnización, considera que su lugar apropiado es el artículo 44, cuyo párrafo 2 podría desarrollarse a esos efectos. Por su parte, la cuestión del lucro cesante y de los intereses compuestos debería tratarse con mucha prudencia en el ámbito del proyecto de artículo y no exclusivamente en el comentario. Por tanto, el Sr. Economides propone que el artículo 44 sea del tenor siguiente:

«1. El Estado responsable tendrá la obligación de indemnizar del daño causado por el hecho internacionalmente ilícito que haya cometido en la medida en que el daño no haya sido reparado mediante la restitución en especie.

»2. A los efectos del presente artículo, la indemnización cubrirá todo daño económicamente valorable, los intereses sobre el monto del principal exigible en la medida necesaria para garantizar la plena reparación, así como, en determinados casos, las ganancias dejadas de obtener o los intereses compuestos.»

Por último, los elementos de la propuesta del Relator Especial que figuran en el proyecto de artículo 45 bis y se refieren al tipo y el modo de computar los intereses así como el período en que éstos se devengarán podrían incluirse en un párrafo 3 que se agregaría al artículo 44.

7. El Sr. HE recuerda que el capítulo II de la segunda parte propuesto por el Relator Especial titulado «Formas de reparación» procede del principio fundamental de derecho internacional de que todo incumplimiento de un compromiso comporta la obligación de ofrecer reparación, principio que la CPJI formuló en el asunto *Usine de Chorzów* y fue confirmado por la CIJ en otras decisiones, y que aplican distintas jurisdicciones y tribunales que entienden de casos de violación de compromisos de la que se deriva una responsabilidad internacional. La obligación de reparación puede considerarse desde diversos puntos de vista. En sentido general, tiene por objeto eliminar en la medida de lo posible todas las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito restableciendo la situación existente o que habría existido de no haberse producido el hecho. De ahí el objetivo general de la «plena reparación» a la que tienden las disposiciones del capítulo II. En segundo lugar, la obligación de reparación, en cuanto consecuencia jurídica principal del hecho internacionalmente ilícito cometido por un Estado, sólo

se refiere a los efectos directos o inmediatos, y no indirectos o lejanos, de una violación; la exigencia de derecho consuetudinario de que exista un nexo de causalidad suficiente debería, por lo tanto, incluirse de manera explícita en las disposiciones pertinentes sobre la reparación o la indemnización o, por lo menos, en el comentario. En tercer lugar, aunque se han expresado opiniones divergentes al respecto, la plena reparación debe abarcar el lucro cesante y los intereses, para no contradecir la jurisprudencia más extendida y tampoco el propio principio de la plena reparación. Por último, el texto que se examina debería expresar o reflejar la necesaria proporcionalidad entre la reparación y el daño sufrido, ya que toda idea de sanción adicional a la plena reparación es inaceptable y debe rechazarse, porque la obligación de reparación que el concepto de responsabilidad comporta no debe perseguir otra finalidad que la de eliminar todas las consecuencias del hecho ilícito. Esto es conforme a la idea de que la indemnización no ha lugar cuando no se ha demostrado ningún daño, bien sea material o moral.

8. Con respecto a la restitución contemplada en el artículo 43 propuesto por el Relator Especial, los partidarios de una relación más flexible entre restitución e indemnización que dejara al Estado lesionado la libertad de elegir las formas de reparación que considerara más apropiadas han criticado un primer planteamiento en el que se defiende la prioridad de la restitución sobre cualquier otra forma de reparación, especialmente la indemnización, por considerar que era demasiado rígida y contraria a la práctica. El Relator Especial, aun confirmando la primacía de la restitución, ha mantenido la idea de una prioridad relativa, especialmente la prioridad de la restitución cuando se trate de territorios o individuos capturados ilegalmente o bienes de gran valor histórico o cultural. En el artículo 43 propuesto se mantendría así el principio de la prioridad, a reserva de determinadas excepciones. Sin embargo, dado que en el artículo 43 aprobado en primera lectura se prevé que, si la restitución correspondiente a una plena reparación es posible, el Estado responsable no debería poder elegir la indemnización, cabe preguntarse si, en este caso, el Estado lesionado podría preferir una indemnización.

9. En cuanto al artículo 44 propuesto por el Relator Especial, lo más importante es saber si, como señala el Relator Especial en el párrafo 166 de su tercer informe, se necesita una formulación más detallada del principio de la indemnización. Teniendo en cuenta la importancia que ésta tiene como medio principal de reparación, y que el artículo 44 tiene por objeto definir su alcance, parece que es necesario indicar expresamente los elementos y las condiciones principales de la indemnización para facilitar la evaluación de su cuantía. La simple mención de «todo daño económicamente valorable» es insuficiente si no se dispone de algunos elementos de apreciación. En efecto, debería incluirse el principio de derecho consuetudinario de exigir un nexo de causalidad entre el daño y el hecho internacionalmente ilícito, y también debería mencionarse el lucro cesante, a pesar de que hay un artículo sobre los intereses que se refiere principalmente a un modo de cálculo. Teniendo en cuenta la incertidumbre de la situación del derecho y las diferentes prácticas de los Estados, sería desde luego difícil elaborar una norma más detallada sobre la indemnización,

aunque el artículo 44 en su formulación actual es demasiado simplista para ser satisfactorio. Si cabe prever una formulación más flexible de las modalidades de reparación, debería respetarse enteramente y consagrarse de manera más precisa en el propio artículo el principio fundamental de una plena reparación mediante la indemnización. Al mismo tiempo, debería velarse por prevenir todo posible abuso estableciendo que ninguna indemnización debe ser superior al daño causado por el hecho ilícito.

10. El Sr. HAFNER observa, en primer lugar, que por el hecho de estar cualquier observación sobre los artículos 43 y 44 manifiestamente subordinada a los resultados de los debates de la Comisión sobre los artículos 40 y 40 bis, las observaciones que se formulen en la etapa actual se basan en el postulado de que los proyectos de artículos se refieren, sobre todo, por no decir exclusivamente, a los Estados lesionados, en el sentido estricto de la expresión, es decir, los que pueden reivindicar todas las modalidades de reparación como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito. En segundo lugar, al depender también la redacción final de los proyectos de artículos, en cierta medida, del carácter definitivo del comentario, el Sr. Hafner se reserva la posibilidad, en función del comentario, de precisar la posición que haya manifestado en un primer momento.

11. En conjunto, el Sr. Hafner aprueba el criterio general adoptado por el Relator Especial con respecto a esta parte del tema de la responsabilidad de los Estados. También es partidario de una formulación relativamente general de los proyectos de artículos, ya que una redacción excesivamente precisa puede hacer difícil, por no decir imposible, llegar a un acuerdo general sobre el texto y puede crear nuevos elementos de desacuerdo entre los Estados. El problema más importante en materia de responsabilidad de los Estados es el reconocimiento de la responsabilidad y no la evaluación de los daños. Así lo confirmó la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, en relación con el cual, como se indica en el párrafo 155 del informe, la Corte no consideró que la cuestión de la indemnización fuera lo esencial del asunto. En muchos casos, la cuantía de la indemnización se determina de hecho mediante negociación. El Sr. Hafner expresa reservas con respecto a la idea de recurrir más frecuentemente a la jurisprudencia arbitral como expresión de la práctica, por una parte, porque esa jurisprudencia no da cuenta de los asuntos de responsabilidad de los Estados resueltos directamente entre éstos o por las jurisdicciones nacionales y, por la otra, porque una de las condiciones que suelen ponerse a la solución de las controversias mediante arbitraje es que la sentencia sea secreta.

12. Con respecto al artículo 43, el Sr. Hafner dice que la *restitutio in integrum* es sin duda la forma de reparación a la que debe concederse prioridad, si ésta es la elección del Estado lesionado. Si no es tan frecuente como, por ejemplo, la indemnización, ello se debe a sus propios límites y no a que tenga un carácter subsidiario. Del párrafo 142 se desprende que la obligación de restitución consiste en establecer la situación que habría existido si no se hubiera producido el hecho ilícito y no simplemente en restablecer el *statu quo ante*. A este respecto, el propio texto del artículo plantea algunas dificultades: es preciso tener en cuenta que todo se refiere a lo que hubie-

ra ocurrido. Por lo que respecta a los límites de esta obligación, la referencia a la imposibilidad material también plantea algunos problemas. Cabe preguntarse si la imposibilidad material incluye la imposibilidad jurídica. Las distintas teorías sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ofrecen respuestas diferentes a este interrogante. El punto de vista dualista parece incluir la imposibilidad jurídica en la imposibilidad material, a diferencia del punto de vista monista, que da prioridad al derecho internacional. A este respecto, también es preciso considerar la relación existente entre el artículo 43 y el artículo 4 del proyecto de artículos, que excluye el recurso al derecho interno, es decir, que podría afirmarse que el Estado responsable no puede evadir el deber de restablecer la situación anterior remitiéndose a su ordenamiento jurídico interno. Ésa sería, por ejemplo, la consecuencia de una formulación análoga a la del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, la formulación del artículo 4 no debe producir el mismo efecto. Queda por determinar si la imposibilidad material incluye o no la imposibilidad jurídica, por lo que debería abordarse esta cuestión, por lo menos en el comentario. En cuanto a la limitación prevista en el apartado c del artículo 43, la expresión «el Estado perjudicado» puede estar en contradicción con el artículo 40 bis. Se trata de determinar si los beneficiarios serían los individuos víctimas del hecho ilícito o el Estado de que se trate. Al ser sólo los Estados las partes lesionadas a que se hace referencia en el artículo 40 bis, cabe suponer que sólo se contemplan en este contexto los Estados. Por ello sería conveniente hacer algunas aclaraciones en el comentario.

13. La nueva versión, corta y más general, del artículo 44 propuesto por el Relator Especial es preferible a la aprobada en primera lectura, contrariamente a la opinión expresada a este respecto por el Sr. Economides. La cuantificación de los daños no es desde luego una cuestión de protección diplomática, como se sugiere en el párrafo 158. Así, no es posible profundizar en la cuantificación de la indemnización. Las distintas decisiones adoptadas en esta esfera prescriben una cantidad determinada sin indicar los criterios aplicados para calcularla. En el asunto del *Rainbow Warrior*, por ejemplo, nadie ha podido descubrir realmente los criterios que se han considerado decisivos para determinar la cuantía exacta de la indemnización. En el asunto más reciente del bombardeo de la Embajada de China en Belgrado, en el que, en vez de una indemnización en sentido estricto se ha efectuado un pago, a título voluntario, de una cantidad más o menos equivalente a la de los daños, sería difícil precisar los criterios aplicados para fijar la cuantía abonada. Parece que el principio consiste en ofrecer una indemnización que garantice que la víctima del hecho ilícito considere el asunto resuelto.

14. En cuanto a la redacción de este artículo, se trata de saber si debe mantenerse el término «económicamente», ya que podría dar lugar a algunos problemas. Cabe preguntarse, por ejemplo, si se aplicaría a las consecuencias de la extinción ilícita de una especie amenazada, sobre explotada por el ser humano. Parece que hasta la fecha se ha empleado de manera muy amplia. Por supuesto, la solución depende también del significado que se dé a la expresión «daño moral» que figura en el artículo 45. La

solución tal vez fuera emplear la expresión «daño material» en el artículo 44 y «daño no material» en el artículo 45. El significado del adjetivo «material» sería sin duda más amplio que el de «económicamente valorable». La elección de estos términos se justificaría también por otras consideraciones. En efecto, al referirse el artículo 44 a la indemnización de todo daño económicamente valorable, cabe deducir que las otras formas de daños entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 45, donde se consideran los daños no materiales. De ello se desprende que el artículo 44 tiene evidentemente por objeto abarcar los daños materiales. De la comparación entre el artículo 43 y el artículo 44 subsiste un problema. En el nuevo artículo 43 propuesto se menciona la ventaja que se derivaría de la restitución para el Estado lesionado. En el artículo 44 no se precisa a quién se ha causado el daño: si se trata de la parte lesionada en el sentido del artículo 40 ó 40 bis o de las víctimas efectivas, por ejemplo individuos. A juicio del Sr. Hafner, parece que en ambos casos la víctima es la misma, a saber, el Estado o la persona que ha sufrido las consecuencias del hecho ilícito. En este caso, también sería útil ofrecer algunas aclaraciones, por lo menos en el comentario. Se plantea también la cuestión de saber a quién se debe indemnizar. ¿A la víctima efectiva? ¿Significaría esto que el Estado que ejerce la protección diplomática debe entregar las sumas recibidas en concepto de indemnización a la víctima? El Sr. Hafner considera que, antes de responder a estos interrogantes, debería determinarse si entran dentro de la esfera de protección diplomática o de la responsabilidad de los Estados. En todo caso, nada se opondría a que la obligación de indemnizar, que se desprende del sentido normal de la palabra «indemnización», se enuncie expresamente, por lo menos en el comentario. En cuanto a las limitaciones de la indemnización a que se hace referencia en los párrafos 161 a 164 del informe, en general se plantean dentro del marco de la responsabilidad objetiva (liability), en el que no es necesario que se haya cometido un hecho ilícito para obtener una indemnización. Se observa una tendencia general a limitar la cuantía de la indemnización, ya que en caso contrario sería imposible firmar un contrato de seguros que abarcara determinadas actividades. Sin embargo, esta situación, a la que se hace referencia en el párrafo 163, no existe en el contexto de la responsabilidad de los Estados. Aunque el Sr. Hafner en general está de acuerdo con los puntos de vista del Relator Especial a este respecto, no considera apropiado el ejemplo de las actividades ultrapeligrosas. Cabría hacer otras consideraciones. Por tanto, cabe preguntarse si un Estado que deba abonar cantidades considerables en concepto de indemnización podría estar en contradicción con su obligación de respetar los derechos humanos y proteger la vida y la salud de sus nacionales. En consecuencia, desde este punto de vista, algunas limitaciones a la indemnización, que el Estado obligado a indemnizar podría así hacer valer frente al otro Estado, podrían desprenderse de esas obligaciones bajo los derechos humanos. Se plantea, por último, la cuestión de saber si los Estados obligados a indemnizar pueden invocar, por ejemplo, el artículo 33, relativo al estado de necesidad, para limitar sus obligaciones. Tal vez podría abordarse en el comentario.

15. El Sr. GOCO dice que de las declaraciones del Sr. Economides y el Sr. He parece desprenderse la existencia de una jerarquía de formas de reparación, porque estiman

que debe tratarse de obtener la restitución antes de exigir una indemnización. Sin embargo, la restitución es un derecho, lo que significa que el Estado lesionado puede ejercerlo o no. El Relator Especial tal vez pudiera ofrecer algunas aclaraciones a este respecto. Según ciertas declaraciones, el Estado lesionado preferiría tratar directamente de obtener la indemnización, sin pasar por el proceso de la restitución. Cabe preguntarse si el hecho de tratar de obtener la restitución debe considerarse una condición previa, si para exigir la indemnización debe probarse primero que la restitución es imposible en otras palabras, si existe una analogía con el derecho civil, en cuyo ámbito antes de exigir responsabilidades al garante, debe tratar de obtenerse la restitución.

16. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que, por supuesto, cuando el Estado lesionado puede decidir que prefiere la indemnización, el hecho de tratar de obtener una indemnización en vez de la restitución es perfectamente lícito. Desde luego no existe ninguna disposición en la que se imponga la obligación de agotar todos los intentos de obtener la restitución. En las situaciones normales, el Estado lesionado es totalmente dueño de elegir. Cabe imaginar situaciones en las que el Estado lesionado no tenga elección y en las que la única solución posible sea la restitución, pero son casos extremos. Por otra parte, tales situaciones estarían más relacionadas con la cesación que con la restitución. En el proyecto de artículos se enunciará claramente, especialmente en la segunda parte bis, que el Estado lesionado —si se trata de éste en sentido estricto, para responder a una preocupación expresada por el Sr. Hafner— tiene derecho a elegir. Este derecho será efectivo en las situaciones ordinarias y la restitución perderá toda pertinencia, como sucede a menudo en la práctica. Por supuesto, habrá otras situaciones en las que será absolutamente evidente que la restitución está excluida; por ejemplo, cuando la pérdida es definitiva, como ocurre en caso de muerte o de lesión grave e irreparable. En cuanto a la cuestión de la garantía mencionada por el Sr. Goco, el capítulo II de la segunda parte no trata del derecho de garantía ni, en particular, de las situaciones en las que dos Estados diferentes son responsables de distintos aspectos de un comportamiento ilícito. Sólo se trata del caso que afecta a un solo Estado y de la relación entre las distintas formas de reparación respecto de ese Estado. En la sección B del capítulo III del informe se examinarán los casos en los que están implicados varios Estados.

17. El Sr. MOMTAZ dice que cree entender que el Relator Especial abordará la cuestión de la pluralidad de Estados lesionados, a la que hace referencia en el párrafo 126 y que la Comisión había decidido volver a examinar en su 45.º período de sesiones, en 1993. Espera con interés conocer los hechos que el Relator Especial abordará.

18. En cuanto al artículo 43, relativo a la restitución, se reconoce en general que se trata de la forma de reparación más conforme al principio general de la responsabilidad, según el cual el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a eliminar todas las consecuencias jurídicas y materiales restableciendo la situación que habría existido si no se hubiera cometido ese hecho. También existe un planteamiento de la restitución que cabría calificar de «puramente restitutorio» y por el que el Relator Especial parece haber optado, ya

que en el proyecto de artículo 43 que ha propuesto se dice que el Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito «tendrá la obligación de restituir, es decir, restablecer la situación que existiera antes de la comisión del hecho ilícito». Por supuesto la restitución se hará sin perjuicio de una posible indemnización.

19. En el nuevo proyecto de artículo, el Relator Especial reduce de cuatro a dos el número de las excepciones a la obligación de restituir. La primera, a saber, la imposibilidad material, no plantea problemas, ya que es la consecuencia del proverbio «nadie puede hacer lo imposible». Cabe decir lo mismo de la segunda excepción, que figura en el texto aprobado en primera lectura y que el Relator Especial ha mantenido: huelga decir que el Estado responsable no tiene la obligación de restituir si ésta entrañara una carga totalmente desproporcionada en relación con la ventaja que se derivaría para el Estado perjudicado de la obtención de la restitución en lugar de una indemnización.

20. El Sr. Momtaz considera que la supresión de las otras dos excepciones plantea algunos problemas. Por lo que respecta al incumplimiento de una obligación derivada de una norma imperativa de derecho internacional general, su supresión parece basarse en dos argumentos. El primero es el formulado por Francia en sus observaciones³ en forma de un interrogante, a saber, cómo podría ser contrario a una norma imperativa el restablecimiento del derecho, que el Relator Especial parece haber hecho suyo. El segundo argumento es que el Relator Especial anterior no ofreció ningún ejemplo de situación en que la restitución supusiera una violación de una norma de ese tipo. En realidad, parece que el origen del problema es la referencia al *jus cogens* y la que ha motivado la supresión de esta excepción. En determinados casos, no obstante, la restitución puede tropezar con obstáculos jurídicos insuperables, y no es una simple hipótesis teórica. En su informe preliminar⁴, el antiguo Relator Especial indicaba la posibilidad de contemplar situaciones en las que la restitución fuera contraria a determinadas disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, en particular su Artículo 103, o a normas de derecho común o consuetudinario, y ofrecía a este respecto el ejemplo de las nacionalizaciones, cuya legalidad hoy nadie discute. Es indudable que un Estado que realiza una nacionalización lícita no tendrá la obligación de restituir. Por ello, el Sr. Momtaz considera que tal vez fuera oportuno prever una tercera excepción a la obligación de restituir, a saber, cuando la restitución tropezara con un obstáculo jurídico insuperable, sin que ello comportara necesariamente la violación de una norma imperativa de derecho internacional general. Dicha excepción abarcaría también la excepción de una amenaza grave a la independencia política del Estado responsable del hecho ilícito, que figura en el apartado d del texto aprobado en primera lectura, y que efectivamente podría suprimirse.

21. En cuanto al texto del artículo 44, relativo a la indemnización, propuesto por el Relator Especial, se prevé la indemnización de «todo daño económicamente valorable», fórmula esta que abarca tanto el perjuicio

material como el perjuicio moral y el lucro cesante. Se acepta unánimemente, y no plantea problemas, la necesidad de una indemnización por los daños materiales que se deriven de un hecho internacionalmente ilícito. Con respecto al perjuicio moral, cabe distinguir entre el causado al ciudadano o al agente del Estado lesionado y el causado al propio Estado. A juicio del Sr. Momtaz, la indemnización a este último debe ser a título de satisfacción, por lo que la indemnización del perjuicio moral en el ámbito del artículo 44 se limitaría al perjuicio sufrido por personas físicas, lo cual, por otra parte, es conforme a la práctica, y cabe citar al respecto el fallo pronunciado por la CIJ en el asunto *Détroit de Corfou*, en el que se concedió una indemnización como reparación del daño psicológico, así como la sentencia dictada en el asunto *McNeill* por la Comisión de Reclamaciones Anglomexicana.

22. En cuanto al lucro cesante, sólo cabe aprobar la conclusión a la que llegó la Comisión en su 45.º período de sesiones y a la que el Relator Especial se refiere en su informe⁵. La indemnización del lucro cesante no está universalmente aceptada por la doctrina y la práctica, y la jurisprudencia está muy dividida a este respecto, por lo que es difícil extraer normas precisas que cuenten con amplio apoyo. Ello no obsta para que la fórmula elegida por el Relator Especial: «todo daño económicamente valorable», deba interpretarse en sentido amplio, de modo que también abarque el lucro cesante; tal vez fuera oportuno precisarlo en el comentario.

23. En cuanto a las limitaciones a la indemnización, el propio Relator Especial reconoce en el párrafo 162 de su informe que debe examinarse la cuestión de la indemnización invalidante, es decir, la que puede dar por resultado privar a una población de sus medios de subsistencia. Puede plantearse el problema en los casos de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y, sin declararse partidario de establecer un régimen específico para los derechos humanos, el Sr. Momtaz estima que la Comisión debe abordar la cuestión y consignar en el comentario observaciones favorables a una limitación de la indemnización en esos casos.

24. El Sr. GOCO dice que los comentarios del Relator Especial sobre la restitución son particularmente instructivos, y que deben destacarse las observaciones que figuran al final del párrafo 124 y al comienzo del párrafo 126 del informe. El Estado lesionado tiene la posibilidad de elegir y puede solicitar directamente la indemnización en lugar de la restitución. En los casos en que haya varios Estados lesionados, el Estado responsable del hecho ilícito puede enfrentarse a varias demandas de reparación, en que unos Estados pidan la restitución y otros la indemnización.

25. Entre los hechos ilícitos que crean una obligación de reparación, convendría detenerse en la ocupación y la anexión ilícitas de territorios en el marco de un conflicto, con los sufrimientos y la destrucción consiguientes. En efecto, Filipinas sufrió enormemente durante la segunda guerra mundial y ha necesitado muchos años para recuperarse económicamente. Manila quedó prácticamente

³ Véase 2613.ª sesión, nota 3.

⁴ Anuario... 1988, vol. II (primera parte), pág. 7, doc. A/CN.4/416 y Add.1

⁵ Véase el párrafo 27 del comentario al artículo 8 [Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), pág. 79].

arrasada y ha sido desde luego una de las ciudades más devastadas por la guerra. En caso de conflicto bélico, la restitución es imposible, por lo que Filipinas concertó el Acuerdo relativo a las reparaciones⁶. Poco después, el Congreso de Filipinas aprobó la Ley de la República n.º 1789, relativa a la creación de una comisión de reparaciones, encargada de repartir, teniendo en cuenta los intereses de todos los filipinos, las cantidades abonadas a título de reparación. No cabía considerar el restablecimiento del statu quo ante y sólo era posible la indemnización. Cualquiera que sea su utilidad, el artículo 43 no podría impedir que los Estados lesionados concierten acuerdos sobre las formas de la reparación. Por esa razón, el Sr. Goco estima que si se mantiene este artículo, debería también preverse una excepción para los casos de disturbios graves o guerras que supusieran la destrucción total de un país y miles de víctimas mortales. En cuanto al texto propuesto por el Relator Especial para este artículo, es más claro que el texto inicial y además tiene la virtud de concentrarse en la obligación del Estado responsable más que en los derechos del Estado lesionado.

26. En cuanto al artículo 44, el texto propuesto por el Relator Especial supone una mejora, ya que es más sencillo, claro y conciso que el aprobado en primera lectura.

27. Refiriéndose a una observación anterior suya, el Sr. Goco indica que, al referirse al concepto de garantía, sólo quiso decir que la presentación de una demanda de restitución sólo es una condición previa a una demanda de indemnización. En cuanto a la expresión «todo daño económicamente valorable» elegida por el Relator Especial, tiene la ventaja de comprender todos los tipos de daños, incluido el lucro cesante e incluso los intereses.

28. El Sr. ROSENSTOCK, refiriéndose a una observación formulada por un orador anterior, dice que en este caso sólo se hace referencia a la restitución por un Estado responsable y, por lo tanto, a una situación en la que se ha producido un hecho ilícito. Ya se trate de una nacionalización o de una transferencia de territorio, el hecho de que haya podido realizarse de manera lícita no sería un obstáculo a la restitución.

29. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, observa que en los párrafos 136 a 143 de su informe, el Relator Especial cita en concreto el asunto Grand-Belt y examina con bastante detenimiento la cuestión de la indicación de medidas provisionales. Por su parte, estima que la indicación de medidas provisionales no responde al concepto tradicional de restitución y desearía conocer la opinión del Relator Especial sobre esta cuestión.

30. Con respecto a la indemnización, el Presidente observa que el Relator Especial en el párrafo 155 de su informe se refiere al caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* para indicar que la CIJ sugirió un acuerdo de suma cero. En el asunto *Klöckner*, además, el Tribunal Arbitral desestimó la demanda de ambas partes por considerar que ambas habían incumplido sus obligaciones contractuales. El Presidente pregunta al Relator Especial si tiene la intención de incluir este concepto en el proyecto de artículos.

31. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), respondiendo al Presidente, dice que no considera que la indicación de medidas provisionales guarde relación con la reparación. Si ha citado el asunto *Grand-Belt* es porque, a nivel de las medidas provisionales, una parte formuló el argumento de que si se construía el puente el perjuicio derivado de su demolición sería superior al que sufriera Finlandia y, por lo tanto, no había lugar a la indicación de medidas provisionales. Aunque los preparativos de la construcción del puente estuvieran bastante avanzados, todavía no se había construido, y la CIJ no podía aceptar este argumento en la etapa actual, por estimar que no podía excluir que ordenara la demolición del puente si considerara que éste constituía un obstáculo al derecho de paso.

32. En cuanto a la segunda pregunta formulada por el Presidente, el Relator Especial indica que se trataba de considerar una cuestión planteada por el Sr. Arangio-Ruiz y que a menudo ha sido objeto de un tratamiento teórico, a saber, la diferencia entre el derecho y la práctica. Todos afirman que la restitución es la primera forma de reparación, pero en la práctica es muy poco frecuente. En cuanto a la comparación de las violaciones de cada una de las partes para efectuar una especie de compensación, el Relator Especial considera que es un asunto de procedimiento que realmente no entra dentro del ámbito del derecho de la responsabilidad.

33. Por último, el Relator Especial recuerda que se abordó otra cuestión en el asunto *Klöckner* citado por el Presidente, a saber, la de la excepción de falta de ejecución, y el Relator Especial indica que la examinará en el capítulo III, después de haber considerado las contramedidas. Sin embargo, estima que la aplicación de esta excepción se limita casi exclusivamente a las violaciones de las obligaciones de tipo convencional y, por lo tanto, no tiene cabida en el proyecto de artículos.

Se levanta la sesión a las 16.40 horas.

2637.ª SESIÓN

Martes 11 de julio de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Peter TOMKA

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

⁶ Firmado en Manila el 9 de mayo de 1956 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 285, n.º 4148, pág. 3).