

perjudicado o de toda persona o entidad». Se trata de una cuestión puramente de redacción. En cuanto al apartado b, su redacción actual tiene el defecto de hacer creer que se trata de una negligencia u omisión deliberada.

81. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) puntualiza que si en el apartado a del artículo 46 bis se habla de «todo Estado», se hace para abarcar las situaciones en las que otro Estado pueda actuar por cuenta del Estado perjudicado, que se tratarán en el marco del capítulo II de la segunda parte bis del proyecto de artículos.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2639.ª SESIÓN

Jueves 13 de julio de 2000, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

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. 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, Sr. Tomka.

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

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros a que sigan examinando los artículos 45, 45 bis y 46 bis, contenidos en la sección B del capítulo I del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).

2. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO limita sus observaciones al artículo 45 y dice que el título debería decir en realidad «Satisfacción en el contexto de las formas y modalidades de reparación». Expresa su aprecio en general por el tercer informe, reconoce que el artículo 45 es una disposición compleja y afirma que ha sido muy conveniente invertir el orden en el párrafo 1, haciendo referencia en primer lugar a que el Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito está obligado a ofrecer satisfacción en vez del derecho del Estado lesionado

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).

a obtener satisfacción del Estado responsable, que figura en el artículo aprobado en primera lectura. El sentido no varía pero hace que el artículo concuerde con los relativos a la restitución y la indemnización. El párrafo 1 es aceptable en general, pero en la versión española la palabra *injury* debería traducirse por «perjuicio» en vez de por «daño». Las explicaciones dadas por el Relator Especial en los párrafos 180 y 181 del informe son convincentes. La expresión «daño no material» es más amplia y abarca el daño jurídico, el moral e incluso el político: en la decisión del asunto *Rainbow Warrior* el tribunal determinó la existencia de daño no material por considerar que se había perjudicado el honor, la dignidad y el prestigio de Nueva Zelanda.

3. El párrafo 2 introduce elementos útiles para definir la satisfacción, concretamente el reconocimiento de la comisión del hecho ilícito y la presentación de excusas o disculpas oficiales. Los párrafos 1 y 2 podrían combinarse para presentar un proyecto de artículo más claro y preciso pero, en lo que se refiere al fondo del párrafo 2, el reconocimiento de la comisión del hecho ilícito no debe interpretarse de manera que excluya la posterior presentación de excusas o disculpas oficiales, aunque en el caso de que se produzca esto último el reconocimiento sería implícito y por consiguiente podría no ser necesario. No obstante, como ha propuesto el Relator Especial, deben mantenerse ambos elementos.

4. El nuevo proyecto de artículo propuesto por el Relator Especial, al igual que su predecesor, incorpora diversas modalidades, y en el párrafo 3 figura una lista de ejemplos, aunque no es exhaustiva. El orador acoge con satisfacción la inclusión del concepto de «plena reparación», que en español debería decirse «reparación íntegra», y se ve en la necesidad de preguntar si la satisfacción es autónoma o complementaria de la restitución, de la indemnización o de ambas. Cree que pueden ser las dos cosas. En el asunto *Détroit de Corfou* fue autónoma, ya que la CIJ dijo que la declaración del Reino Unido relativa a lo que hizo su Armada constituye de por sí una satisfacción adecuada. La satisfacción puede verse acompañada o precedida del pago de indemnización por daños y perjuicios, incluso aunque no haya daño material, todo ello con carácter punitivo. En el párrafo indicado se abarca todo en el ámbito de la «plena reparación». El orador está de acuerdo con los miembros que han afirmado que la declaración por la que se reconoce la comisión de un hecho ilícito debe incorporarse en la relación entre Estados, pero esto no significa que la declaración judicial y arbitral que reconozca la comisión del hecho ilícito, y la declaración de reparaciones no sean importantes y no tengan consecuencias de varias clases, entre ellas consecuencias jurídicas. No debe considerarse que las declaraciones efectuadas por órganos jurisdiccionales puedan sustituir las del Estado que cometa el hecho internacionalmente ilícito.

5. El apartado a del párrafo 3 debe mantenerse tal cual está, ya que el pago de una indemnización simbólica constituye un modo adecuado de satisfacción. En cambio, el apartado b del mismo párrafo origina algunas dudas ya que la determinación de la gravedad del daño plantea la cuestión de la valoración y la subjetividad, con la posibilidad de que varíe el contenido de la satisfacción y sea menos preciso. El apartado c del párrafo 3 es aceptable, en especial con la sugerencia del Sr. Economides

de que se haga referencia a la jurisdicción interna de los Estados.

6. El párrafo 4 abarca la misma esfera que el apartado c del párrafo 2 y el párrafo 3 del texto aprobado en primera lectura, y debe quedar claro que el Estado lesionado no puede pedir satisfacción cuando ésta sea vejatoria para el Estado responsable. Quizá podría utilizarse otra palabra para reflejar el concepto de menoscabo de la dignidad. En su opinión, la versión aprobada en primera lectura era más clara al hacer referencia a que el derecho del Estado lesionado a obtener satisfacción no justifica exigencias que menoscaben la dignidad del Estado responsable. Este principio debería mantenerse en el nuevo texto del proyecto de artículo propuesto.

7. El Sr. DUGARD felicita al Relator Especial por su excelente informe y afirma que no hay ninguna referencia a la negligencia como forma de conducta indebida, ni en el comentario del artículo 45 aprobado en primera lectura ni en los comentarios del Relator Especial sobre el nuevo artículo 45 propuesto, pero supone que las palabras «falta grave» que figuran en el apartado c del párrafo 3 no incluyen la negligencia. En todo caso, esta cuestión podría tratarse en el comentario si no resulta obvia.

8. La referencia a la acción penal que figura en el mismo apartado se basa en un artículo anterior a la evolución registrada recientemente en la esfera del derecho penal internacional. Es importante conocer esa evolución. Para ilustrar este punto invita a los miembros a suponer que la dictadura militar de un Estado tortura de manera discriminatoria a extranjeros pertenecientes a otro Estado. Posteriormente, la dictadura militar es derribada y sustituida por un gobierno civil que desea ofrecer satisfacción por los daños morales sufridos. El gobierno sucesor quizá decida pagar indemnización por las penalidades sufridas por los nacionales de que se trata o aportar alguna satisfacción por el daño moral sufrido. La satisfacción obvia sería en forma de procesamiento de los torturadores, pero esto quizá sea políticamente difícil para el nuevo régimen que puede verse presionado para conceder una amnistía y prefiera enviar a las personas de que se trata ante un tribunal penal internacional o extraditarlas al Estado denunciante o a otro Estado que desee ejercer la jurisdicción penal. Propone que al final del apartado c del párrafo 3 se añada una cláusula con el fin de que el propio Estado demandado pueda tomar medidas disciplinarias o penales, o deba proceder a la extradición a otro Estado o al traslado ante un tribunal penal internacional competente. No se trata de un cambio importante pero tendría en cuenta la evolución registrada en la esfera del derecho penal internacional.

9. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que los tres nuevos proyectos de artículos considerados en conjunto plantean problemas en cuanto a su interrelación y construcción. El artículo 45 bis no presenta grandes dificultades en cuanto al fondo pero sería más coherente y racional colocarlo inmediatamente después del artículo sobre indemnización, es decir, el artículo 44.

10. En lo que respecta al artículo 45, prefiere el texto aprobado en primera lectura porque es más claro. La nueva versión es más rica pero por esto mismo tiene un defecto básico debido a la yuxtaposición de situaciones e

hipótesis muy diferentes. La estructura adoptada en primera lectura es mejor porque se hace hincapié en el Estado lesionado, tanto en el propio texto como, lo cual es aún más importante, en la distribución de funciones. La ausencia de toda mención a la parte lesionada en el apartado b del artículo 46 bis le causa considerable ansiedad. Debería subsanarse esa notable indiferencia respecto del principal destinatario, aunque sólo sea a nivel del Comité de Redacción.

11. Se pregunta si las palabras «daños no materiales» que figuran en el artículo 45 corresponden a una terminología admitida, y para conservar el espíritu del texto aprobado en primera lectura preferiría la expresión «lesión moral» o «daño moral».

12. Como ha dicho el Sr. Economides, el asunto Usine de Chorzów impuso la obligación de reparación con arreglo a una modalidad específica, y en la parte inicial del artículo se debería afirmar el principio de que el Estado responsable tiene que dar satisfacción al Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito. Este principio se expresaría mejor mediante un texto más próximo al artículo 45 aprobado en primera lectura.

13. Le preocupa además que, en la versión inglesa, el párrafo 2 figure en tiempo condicional en vez de presente. En el párrafo 1 el principio se establece de manera afirmativa. El párrafo 2 también debería estar en presente de indicativo.

14. En lo que respecta al contenido del párrafo 2, la cuestión del reconocimiento de un hecho ilícito está abierta a debate y resulta polémica. En su opinión, tratar de aclarar dentro del texto la distinción entre un hecho ilícito bilateral y la intervención de un tercer órgano tendría pocos efectos en lo relativo al reconocimiento de una de las modalidades de satisfacción. También plantea un problema el empleo de las palabras explicativas «si procede», seguidas por dos modalidades de satisfacción. Desearía que se añadiese una referencia al pago de indemnización simbólica.

15. El párrafo 3 también presenta algunas dificultades, por ejemplo la supresión de las palabras «entre otras», pero el principal interés del orador es que el apartado a se traslade al párrafo 2. El apartado b, a reserva de que así lo acuerden el Relator Especial y el Comité de Redacción, debería trasladarse al artículo 44, ya que se refiere a daños económicamente valorables. Por otra parte, podría constituir el tema de una disposición específica sobre el pago de indemnización teniendo en cuenta la gravedad del perjuicio y también los diferentes intereses afectados, incluidos los de la comunidad internacional en conjunto.

16. El apartado c debería suprimirse, pero por una razón distinta: se refiere a un problema que corresponde propiamente al derecho interno y no al derecho internacional. Fundamentalmente, corresponde al Estado infractor hacer frente a las faltas cometidas por sus funcionarios. La eficacia de las medidas disciplinarias o penales en tales casos no corresponde al ámbito del derecho internacional. Las penas no se imponen en el vacío: están condicionadas por el arsenal jurídico del Estado de que se trata. Para mantener la primacía del derecho inter-

nacional sobre el derecho interno, el derecho internacional no puede ocuparse de las penas específicas de las legislaciones nacionales.

17. El párrafo 4 ha provocado una tormenta de críticas erróneas. Está a favor de mantenerlo, a condición de que se suprima la última parte, es decir, las palabras «sufrido y no será vejatoria para el Estado responsable», o se sustituya simplemente por las palabras «causado al Estado lesionado». La humillación es, simplemente, uno de los aspectos desagradables de la obligación de reparar junto con el pago de una deuda.

18. Para terminar, felicita al Relator Especial por haber propuesto una formulación muy abierta de la satisfacción, que el Comité de Redacción tiene que volver a configurar ahora con el fin de destacar los aspectos esenciales.

19. El Sr. HE dice que la satisfacción, tratada en el artículo 45, es una forma importante y bien fundamentada de reparación en derecho internacional. La formulación que se propone del artículo es más rica e incorpora mejoras introducidas en el artículo 45 aprobado en primera lectura. No obstante cabe formular algunas puntualizaciones para su ulterior consideración.

20. La expresión «daños no materiales» es aceptable para sustituir las palabras «lesión o daño material», pero el párrafo 1, que constituye la introducción del artículo 45, parece haber sido redactado en el supuesto de que la satisfacción sólo tenga por finalidad abarcar el daño no material. La satisfacción no será de aplicación en todos los asuntos, pero sí en muchos más casos de daños tanto materiales como no materiales, de conformidad con el artículo 37 bis, según el cual la satisfacción puede darse por separado o en combinación con otras formas de reparación como, por ejemplo, la restitución y la indemnización. Por consiguiente, no sólo puede darse satisfacción con respecto a los daños no materiales sino también en relación con otros tipos de daño. Así pues, las palabras «una satisfacción por los daños no materiales» que figuran en el párrafo 1 del artículo 45 deberían sustituirse por las palabras «una satisfacción por el perjuicio, incluido el perjuicio no material» o «una satisfacción por el perjuicio, en particular el perjuicio no material».

21. Está de acuerdo con el Sr. Economides en que los párrafos 2 y 3 pueden juntarse. El nuevo párrafo podría empezar con las palabras «La satisfacción podrá consistir en una o varias de las formas siguientes para asegurar la plena reparación». El apartado a diría «una disculpa», en sustitución de las palabras que figuran entre corchetes, «pago de una indemnización simbólica», lo cual es poco frecuente en la práctica moderna. Los apartados b y c permanecerían sin cambios y el párrafo 4 se volvería a numerar en consecuencia. Se trata de una disposición importante ya que los daños punitivos no están justificados de no existir un régimen especial para su imposición.

22. El Relator Especial ha propuesto la palabra «investigación» como parte del segundo nivel de las formas de satisfacción. Habida cuenta de que una investigación adecuada de las causas de un accidente que cause perjuicio está estrechamente relacionada con otras formas de reparación, por ejemplo la indemnización y las medidas disciplinarias o penales, la investigación podría incluirse

en el artículo relativo a la satisfacción o por lo menos debería mencionarse en el comentario.

23. La opinión predominante con respecto al artículo 45 bis es que debe existir sin duda un artículo concreto dedicado a los intereses. El artículo enuncia el principio general de que los intereses devengados respecto de las sumas exigibles tienen que pagarse para asegurar la plena reparación. Aunque no se especifica la fecha en que tiene que empezar el pago de intereses, se indica claramente que el tipo y el cómputo de los intereses serán los que mejor convengan para conseguir la plena reparación. Los intereses también deben abarcar el lucro cesante. En el comentario al artículo 44, citado en el párrafo 149 del informe, se señala que el objetivo principal es evitar el «doble resarcimiento»³. De acuerdo con esta restricción, los intereses totales tienen que limitarse a la cantidad equivalente al lucro cesante, extremo que debería figurar en el comentario.

24. En lo que respecta al artículo 46 bis, la atenuación de la responsabilidad debe figurar sin lugar a dudas en el capítulo II. En la actualidad se reconoce generalmente que la culpa concurrente es pertinente para determinar la reparación, por ejemplo la prevista en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales. También en este caso, en virtud del principio general de derecho internacional relativo a la atenuación del daño, los Estados no sólo pueden adoptar medidas razonables para mitigar las pérdidas, daños o perjuicios causados, sino que están obligados a ello. Si no lo hacen, puede incluso imposibilitarse el resarcimiento, extremo que quedó claro en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. La obligación de un Estado perjudicado de atenuar los daños no es una obligación independiente sino un límite de la indemnización que el Estado lesionado puede reclamar. En este sentido, el artículo 46 bis contiene algunos elementos de desarrollo progresivo. No puede haber ninguna objeción seria a que se incluya en el proyecto de artículos.

25. El Sr. MOMTAZ dice que la controversia planteada por el artículo 45 se deriva del hecho de que la satisfacción, que tiene por finalidad compensar o cancelar el daño moral sufrido por el Estado lesionado, es una institución a la que no recurren con frecuencia los Estados. La práctica y la jurisprudencia no son abundantes en esta esfera, quizá porque el honor y el prestigio, aspectos que constituyen la quintaesencia del daño moral, tienen hoy en día menos importancia para los Estados que su deseo de borrar las consecuencias materiales de un hecho internacionalmente ilícito del que han sido víctimas. Habida cuenta de que se demuestra que la satisfacción no se presta a la codificación, el panorama en general fidedigno de la práctica actual proporcionado por el Relator Especial es muy de agradecer.

26. La primera cuestión que se plantea es si las normas jurídicas en materia de satisfacción existen realmente. Si el Estado infractor tiene realmente la obligación de ofrecer satisfacción al Estado lesionado. En muchos casos el Estado infractor no tiene otra posibilidad sino presentar excusas, en especial cuando el Estado lesionado es pode-

³ Véase el párrafo 27 del comentario al artículo 8 [Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), pág. 82].

roso. En tales casos, uno puede estar tentado de hablar de oportunismo político. A veces, un acuerdo, tácito o de otra índole, permite que el Estado infractor presente sus disculpas. Dos ejemplos que se citan frecuentemente en las publicaciones son el asunto Kellett, cuando un vicecónsul general de los Estados Unidos de América fue hostigado por soldados siameses, y el asunto *I'm Alone*, mejor conocido. En ambos casos se convino en que debían presentarse disculpas al Estado lesionado. Por ello el orador tiende a preferir la redacción del artículo 45 aprobada en primera lectura («El Estado lesionado podrá obtener [...] satisfacción») en vez de la versión propuesta por el Relator Especial («El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito tendrá la obligación de ofrecer una satisfacción»), ya que es menos vinculante.

27. En lo que respecta a las diversas formas de satisfacción, es de agradecer que la primera, mencionada en el párrafo 2 del nuevo artículo 45, sea el reconocimiento de la comisión del hecho ilícito. Ello concuerda con el fallo de la CIJ en el asunto *Détroit de Corfou* de que el reconocimiento constituye de por sí una forma adecuada de satisfacción. El párrafo 2 continúa con la referencia a la presentación de excusas o disculpas oficiales. No obstante, ahora los Estados exigen estos gestos con mucha menos frecuencia. Por ejemplo, después del incidente de los rehenes con la República Islámica del Irán, caso típico de deshonor o perjuicio moral para un Estado, los Estados Unidos no pidieron que se presentaran disculpas. Otro ejemplo es el derribo de una aeronave de las líneas aéreas nacionales del Irán. Dicho país no pidió que los Estados Unidos presentaran disculpas pero sí que el comandante del buque de guerra que efectuó los disparos fuese sometido a medidas disciplinarias por las autoridades norteamericanas. No obstante, es preciso evitar que se recurra con exceso como tipo de satisfacción a las medidas disciplinarias previstas en el apartado c del párrafo 3 del artículo 45, ya que esto podría suponer interferencia en los asuntos internos del Estado infractor. Por ello, el alcance de la disposición tal vez debería limitarse únicamente a los hechos criminales cometidos por agentes de un Estado. Apoya las observaciones pertinentes formuladas en este contexto por el Sr. Pambou-Tchivounda.

28. El orador alberga graves dudas acerca de si debe mantenerse el apartado b del párrafo 3 del artículo 45. El Instituto de Derecho Internacional, en su proyecto sobre el tema en 1927⁴, no estableció como forma de satisfacción las indemnizaciones que reflejan la gravedad del daño, que pueden calificarse de indemnizaciones punitivas. El simple reconocimiento de un hecho ilícito y la publicidad que lo acompaña constituyen a menudo elementos lo suficientemente punitivos para que no sea necesaria ninguna otra medida de este carácter. Se han expresado opiniones diferentes acerca de si la satisfacción tiene carácter de indemnización o de castigo. El propio orador considera que tiene carácter de indemnización. Resulta difícil aceptar que un Estado lesionado pueda, además de cobrar indemnización por daños materiales, exigir una cantidad adicional a modo de satisfac-

ción. Lo mejor quizá sería suprimir el apartado b del párrafo 3.

29. El párrafo 4 del nuevo artículo 45 constituye una disposición oportuna y aceptable que contrarrestará los desequilibrios que en el pasado han permitido a menudo que Estados poderosos impongan formas vejatorias de satisfacción a otros más débiles, en violación de la dignidad e igualdad de los Estados.

30. Por último, desea poner de relieve una imprecisión que figura en una nota a pie de página en el párrafo 206 del informe, en la que la referencia al «Consejo de Guardianes de la Revolución» debe sustituirse por «Consejo de Guardianes de la Constitución».

31. El Sr. BROWNLIE dice que los comentarios que ha oído refuerzan su deseo de que el artículo 45 se divida en tres secciones. Una sería el artículo sobre indemnización, reparación en el sentido jurídico, ya que la indemnización es simplemente nada más que un problema de cantidad. Otra sección estaría formada por las consecuencias de cometer un hecho internacionalmente ilícito: existe una sólida relación entre el párrafo 4 y los conceptos de cesación y no repetición. Por último, se incluiría una sección sobre las medidas puramente políticas, como las que requieren la presentación de disculpas. A este respecto, no está convencido de que la práctica relativa a la presentación de excusas o disculpas tenga tras de sí una opinión *juris*.

32. Gracias a las declaraciones efectuadas durante la sesión, ahora puede darse cuenta de que el apartado c del párrafo 3 debe colocarse en la sección relativa a las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito. El Sr. He ha tenido toda la razón al señalar la necesidad de la investigación en ese contexto. Pueden producirse casos de responsabilidad de un Estado como resultado de una negligencia o incumplimiento de normas internacionales sin que exista claramente ninguna responsabilidad, y menos aún una responsabilidad penal, por parte de funcionarios determinados. Contrariamente a la interesante observación del Sr. Dugard en el caso de crímenes internacionales, en especial los que son objeto de convenciones multilaterales, existe la obligación independiente, en virtud del derecho internacional, de enjuiciar a las personas de que se trate.

33. Muchas de las medidas adoptadas por Estados occidentales a finales del siglo XIX para imponer indemnizaciones y castigar a funcionarios no tenían nada que ver con la justicia sino que estaban destinadas únicamente al castigo político y la humillación del Estado al exigir que sus funcionarios fuesen castigados, aunque no fuese imprescindible que hubieran cometido un delito. Esa venganza política es objeto del apartado c y debería reflexionarse más a fondo si conviene incluirlo en el proyecto. Por otro lado, las partes más aceptables del artículo 45 deberían dividirse entre otros artículos.

34. La institución de la responsabilidad de los Estados es como un automóvil histórico y en vez de tratar de hacer unos pequeños ajustes la Comisión debería ponerlo a punto adecuadamente. Se necesita un análisis más a fondo tanto de los problemas como de las publicaciones.

⁴ Proyecto sobre «Responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros» (Anuario... 1956, vol. II, pág. 223, doc. A/CN.4/96, apéndice 8).

35. El Sr. KABATSI dice que el tercer informe del Relator Especial permitirá a la Comisión mejorar mucho sus intentos anteriores de codificar y desarrollar progresivamente el derecho de la responsabilidad de los Estados. Se han inculcado precisión y claridad a un tema enormemente complejo. Acoge con satisfacción las modificaciones sugeridas por el Relator Especial y otros miembros en los últimos años. Los artículos 45 bis y 46 bis no presentan dificultades y deben remitirse al Comité de Redacción.

36. El artículo 45 es más problemático. En primer lugar, la palabra «satisfacción» no se define en el contexto del artículo. No está claro si se refiere a la del Estado lesionado, después de que el Estado responsable de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito haya pagado plena reparación, en el contexto del párrafo 3, reconocido el hecho ilícito y, cuando proceda, presentado excusas, o si puede tener otros significados. La palabra «restitución» se define en el artículo 43, y una definición de la palabra «satisfacción» también habría sido útil en el presente caso. En lo que respecta al párrafo 1, no se opondría a emplear la palabra «morales» frente a las palabras «no materiales», pero estas últimas son marginalmente mejores. Asimismo, en la versión inglesa es mejor emplear la palabra *occasioned* que la palabra *caused* sugerida por algunos miembros. A su juicio, la palabra *caused* implica *mens rea* o voluntad directa. Los apartados a y b del párrafo 3 han originado críticas considerables, debidas en gran medida a que sus disposiciones pueden tener diferentes significados para diferentes personas. Le preocupa más el alcance punitivo, especialmente en el apartado b. Quizá hubiese sido preferible incluirlo en el artículo 19 y en los artículos 51 y siguientes, como sugiere el Sr. Pellet.

37. Aun reconociendo que la satisfacción es una práctica de los Estados desde hace mucho tiempo, a la que los tribunales internacionales recurren como remedio o forma de reparación, es preciso manejarla con gran prudencia para evitar añadir cualquier sospecha de humillación al instrumento de la satisfacción. Por consiguiente, se opone firmemente a que se suprima la segunda parte del párrafo 4 como algunos sugieren. De hecho, está de acuerdo con la opinión del Sr. Economides de que en la versión inglesa la palabra *should* debería sustituirse por la palabra *must* o la palabra *shall*. Personalmente, está a favor de esta última. Confía, al igual que el Relator Especial, en que ya se haya superado la época en que se establecía el saludo de una bandera extranjera como forma de satisfacción. Debe desalentarse todo vejamen, incluso aunque sea a título de retribución, ya que no restaura el orden público ni logra la reconciliación entre Estados. En todo caso, cualquier agravación de esta clase debida al Estado responsable se ha tratado adecuadamente en las disposiciones del apartado b del párrafo 3, en forma de pago de una indemnización proporcionada a la gravedad del daño.

38. El Sr. ROSENSTOCK dice que los únicos cambios que defendería respecto de un excelente proyecto son en gran medida de forma o podrían tenerse en cuenta mediante textos adecuados en el comentario. El punto que debería predominar en el proyecto de artículos —o por lo menos en la segunda parte— y en el comentario pertinente es que un Estado que haya sido lesionado por

el hecho ilícito de otro Estado tiene derecho a plena reparación y a obtenerla del Estado infractor. Si la Comisión no prevé que se pague interés compuesto desde la fecha en que se produjo el daño o el lucro cesante, el Estado infractor se vería beneficiado a expensas del Estado lesionado. No defiende que se paguen intereses por el capital y se pague el lucro cesante en un mismo asunto, pero nadie ha pedido el doble resarcimiento y en el texto no hay ninguna sugerencia en este sentido. En cambio, lo mismo no es válido para el pago de intereses de mora, ya que largos retrasos pueden originar gran sufrimiento. Al estipular que la satisfacción tiene que ser proporcionada pero no darse en forma vejatoria, se corre el riesgo de entender que la Comisión dice que si bien el Estado lesionado o víctima puede haber sido humillado es preciso salvaguardar la sensibilidad del Estado infractor. Por supuesto, es difícil imaginar un ejemplo de situación concreta en que se den esas condiciones, pero esto no debería influir en la consideración de un Estado lesionado y que haya sido humillado y del efecto disuasorio potencialmente superior de un simple criterio de proporcionalidad.

39. En lo que respecta al artículo 45, entiende el deseo de algunos miembros de cambiar la palabra «ofrecer», en el párrafo 1, por la palabra «proporcionar», pero pone en duda su interés, ya que del presente texto se deduce claramente que el Estado infractor está obligado a ofrecer satisfacción, siendo claramente insostenible la posibilidad de una situación en que una oferta razonable se rechace de manera injustificada. Quizá el comentario sea el lugar conveniente para ocuparse de tal eventualidad. En lo que respecta a la palabra *should*, en el párrafo 4 de la versión inglesa, no resulta inaceptable en ese contexto pero comprende que sea útil evitar su empleo. El resto del proyecto de artículo debería aceptarse tal como está. No es necesario crear distinciones cualitativas carentes de base en el derecho positivo. Desea añadir que los casos de venganza política registrados en el siglo XIX no invalidan el apartado c del párrafo 3, sino que simplemente constituyen una advertencia para evitar los abusos.

40. La idea central del artículo 45 bis es adecuada, si bien es preciso modificar algo el texto y añadir algún comentario para que sea compatible con la función fundamental de la segunda parte, que es la de garantizar que el Estado infractor repare plenamente el daño causado al Estado lesionado. El artículo 46 bis, si bien de alguna manera mejora el párrafo 2 del artículo 42 aprobado en primera lectura, plantea sin embargo varias preocupaciones con respecto a la posible —aunque no pretendida— mezcla de la medida de los daños con la norma primaria que establece la responsabilidad y el principio de *expressio unius est exclusio alterius*, citado por el Reino Unido en sus comentarios⁵. No se opondría a que se suprimiera este proyecto de artículo y se pregunta si alguien se opondría a ello. A la inversa, en la medida en que el comentario ha expresado claramente que el punto controvertido no es una norma primaria sino un factor que podría tenerse en cuenta para determinar la magnitud de la indemnización debida, el proyecto de artículo no causaría un daño irreparable. No resulta totalmente inaceptable si su inclusión es importante para otros miembros de la Comisión.

⁵ Véase 2613.ª sesión, nota 3.

41. El Sr. SIMMA dice que el aspecto más importante del artículo 45 es el principio orientador según el cual el Estado lesionado puede elegir la forma de satisfacción, lo que supone flexibilidad para ajustarse a las características particulares de cada caso. No obstante, a su juicio existe tensión —mucho mayor que en los demás proyectos de artículos— entre este principio y la jerarquía expresada en el texto, en especial en el párrafo 2.

42. En lo que respecta al párrafo 1, está de acuerdo con quienes sustituirían la palabra «ofrecer» por la palabra, por ejemplo, «proporcionar». La expresión «daños no materiales» es mejor que la expresión «daño moral». Por otra parte, en la versión inglesa la palabra *caused*, empleada en el artículo aprobado en primera lectura, es preferible a la palabra *occasioned*: no hay duda de que es acertado poner de manifiesto la relación de causalidad entre el daño infligido y la violación. En lo que respecta a la palabra «obligación», contrasta extrañamente con los demás párrafos del artículo —en especial el párrafo 3— rodeados de tantas condiciones que se corre el peligro de viciar la intención del artículo.

43. Las dificultades que plantea el párrafo 2 son más fundamentales. Le preocupa la importancia dada por el Relator Especial al hecho de que una declaración judicial de ilicitud constituya la forma más natural de satisfacción. Como pone de manifiesto la expresión «en primer lugar», en el párrafo 2, lo primero que solicita el Estado lesionado, si existe un procedimiento de tercería para la solución del asunto, es una declaración de que se ha violado el derecho internacional. No obstante, como se pone de manifiesto en el párrafo 185 del informe, el Relator Especial reconoce la poca frecuencia de esos arreglos de terceros y por consiguiente aboga a favor de sustituir la declaración por el reconocimiento del hecho ilícito. De todos modos, el autor pone en duda que el conocimiento merezca realmente ese «primer lugar» a nivel entre Estados. En la práctica, los Estados tienden a no echar sal en la herida. El reconocimiento puede perfectamente estar implícito en una presentación de excusas o de disculpas. Señala que en cambio algunos Estados presentan excusas francamente sin por ello reconocer el hecho ilícito, algo así como si fuera una gratificación graciable. Asimismo, en otros casos se presentan disculpas para evitar ulteriores consecuencias de un hecho ilícito. Por estas razones considera que no es muy adecuado incluir el párrafo 2 en el artículo 45.

44. Además, parece que el Relator Especial ha rebajado el nivel de las disculpas. En el proyecto aprobado en primera lectura, las disculpas constituían una forma de satisfacción única y suficiente. En el nuevo proyecto sólo se mencionan como posible acompañamiento del reconocimiento de un hecho ilícito. Que las disculpas tengan una gran carga histórica —por ejemplo las que se obligó presentar a China después de la Rebelión de los Bóxers— y que a menudo se haya abusado de ellas no invalida el remedio como tal. Señala en este contexto que no siempre son Estados débiles los que presentan excusas a Estados poderosos, como ha dado a entender el Sr. Momtaz. Los Estados Unidos han presentado recientemente excusas, plena e inequívocamente, al Paraguay.

45. En lo que respecta al párrafo 3, está de acuerdo con el Sr. Pellet de que el «pago de una indemnización pro-

porcionada a la gravedad del daño» resulta especialmente adecuado en relación con los crímenes. No obstante, el apartado b del párrafo 3 no se limita a los crímenes y debería mantenerse sin variaciones, en especial si un asunto como el del incidente del Rainbow Warrior entra dentro de la categoría de crimen, como el Sr. Pellet parece haber sugerido valientemente. Señala a este respecto que el párrafo 170 del informe se refiere al antiguo artículo 19, lo que considera tomar los deseos por realidad.

46. En lo que respecta al apartado c del párrafo 3, debería aclararse que la conducta delictiva de personas privadas sólo afecta a la responsabilidad del Estado en la medida en que éste incumpla el deber de prevención. Toda acción penal contra personas privadas constituye simplemente el cumplimiento retrasado de una obligación primaria. En lo que respecta al párrafo 4, la proporcionalidad de la satisfacción es difícil de determinar o aplicar. Un ejemplo extremo lo constituye la decapitación de un ciudadano suizo en el siglo XVII frente a la embajada del país a cuyo gobierno había criticado. Apoya firmemente la sustitución, en la versión inglesa, de la palabra *should* por la palabra *shall*. En definitiva, la finalidad de la reparación es establecer la paz jurídica y la humillación puede alimentar las condiciones para un ulterior hecho ilícito.

47. En lo que respecta al artículo 45 bis y a la referencia hecha por el Sr. Hafner (2638.^a sesión) a la relación entre lucro cesante e intereses, se trata de un problema que el Comité de Redacción está examinando siguiendo una línea de pensamiento propuesta por el Sr. Pellet. También está de acuerdo con el Sr. Hafner en que la segunda frase del párrafo 1 es innecesaria y debería suprimirse. No obstante, mantendría el párrafo 2 sustituyendo la palabra «indemnización» por la palabra «suma», tal como ha sugerido el Relator Especial.

48. En lo que respecta al artículo 46 bis, recuerda que el Sr. Pellet ha preguntado al Relator Especial (*ibíd.*) si el apartado a constituye un aspecto de las «manos limpias», y la respuesta ha sido negativa. Sin embargo, la noción de «manos limpias» es muy poco clara. Si se considera en su sentido más amplio como diversas conexiones entre ilícitos civiles, no tendrá dificultad alguna en considerar el apartado a como una expresión de la doctrina de «manos limpias». En este contexto, incluso estando a favor de incluir la culpa en las normas secundarias, la referencia a la culpa como elemento subjetivo en el apartado a debería, por razones de coherencia, excluirse en la actual fase de redacción ya que, aun en el contexto de dicho apartado, podría encontrarse dentro de las normas primarias.

49. En lo que respecta a la atenuación de la responsabilidad, no cree que haya ninguna obligación de atenuación en virtud del apartado b del artículo 46 bis en el sentido de que si se vulnera esa obligación se aplicarán las normas secundarias y habrá que proporcionar reparación. Por el contrario, la falta de atenuación debería conducir a limitar la indemnización que pueda obtenerse. El principio es una expresión de buena fe o de *venire contra factum proprium*.

50. El Sr. BROWNLIE, contestando a las declaraciones del Sr. Rosenstock y del Sr. Simma, dice que sus opiniones sobre la satisfacción no pueden rechazarse considerando que se basan en una historia anticuada. Por extraño

que pueda parecer, los textos actuales sobre el tema, al que él mismo se ha referido en relación con cuestiones de indemnización, mantienen el modo de pensar del pasado. Esta cuestión presenta un problema analítico y estructural grave, especialmente visible en el apartado c del párrafo 3 del artículo 45. No hay necesariamente relación entre la existencia de responsabilidad internacional y la consecuencia de que es obligatorio proporcionar plena reparación, por una parte, y el enjuiciamiento de personas por actos que quizá no constituyan delito, por otra. Es fundamental tener en cuenta todo el problema.

51. El Sr. PELLET considera interesante la postura del Sr. Brownlie. Las disculpas no son en absoluto anticuadas. Son en muchos casos una forma adecuada de reparación y, como él mismo y el Sr. Simma han señalado, continúan presentándose. En lo que respecta a la cuestión de las «manos limpias», considera que la respuesta dada a su pregunta por el Relator Especial no es convincente. Había esperado que el Relator Especial dijera que la fórmula general empleada no se limita a las «manos limpias» sino que también abarca la doctrina de manos limpias, en el sentido de que si una persona particular ha contribuido al daño esa contribución reduce la cuantía de la reparación. Sin embargo, el punto que se examina es el de la atenuación de la reparación, no de la responsabilidad, que sigue siendo plena.

52. En respuesta a una observación del Sr. Simma, dice que no ve ninguna valentía en que un miembro adopte una postura severa respecto del país del que es nacional. Los miembros son independientes de sus gobiernos y en su caso no tiene nada que temer de su propia administración. Dicho esto, desea aclarar las observaciones que hizo con respecto al asunto Rainbow Warrior (ibíd.). En respuesta a una observación del Sr. Addo, dijo que existen tres interpretaciones posibles del pago de una cantidad relativamente sustancial por parte de Francia a Nueva Zelanda en relación con dicho asunto. Podría considerarse que el pago es simbólico o que se efectúa como consecuencia de un delito o —interpretación que él prefiere— como arreglo diplomático especial derivado de un laudo del Secretario General de las Naciones Unidas. Francia incurrió manifiestamente en responsabilidad internacional violando una norma de derecho internacional, de importancia fundamental para toda la comunidad internacional, ya que afectó a la soberanía territorial de Nueva Zelanda. Sin embargo, este hecho ilícito no puede, a su juicio, considerarse un «crimen», ya que no fue ni «masivo» ni de carácter «sistemático». En su opinión, estos dos elementos forman parte de la definición de crimen, aunque admite que en su actual redacción, que no considera obsoleta pero que ciertamente merece un mayor debate a fondo, el artículo 19 no contiene ninguno de estos elementos, excepto los implicados en los ejemplos citados en su párrafo 3.

53. El Sr. GOCO acoge con satisfacción el papel más destacado que se da a las disculpas como forma de satisfacción en el nuevo artículo 45 que se propone. Con el respeto que le merecen las reservas formuladas por el Sr. Simma a este respecto, afirma que las disculpas pueden servir de instrumento útil en el inestable mundo de las relaciones diplomáticas internacionales.

54. El Sr. Sreenivasa RAO dice que con gran frecuencia los Estados que tratan de resolver una prolongada controversia buscarán la reconciliación, el acercamiento y nuevas formas de cooperación, mostrando así flexibilidad al elegir entre diversas soluciones disponibles teniendo en cuenta la valoración política de la situación. Por consiguiente, el objeto de la presente empresa debería ser establecer diferentes opciones políticas y derechos a disposición de los Estados en vez de una rígida secuencia de consecuencias y obligaciones que, inevitablemente, siguen a la comisión de un acto internacionalmente ilícito. Sin embargo, en su actual formulación excesivamente esquemática el capítulo II no tiene en cuenta esas sutilezas políticas, dando en cambio la impresión equivocada de que un hecho internacionalmente ilícito origina automáticamente una secuencia rígida de consecuencias que tiene que seguirse mecánicamente. Las disculpas, por ejemplo, son solamente una de las numerosas opciones que los Estados tienen a su disposición pero no un componente indispensable de un conjunto de medidas que, reunidas, equivalgan a la plena reparación, como implica el nuevo artículo 45 que se propone.

55. Con respecto a los detalles, no tiene inconveniente en aceptar la propuesta del Relator Especial de sustituir la expresión «daño moral» por «daños no materiales». A su juicio, el apartado a del párrafo 3 del artículo 45, relativo al pago de una indemnización simbólica, debe mantenerse como opción adicional útil para los Estados y quizá como alternativa a las disculpas oficiales. No obstante, el comentario debería destacar que las formas de satisfacción que figuran en el párrafo 3 son alternativas y no consecuencias obligatorias.

56. Si hubiera que suprimir la frase de introducción del apartado b del párrafo 3 del artículo 45, debería hacerse sin perjuicio del examen futuro por parte de la Comisión de la cuestión de los daños punitivos. En su nueva formulación el apartado b del párrafo 3 parece referirse a la esfera de la indemnización y no a la de la satisfacción. El Comité de Redacción debería seguir examinando esta cuestión. El artículo 45 bis y el artículo 46 bis, que deberían mantenerse y seguir perfeccionándose en caso necesario, plantean al orador escasos problemas. Muchos de los problemas relacionados con los intereses deben dejarse a la discreción de los tribunales. El perjuicio no siempre es tan fácilmente cuantificable como afirma el Sr. Rosenstock, ni resulta necesariamente útil, en el contexto más amplio de la satisfacción, insistir en obtener indemnización hasta el último céntimo. Por último, en todo examen de las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito deben ponderarse debidamente los derechos del acusado.

57. El Sr. ROSENSTOCK dice que en las sociedades nacionales la mayor parte de las controversias se resuelven mediante negociación y por consiguiente se trata de transacciones. No hay duda de que esto también es verdad —quizá en mayor grado— a nivel internacional. Aun así, siguen siendo necesarios criterios enérgicos que permitan medir las pérdidas. De no existir esos criterios, a largo plazo resulta inevitable que el Estado lesionado se encuentre en situación desventajosa con respecto a la indemnización por los daños sufridos. Por esta razón resulta útil un marco riguroso en el que puedan desarrollarse las negociaciones.

58. El Sr. KUSUMA-ATMADJA da las gracias a sus colegas por sus ilustradas contribuciones al debate. En especial, hace suyas la opinión del Sr. He de que la investigación debe figurar en el artículo relativo a la satisfacción, las observaciones del Sr. Pellet relativas a la independencia de los miembros de la Comisión y las observaciones del Sr. Sreenivasa Rao sobre la necesidad de un procedimiento más flexible en lo que respecta al artículo 45. También expresa dudas acerca de si resulta viable en la práctica la solución propuesta en el párrafo 2 del artículo 45 bis.

59. El PRESIDENTE dice que en la próxima sesión plenaria, después de que concluya el debate sobre los artículos 45, 45 bis y 46 bis, se adoptará una decisión sobre la remisión de dichos artículos al Comité de Redacción. Entretanto, de no haber objeciones, considerará que la Comisión acuerda autorizar al Presidente del Comité de Redacción a que tome nota oficiosamente de las contribuciones aportadas hasta ahora en el debate en la plenaria cuando el Comité examine sus artículos en su sesión de esta misma tarde.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2640.^a SESIÓN

Viernes 14 de julio de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Brownlie, 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 continuar el examen de los artículos 45, 45

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).

bis y 46 bis incluidos en la sección B del capítulo I del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/507 y Add.1 a 4).

2. El Sr. HERDOCIA SACASA se congratula de que el Relator Especial haya juzgado útil citar en diversas ocasiones los fallos de tribunales del continente americano, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Centroamericana de Justicia.

3. El tema de la satisfacción no ha dejado sólo buenos recuerdos en la práctica latinoamericana. En la sesión precedente, dos miembros pidieron ya que se mantuviese el párrafo 4 del artículo 45, en el que se dice que la satisfacción no debe adoptar una forma que sea humillante para el Estado responsable. La verdad es que los países pequeños han tenido que inclinarse ante banderas extranjeras en nombre de la satisfacción, sin haber tenido ocasión de hacer saludar a la inversa sus colores, incluso por razones más graves. A este nivel el derecho debe pues servir de instrumento que permita obtener el equilibrio y la igualdad entre países fuertes y países débiles. Como ejemplo, el Sr. Herdocia Sacasa cita el caso de Eisenstuck-Leal de 1878 que tuvo origen en un incidente entre un nicaragüense y su esposa, hija del cónsul de una gran Potencia. A raíz de este incidente, esa gran Potencia formuló reclamaciones, respaldadas por cierto número de buques de guerra provistos de cañones. Un día, calificado de día de oprobio y de humillación por los historiadores, Nicaragua tuvo que hacer desfilar un regimiento ante el pabellón extranjero. Parece tanto más necesario pues prever en el proyecto una disposición —ya sea el párrafo 4 del nuevo artículo 45, ya sea un artículo más general— que consagre el principio de la igualdad soberana de los Estados.

4. La reflexión sobre la satisfacción debe proceder de la distinción fundamental entre el perjuicio no material causado al Estado y el daño moral causado a los particulares. Como aconseja el Relator Especial en el párrafo 181 de su informe, convendría conservar la expresión «no material» propuesta por Dominicé³. El daño moral debe formar parte del artículo 44, que versa sobre la indemnización. Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez, el daño moral es también indemnizable, sobre todo cuando se trata de una violación de los derechos humanos. El perjuicio no material tiene una naturaleza completamente distinta.

5. El texto del párrafo 1 del artículo 45 se debe modificar en el sentido indicado por el Sr. Gaja, es decir, que el Estado debe estar obligado no a «ofrecer» sino a «dar» satisfacción.

6. Convendría fusionar los párrafos 2 y 3 en una sola disposición, que no tuviese carácter exhaustivo y que versase sobre las modalidades de la satisfacción. En el apartado b del párrafo 3, la cláusula en la que se prevé que la indemnización por daños y perjuicios corresponda a la gravedad del perjuicio debería figurar en el artículo 44, que versa sobre la indemnización, y remitir al artículo 19, que define el crimen del Estado. En lo que respecta al apartado c más valdría prever no una acción dis-

³ Véase 2635.^a sesión, nota 3.