

Distr.
LIMITADA

A/CN.4/L.484/Add.5
15 de julio de 1993

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL
45° período de sesiones
3 de mayo a 23 de julio de 1993

PROYECTO DE INFORME DE LA COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL
SOBRE LA LABOR REALIZADA EN SU 45° PERIODO DE SESIONES

Capítulo IV

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

Adición

INDICE

Página

C. Texto del párrafo 2 del artículo 1 y artículos 6, 6 bis,
7, 8, 10 y 10 bis, con los comentarios correspondientes
aprobados provisionalmente por la Comisión en
su 45° período de sesiones

Artículo 8 2

Artículo 8

Indemnización

1. El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito una indemnización por el daño causado por ese hecho, en la medida en que el daño no hay sido reparado mediante la restitución en especie.

2. A efectos del presente artículo, la indemnización cubrirá todo daño económicamente valorable que haya sufrido el Estado lesionado y podrá incluir los intereses y, cuando proceda, las ganancias dejadas de obtener.

Comentario

- 1) La indemnización es el remedio principal y capital al que se recurre a raíz de un hecho internacionalmente ilícito. Como declaró la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la Fábrica de Chorzow, "según un principio de derecho internacional, la reparación de un daño puede consistir en una indemnización... esta es incluso la forma más usual de reparación" 1/. La indemnización no es, por supuesto, el único modo de reparación consistente en el pago de una suma de dinero: la indemnización nominal o la indemnización que refleje la gravedad de la violación, tratadas ambas en el artículo 10 relativo a la satisfacción, son también de carácter pecuniario pero cumplen una función punitiva que es ajena a la indemnización, aun teniendo en cuenta que en toda forma de reparación está presente una cierta retribución.
- 2) La distinción entre el pago de dinero como indemnización y el pago de dinero con fines punitivos está generalmente admitida y se subraya con frecuencia en las publicaciones pertinentes 2/. En la jurisprudencia se

1/ C.P.J.L., serie A, N° 17, fallo de 13 de septiembre de 1928, págs. 27 y 28.

2/ Véase, por ejemplo, C. Eagleton, The Responsibility of States in International Law (Nueva York, 1928):

"El criterio habitual de reparación, en los casos en que la reposición de las cosas en el estado que primitivamente tenían sea imposible o insuficiente, es el pago de una suma de dinero... Suele decirse que la indemnización fijada debe tener como finalidad exclusiva el pago de la pérdida sufrida y que, por lo tanto, tiene carácter compensatorio y no punitivo..." (pág. 189) (subrayado añadido)

encuentran también indicaciones expresas en el mismo sentido. Por ejemplo, en el asunto Lusitania, el superárbitro se expresó claramente al decir:

"El concepto fundamental de la "indemnización de daños y perjuicios" es... la reparación de una pérdida sufrida, la compensación judicialmente determinada de un hecho lesivo. El remedio debe ser proporcionado a la pérdida, a fin de que la parte perjudicada pueda reintegrarse de ella. La superposición de una pena además del resarcimiento íntegro, y su designación con el nombre de indemnización de daños y perjuicios, junto con los calificativos de ejemplar, vindicativa o punitiva, representa una inútil confusión terminológica que lleva inevitablemente a la confusión de las ideas..." (subrayado añadido).

Otro ejemplo es el asunto relativo a la Responsabilidad de Alemania por actos cometidos después del 31 de julio de 1914 y antes de que Portugal participara en la guerra 3/ en el que el tribunal arbitral separó inequívocamente las consecuencias compensatorias y punitivas de la conducta alemana 4/.

En el mismo sentido, véase E. Jiménez de Arechaga, "International Responsibility", Manual of Public International Law, M. Sørensen, ed. (Londres, Macmillan, 1968).

3/ Naciones Unidas, Recueil, vol. II, págs. 1035 y ss.

4/ Decisión de 30 de junio de 1930 (Portugal c. Alemania) (ibid., vol. II, págs. 1035 y ss.). El tribunal declaró:

"Además de la reparación de los daños propiamente dichos, causados por los actos cometidos por Alemania durante el período de neutralidad, Portugal reclama una indemnización de 2.000 millones de marcos oro por razón "de todas las ofensas a su soberanía y por los atentados contra el derecho internacional". Motiva esa reclamación alegando que la indemnización que se conceda por ese concepto "hará patente la gravedad de los actos realizados con relación al derecho internacional y los derechos de los pueblos", y "que contribuirá... a hacer saber que esos actos no podrán seguir siendo realizados impunemente. Además de la sanción de la desaprobación por las conciencias y por la opinión pública internacional, recibirían la sanción material correspondiente..."

De esto resulta muy claramente que no se trata, en realidad, de una indemnización, de la reparación de un perjuicio material ni siquiera moral, sino efectivamente de una sanción, de una pena infligida al Estado culpable y que se inspira, como las penas en general, en las ideas de retribución, admonición e intimidación. Ahora bien, es evidente que al confiar a un árbitro el cuidado de fijar la cuantía de las reclamaciones entabladas por actos cometidos durante el período de neutralidad, las Altas Partes Contratantes no han tenido la intención de investirlo de un poder represivo. No sólo el párrafo 4 que instituye su competencia figura en la parte X del Tratado, titulada "Cláusulas económicas", mientras que

3) Al formular las normas relativas a la indemnización, la Comisión ha tomado conocimiento de la tendencia natural de los tribunales y comisiones arbitrales a recurrir a las normas del derecho privado, en particular el derecho de tradición romanista 5/. Al mismo tiempo, ha reconocido con la mayoría de la doctrina 6/ que era imposible, habida cuenta del número y la variedad de los casos concretos, descubrir o siquiera concebir normas muy detalladas aplicables de manera automática e indiscriminada a cualesquiera casos o grupos de casos. Por consiguiente, ha llegado a la conclusión de que las normas sobre indemnización han de ser de carácter relativamente general y flexible, aun cuando puedan formularse con el fin de enunciar los derechos del Estado

es la parte VII la que trata de las "Sanciones", sino que además sería contrario a las intenciones claramente expresadas de las Potencias aliadas admitir que han tomado en consideración la posibilidad de castigar a Alemania con penas pecuniarias por razón de los actos que ha cometido, ya que en el párrafo 1 del artículo 232 se dice expresamente que reconocen que incluso la mera reparación de las pérdidas propiamente dichas causadas por ella excedería a su capacidad financiera. La sanción que reclama Portugal, por tanto, cae fuera tanto de la esfera de la competencia de los árbitros como del ámbito de aplicación del Tratado." (Ibid., págs. 1076 y 1077.)

5/ La influencia de las normas del derecho privado es reconocida por muchos autores, entre ellos K. Nagy, "The problem of reparation in international law", Questions of International Law: Hungarian Perspectives, H. Bokor-Szego, ed. (Budapest, Akademiai Kiadó, 1986), vol. 3, págs. 178 y 179; C. Cepelka, Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain (Praga, Karlova University, 1965); Reitzer, págs. 161 y 162, y Anzilotti, Corso di diritto internazionale, 4a. ed. (Padua, CEDAM, 1955), vol. I; traducción francesa de G. Gidel a partir de la tercera edición italiana, Cours de droit international (París, 1929), pág. 524. Sin embargo, los dos últimos autores discrepan en cuanto a la condición de los principios del derecho interno aplicados en la jurisprudencia internacional pertinente. Anzilotti opina que al recurrir a las normas del derecho privado los tribunales internacionales no aplican el derecho nacional como tal; aplican principios jurídicos internacionales modelados sobre los principios o normas del derecho interno. Por otra parte, Reitzer considera que las normas del derecho privado no forman parte del derecho internacional general.

6/ Graefrath, "Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages", Collected Courses..., 1984-II (La Haya, Nijhoff, 1985), vol. 185, pág. 101. Véase también J. H. W. Verzijl, International Law in Historical Perspective (Leyden, Sijthoff, 1973), parte VI, págs. 746 y 747; Eagleton (op. cit. (nota 2 supra)), pág. 191; Reitzer, op. cit. (nota 5 supra); y C. D. Gray, Judicial Remedies in International Law (Oxford, Clarendon Press, 1987), págs. 33 y 34.

lesionado y las obligaciones correspondientes del Estado autor del hecho ilícito.

4) En el párrafo 1 se dispone que el Estado lesionado "podrá" obtener del Estado que haya cometido el hecho ilícito una indemnización por el daño "causado" por ese hecho, "en la medida en que el daño no haya sido reparado mediante la restitución en especie". El concepto de facultad, la exigencia de un nexo causal y la relación entre indemnización y restitución en especie se tratarán ahora por este orden.

5) Al igual que todos los artículos relativos a la reparación, el artículo 8 está redactado en función de una facultad del Estado lesionado y condiciona el cumplimiento de la obligación de indemnizar a la correspondiente reclamación por parte del Estado lesionado.

6) La exigencia de un nexo causal entre el hecho ilícito y el daño requiere comentarios más extensos. Si bien la exigencia misma se da por supuesta universalmente, la distinción entre las consecuencias que cabe considerar que han sido causadas por el hecho ilícito y, por consiguiente, son indemnizables, y las que no han de considerarse como tales y que, por consiguiente, no son indemnizables ha suscitado considerable atención en la doctrina y en la práctica. Durante algún tiempo esta cuestión se ha examinado en función de la distinción entre daño "directo" y daño "indirecto". Sin embargo, este planteamiento ha hecho surgir dudas debido a la ambigüedad y a la escasa utilidad de esa distinción ^{7/}. En la jurisprudencia internacional ^{8/} la expresión "daño indirecto" se ha utilizado para justificar decisiones de no conceder indemnización por daños y perjuicios. Sin embargo, no se ha dado ninguna indicación clara acerca del tipo de relación entre un acontecimiento y

^{7/} Véase J. Personnaz, La réparation du préjudice en droit international public (París, 1939), pág. 135; Eagleton, op. cit., (nota 2 supra), págs. 199 a 202; Morelli, op. cit., pág. 365; Bollecker-Stern, Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale (París, Pedone, 1973), págs. 204 a 211; Gray, op. cit. (nota 6 supra), pág. 22.

^{8/} Hauriou cita el asunto Alabama ("Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux", Revue générale de droit international public, vol. 31 (1924), pág. 209) como la aplicación más notable de la regla de la exclusión de los daños "indirectos".

las pérdidas que justificarían su calificación de "indirectas" 9/. También son dignas de mención en este contexto dos declaraciones de la Comisión Mixta de Reclamaciones germanoestadounidense. La primera, que se halla en la decisión tomada por la Comisión en el asunto South Porto Rico Sugar Company 10/, califica el término "indirecto" utilizado con respecto al daño como "inadecuado, inexacto y ambiguo" y la distinción entre daño "directo" e "indirecto" como "con frecuencia ilusoria y caprichosa". La segunda está tomada de la decisión administrativa N° II 11/ de la Comisión, de fecha 1° de noviembre de 1923 y dice así:

"Poco importa que la pérdida sea una consecuencia directa o indirecta, siempre que exista una relación clara e ininterrumpida entre el acto de Alemania y la pérdida por la cual se reclama..."

7) El criterio a que se apunta, en vez del carácter directo del daño, es así la existencia de un nexo causal claro e ininterrumpido entre el hecho ilícito y el daño por el cual se reclama una indemnización de daños y perjuicios. Para que sea indemnizable es necesario que el daño esté unido a un hecho ilícito por una relación de causalidad 12/ y un daño está así unido a un hecho ilícito siempre que el curso normal y natural de los acontecimientos ponga de manifiesto que el daño es una consecuencia lógica del hecho o siempre que el autor del hecho ilícito pueda haber previsto el daño que causó. Aunque las condiciones de normalidad y previsibilidad casi siempre coexisten (en el sentido de que la producción del daño también se podría haber previsto si se ajustara a la norma) 13/, en la práctica el grado de importancia que se les

9/ Véase en este sentido Ansilotti, op. cit. (nota 5 supra), pág. 431; Hauriou, op. cit. (nota 8 supra) y Reitzer, op. cit. (nota 5 supra), pág. 180.

10/ Se trata de uno de los asuntos relativos a las War-Risk Insurance Premium Claims; decisión de 1° de noviembre de 1923 de la Comisión Mixta de Reclamaciones (Naciones Unidas, Recueil, vol. VII, págs. 62 y 63).

11/ Ibid., pág. 29.

12/ En este sentido, Personnaz, op. cit. (nota 7 supra), pág. 136; Eagleton, op. cit. (nota 2 supra), págs. 202 y 203.

13/ Véase por ejemplo G. Salvioli, "La responsabilité des Etats et la fixation des dommages et intérêts par les tribunaux internationaux", Recueil des cours... 1929 - III (París, 1930), vol. 28, pág. 251; Reitzer, op. cit. (nota 5 supra), pág. 183.7

concede es variable. En la práctica judicial prima la previsibilidad. Un ejemplo evidente es la decisión pronunciada en el asunto de las Colonias Portuguesas (incidente de Naulilaa) 14/. Los daños causados a Portugal por la rebelión de la población indígena de sus colonias fueron atribuidos a Alemania porque se supuso que la rebelión había sido provocada por la invasión alemana. Por consiguiente, el Estado autor fue tenido por responsable de todos los daños que podía haber previsto, aunque el nexo entre el hecho ilícito y el daño efectivo no era realmente "directo". Por el contrario, no se concedió la indemnización de daños y perjuicios por los daños que no podían haber sido previstos:

"... no sería equitativo dejar a cargo de la víctima los daños que el autor del acto ilícito inicial ha previsto y hasta tal vez querido, con el solo pretexto de que en la cadena que los une a ese acto ilícito hay algunos eslabones intermedios. Pero, en cambio, todos reconocen que, aunque se abandone el principio riguroso de que sólo los daños directos dan derecho a reparación, no se puede por menos de excluir, so pena de llegar a una ampliación inadmisible de la responsabilidad, los daños que sólo se relacionan con el acto inicial a través de un encadenamiento imprevisto de circunstancias excepcionales y que sólo han podido producirse con el concurso de causas ajenas al autor del acto y que de ningún modo éste podía haber previsto..." 15/

8) La Comisión no considera correcto excluir la previsibilidad de los requisitos necesarios para determinar la causalidad a los efectos de la compensación. Lo más que se puede decir es que la posibilidad de prever el daño por un hombre diligente en la situación del autor del hecho lesivo es un indicio importante para apreciar la "normalidad" o la "naturalidad", que es un requisito previo indiscutible para la determinación del nexo causal. La decisión administrativa N° II de la Comisión Mixta de Reclamaciones germanoestadounidense, mencionada anteriormente, proporciona una vez más un valioso ejemplo de la manera como el criterio de la normalidad se aplica para la determinación de la relación de causalidad:

14/ Decisión de 31 de julio de 1928 (Portugal c. Alemania) (Naciones Unidas; Recueil, vol. II, págs. 1011 y ss.).

15/ Ibid., pág. 1031.

"... Poco importa cuántos eslabones tenga la cadena de causalidad que une el acto de Alemania con la pérdida sufrida, siempre que la conexión sea ininterrumpida y que, eslabón por eslabón, la causa de la pérdida se pueda atribuir clara, inequívoca y definitivamente al acto de Alemania..." 16/

9) El criterio de la presunción de causalidad cuando se dan las condiciones de normalidad y previsibilidad requiere otra explicación. Tanto en la doctrina como en la práctica judicial se advierte una tendencia a identificar ese criterio con el principio de la causa próxima propio del derecho privado. Brownlie, refiriéndose al asunto Dix 17/, dice:

"Hay indicios de que los tribunales internacionales trazan una distinción análoga y tienen así por responsables a los gobiernos "sólo por las consecuencias próximas y naturales de sus actos" y deniegan toda "compensación por las consecuencias remotas, a falta de prueba de una intención deliberada de causar daño." 18/

Después de la desintegración del satélite soviético Cosmos 954 (con fuente de energía nuclear a bordo) en su territorio en 1978, Canadá dijo en su demanda:

"Para calcular la indemnización exigida, el Canadá ha aplicado los criterios pertinentes establecidos por los principios generales del derecho internacional por los que se rige el pago de una indemnización

16/ La Comisión agregó:

"Cuando en el orden de causalidad media gran distancia entre la pérdida y el acto contra el cual se reclama, este tribunal no tiene competencia para tratar de desenredar la enmarañada red de causas y efectos o para seguir, a través de un desconcertante laberinto de razonamientos confusos, muchos eslabones desconectados o colaterales para encontrar la relación entre Alemania y un perjuicio determinado. Todas las pérdidas indirectas están cubiertas, siempre que desde el punto de vista jurídico el acto de Alemania haya sido el origen de la causa próxima y eficiente de todas esas pérdidas. El simple criterio que tiene que aplicarse en todos los casos es: ¿ha demostrado un nacional estadounidense haber sufrido una pérdida que pueda ser medida con exactitud razonable según criterios pecuniarios y es esa pérdida atribuible a un acto de Alemania como causa próxima?" (Ibid., vol. VII, pág. 30).

17/ Decisión pronunciada en 1903 por la Comisión Mixta de Reclamaciones estadounidense-venezolana (Naciones Unidas, Recueil, vol. IX, págs. 119 y ss., especialmente pág. 121).

18/ Brownlie, System of the Law of Nations: State responsibility, parte I (Oxford, Clarendon Press, 1983) pág. 224.

equitativa incluyendo en su demanda sólo los gastos que son razonables, cuya causa próxima ha sido la intrusión del satélite y el depósito de residuos y que pueden ser calculados con un grado razonable de certidumbre." 19/

10) Por consiguiente, parece que el uso irreflexivo del adjetivo "próxima" (en relación con "causa") para indicar el tipo de relación que debe existir entre el acto ilícito y el daño indemnizable no deja de presentar cierto grado de ambigüedad. Ese adjetivo excluiría totalmente, al parecer, la posibilidad de indemnizar los daños que, aunque relacionados con un acto ilícito, no están próximos a él en el tiempo o en la cadena causal.

11) La Comisión se inclina así a pensar que el criterio del nexo causal se debería aplicar de la manera siguiente:

- i) hay que indemnizar íntegramente los daños y perjuicios que han sido causados inmediata y exclusivamente por el hecho ilícito; 20/
- ii) hay que indemnizar íntegramente los daños y perjuicios de los que el hecho ilícito es la causa exclusiva aunque no estén unidos a ese hecho por una relación inmediata sino por una sucesión de acaecimientos conectados exclusivamente entre sí por una relación de causa a efecto.

Así pues, la causalidad tiene que presumirse, no sólo cuando existe una relación de "causa próxima", sino también siempre que el daño está unido al hecho ilícito por una cadena de acaecimientos que, por larga que sea, es ininterrumpida.

12) Hay que tener en cuenta los casos en que los daños no han sido causados exclusivamente por un hecho ilícito sino que también han concurrido a ellos causas concomitantes entre las cuales el hecho ilícito desempeña una función decisiva pero no exclusiva. Una posibilidad, ya examinada en el contexto del artículo 6 bis, es que el daño pueda deberse en parte a negligencia o a un acto u omisión deliberados del Estado lesionado. Otras hipótesis se refieren

19/ ILM, vol. XVIII (1979), pág. 907, párr. 23 de la reclamación.

20/ J. Combacau, "La responsabilité internationale", en H. Thierry y otros, Droit international public, 4a. ed. (París, Montchrestien, 1984) se refiere en este caso a una "causalidad de primer grado: la que une sin ninguna interferencia el hecho generador al daño" (pág. 711).

al hecho ilícito concurrente de varios Estados 21/ y a la intervención de una causa independiente externa al Estado autor del hecho ilícito que tenga como consecuencia la agravación del daño que en otro caso se hubiera derivado del hecho ilícito.

13) Innumerables elementos, de los cuales los actos de terceros y los factores económicos, políticos y naturales son solo algunos, pueden contribuir, como causas a la producción de un daño 22/. En tales casos, como en el caso objeto del párrafo 2 del artículo 6 bis, tener por responsable de una compensación íntegra no sería equitativo ni conforme a la debida aplicación del criterio del nexo causal. La solución debe ser el pago de una indemnización de daños y perjuicios proporcional al importe del daño presuntamente atribuible al hecho ilícito y sus efectos, determinándose la cuantía de la indemnización tomando como base los criterios de la normalidad y la previsibilidad 23/. Dada la diversidad de situaciones posibles, la

21/ En este contexto podría analizarse la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Nauru.

22/ Ejemplo de ello es el asunto Yuille, Shortridge and Co. (decisión de 21 de octubre de 1861 (Gran Bretaña c. Portugal) (Lapradelle-Politis, vol. II, págs. 78 y ss.)). El asunto afectaba a una empresa inglesa de exportación de vinos, legalmente domiciliada en Portugal, que había sido injustamente declarada responsable por los tribunales portugueses después de un procedimiento irregular. El daño principal cuya reparación exigía la sociedad estaba representado por los gastos en que había incurrido con ocasión del proceso. Los "daños accesorios" eran la disminución de las ventas, dado que las actividades de la empresa habían quedado paralizadas en parte. Resumiendo, Hauriou, op. cit. (nota 8 supra, pág. 216) dijo que:

"... la cuestión era precisamente la de determinar si la disminución de la cifra de negocios tenía como causa única el proceso o si no habían concurrido otras causas. En el caso considerado era evidente que circunstancias ajenas habían contribuido a la disminución de beneficios registrada por la sociedad. Los árbitros destacaron, por ejemplo, una crisis en la producción vinícola durante los años 1839 y 1842, así como pérdidas provenientes de las malas condiciones en que se habían efectuado ciertas expediciones de vinos. Por consiguiente, los daños calificados de "indirectos", en este caso la disminución de los beneficios de la sociedad, se presentan como el resultado de causas diferentes. Unas corresponden a la denegación de justicia de que ha sido víctima la sociedad, pero las otras son totalmente ajenas a ella."

23/ Véase a este respecto, Salvioli, op. cit. (nota 13 supra), pág. 203; Personnaz, op. cit. (nota 7 supra), pág. 143; Gray, op. cit. (nota 6 supra), pág. 23.

Comisión no ha tratado de hallar criterios rígidos aplicables a todos los casos y señalar los porcentajes que habría que aplicar a la indemnización de daños y perjuicios impuesta al Estado agente cuando su acción hubiera sido una de las causas, decisiva pero no exclusiva, del daño sufrido por otro Estado. A su juicio, sería absurdo pretender enunciar en una fórmula universalmente aplicable las diversas hipótesis de relación causal y tratar de trazar una línea divisoria entre el daño por el que se puede exigir indemnización y el daño por el que ésta no es exigible. La aplicación de los principios y criterios analizados sólo puede efectuarse basándose en los elementos de hecho y las circunstancias de cada caso, en el que las facultades discrecionales de los árbitros o la habilidad diplomática de los negociadores tendrán que desempeñar una función decisiva para la determinación del grado en que el daño es indemnizable. Ello es especialmente cierto siempre que la cadena causal entre el hecho ilícito y el daño es especialmente larga y está vinculada a otros factores causales 24/.

24/ Como ha señalado Reitzer,

"... La causalidad es el encadenamiento de un número infinito de causas y efectos: el perjuicio sufrido es atribuible a la concurrencia de una multiplicidad de hechos y fenómenos. El juez internacional debe decir cuáles de esos hechos y fenómenos han producido el daño, según el curso normal de las cosas, y cuáles por el contrario son ajenos a éste. En particular debe decidir si, según el mismo criterio de normalidad, el daño es o no atribuible al acto imputado. Ello exige proceder a una elección, una selección, una apreciación de los hechos que, tomados en sí mismos, tienen todos el mismo valor. En esa labor de selección, el árbitro se ve obligado a actuar según su prudente arbitrio. El es quien rompe la cadena de causalidad para incluir en ella una categoría determinada de actos y acaecimientos y excluir otra, guiado sólo por su discernimiento y su propia perspicacia. Cada vez que el árbitro no encuentra indicaciones útiles en los precedentes se produce un resurgimiento de su libertad de apreciación." (Op. cit. (nota 5 supra), págs. 184 y 185.)

También son pertinentes las observaciones de Personnaz, según el cual:

"La existencia de relaciones [de causalidad] es una cuestión de hecho que debe ser determinada por el juez; no cabe de ninguna manera incluirla en fórmulas, ya que es únicamente un asunto sui generis." (Op. cit., (nota 7 supra), pág. 129.)

El mismo autor dice más adelante:

14) La cláusula final del párrafo 1, "en la medida en que el daño no haya sido reparado mediante la restitución en especie" aclara la relación entre restitución en especie e indemnización como formas de reparación.

La restitución en especie, pese a su "primacía" por razones de equidad y de principio jurídico, con mucha frecuencia es insuficiente para asegurar una reparación completa: puede quedar parcial o totalmente excluida sobre la base de los apartados a) a d) del artículo 7 o porque el Estado lesionado prefiera que la reparación se le preste en forma de indemnización; puede ser también insuficiente para asegurar la reparación íntegra. La función de la indemnización es llenar cualesquiera lagunas, grandes, pequeñas o mínimas, que pueda dejar en la reparación plena la frecuentemente señalada insuficiencia de la restitución en especie.

15) Dado que ambos artículos, el 7 y el 8, están redactados en función de una facultad del Estado lesionado, la Comisión considera innecesario, en el caso de una situación bilateral, hacer constar expresamente la libertad del Estado lesionado para elegir entre restitución en especie e indemnización. Al mismo tiempo la Comisión es consciente de que cuando existe una pluralidad de Estados lesionados pueden surgir dificultades si los Estados lesionados optan por diferentes formas de remedio. Esta cuestión forma parte de una serie de cuestiones que probablemente se plantearán siempre que haya dos o más Estados lesionados que pueden estar lesionados por igual o de manera diferente. Tiene consecuencias en el contexto de las consecuencias sustantivas e instrumentales de los hechos internacionalmente ilícitos y la Comisión tiene el propósito de volver a ella a su debido tiempo.

16) El párrafo 2 del artículo 8 trata del alcance de la indemnización. Consistiendo como consiste en el pago de una suma de dinero que sustituye o integra la restitución en especie, la indemnización es el remedio apropiado para el "daño económicamente valorable", es decir el daño que puede evaluarse en términos económicos. Como tal se describe a menudo como indemnización que abarca todos los daños "materiales" sufridos por el Estado lesionado.

"Se trata de una cuestión que no puede ser resuelta mediante principios, sino sólo a la luz de los hechos de la causa y según consideraciones del caso, para el examen de los cuales el juez dispondrá, salvo limitaciones del compromiso, de pleno poder de apreciación."
(Ibid., pág. 135.)

En cierto modo correcta, esta descripción exige matizaciones importantes. Es cierto que la indemnización no suele abarcar los daños morales (no materiales) causados al Estado lesionado, pues esta función la desempeña normalmente otra forma de reparación, a saber la satisfacción, tratada en el artículo 10. No es cierto, en cambio, que la indemnización no abarque el daño moral causado a la persona de nacionales o agentes del Estado lesionado. La ambigüedad se debe al hecho de que el daño moral causado al Estado lesionado y el daño moral causado a nacionales o agentes del Estado lesionado están sujetos a un régimen distinto desde el punto de vista del derecho internacional.

17) Los hechos internacionalmente ilícitos más frecuentes son los que infligen un daño a personas naturales o jurídicas relacionadas con el Estado, sea como simples nacionales o como agentes suyos. Este daño, que en la esfera internacional afecta directamente al Estado, aunque sea sufrido por nacionales o agentes a título privado, no siempre es exclusivamente material. Por el contrario, a menudo es también o hasta exclusivamente un daño moral y un daño moral que puede dar lugar a una reclamación válida de indemnización tanto como un daño material.

18) En relación con este punto uno de los ejemplos principales es el asunto del Lusitania, que fue objeto de una decisión de la Comisión Mixta de Reclamaciones germano-estadounidense en 1923 25/. El asunto se refería a las consecuencias del hundimiento del buque inglés por un submarino alemán. Con respecto a la cuantía de la indemnización debida por cada una de las reclamaciones basadas en las pérdidas estadounidenses en el suceso, el árbitro supremo dijo que tanto el derecho civil como el common law reconocían los daños causados por la "intromisión en el derecho privado" y establecían los correspondientes remedios jurídicos. El superárbitro expresó la opinión de que todo daño debía medirse por criterios pecuniarios y citó la afirmación de Grocio de que "el dinero es la medida común a todos los valores" 26/. Refiriéndose en particular a la muerte de una persona, sostuvo que el tribunal arbitral debía ocuparse de estimar los daños determinando:

25/ Decisión de 1º de noviembre de 1923 (Naciones Unidas, Recueil, vol. VII, págs. 32 y ss.).

26/ Ibid., pág. 35.

"a) la cuantía que el causante, de no haber muerto, hubiera contribuido probablemente al causahabiente; b) el valor pecuniario para el causahabiente de los servicios personales del causante para el cuidado, la educación o supervisión del causahabiente; y c) una indemnización razonable por el choque o dolor moral, de haber habido alguno, causado por la ruptura violenta de los vínculos familiares, que el causahabiente hubiere padecido efectivamente por razón de esa muerte. La suma de esas estimaciones reducida a su valor actual en efectivo representará, generalmente, la pérdida sufrida por el causahabiente." 27/

Ahora bien, además de las consideraciones relativas a la indemnización de daños y perjuicios que hace el superárbitro en los puntos a) y b), que guardan relación con el concepto más amplio de "daños personales", es interesante señalar lo que dijo con respecto a los daños a que se refiere el punto c). En su opinión, el derecho internacional dispone la indemnización por el dolor moral, los sentimientos heridos, las humillaciones, el descrédito, la deshonra, la pérdida de la posición social o los daños al crédito moral y la reputación. Tales daños dijo el superárbitro,

"son muy reales, y el mero hecho de que resulte difícil valorarlos o tasarlos en dinero no los hace menos reales ni es motivo para que el perjudicado no reciba una indemnización...". 28/

Este tipo de indemnización, añadió el superárbitro, no es una "pena".

19) El asunto del Lusitania no debe considerarse como una excepción. Aunque esos casos no se han producido con mucha frecuencia, los tribunales internacionales han otorgado, siempre que lo han estimado necesario, una indemnización pecuniaria por los daños morales causados a particulares 29/.

27/ Ibid., (subrayado añadido).

28/ Ibid., pág. 40.

29/ Ejemplos de ello son el asunto Chevreau (Decisión de 9 de junio de 1931 (France c. Reino Unido), (Naciones Unidas, Recueil, vol. II, págs. 1113 y ss.; traducción inglesa en American Journal of International Law, vol. 27 (1933), págs. 153 y ss.); el asunto Gage (Decisión pronunciada por la Comisión Mixta de Reclamaciones estadounidense-venezolana en 1903 (Naciones Unidas, Recueil, vol. IX, págs. 226 y ss.; y el asunto Di Caro (decisión pronunciada por la Comisión Mixta de Reclamaciones italo-venezolana en 1903 (ibid., vol. X, págs. 597 y 598). En este último, que se refería a la muerte de un comerciante italiano en Venezuela, la Comisión Mixta de Reclamaciones italo-venezolana tuvo en cuenta no sólo la pérdida financiera sufrida por la viuda del causante sino también el choque que ésta había sufrido y la privación del afecto, devoción y compañía que su marido hubiera

La práctica muestra pues que las pérdidas morales (o no patrimoniales) causadas a particulares por un hecho internacionalmente ilícito se han de indemnizar como parte integrante del daño principal sufrido por el Estado lesionado. Sin embargo, la Comisión se abstuvo de prever expresamente en el artículo 8 la indemnización del daño moral a nacionales del Estado lesionado puesto que la relación entre ese Estado y sus nacionales es una norma primaria que no tiene cabida en el presente contexto.

20) A la luz de lo que precede, la frase, "daño económicamente valorable" abarca al mismo tiempo:

- i) el daño causado al territorio del Estado en general, a su organización en sentido lato, sus bienes en el país y en el extranjero, sus instalaciones militares, locales diplomáticos, buques, aeronaves, naves espaciales, etc. (el llamado daño "directo" al Estado; 30/ y
- ii) el daño causado al Estado por medio de las personas físicas o jurídicas de sus nacionales o representantes (el llamado daño "indirecto" al Estado) 31/.

podido prestarle (ibid., pág. 598).

Otro claro ejemplo de indemnización pecuniaria del daño moral sufrido por un particular es el asunto de los Herederos de Jean Maninat. (Decisión de 31 de julio de 1905 de la Comisión Mixta de Reclamaciones franco-venezolana (ibid. págs. 55 y ss). El árbitro, rechazando la demanda de indemnización del daño material y económico, que juzgó insuficientemente probado, adjudicó a la hermana de Jean Maninat (víctima de una agresión) una suma de dinero a título de indemnización pecuniaria por la muerte de su hermano. Conviene mencionar asimismo el asunto Grimmm, fallado por el Tribunal de Reclamaciones irano-estadounidense, pero sólo la parte del fallo del tribunal que parece aludir a los daños morales, que se toman en consideración en principio como posible objeto de indemnización pecuniaria (decisión de 18 de febrero de 1983) (ILR), vol. 71, págs. 650 y ss., especialmente pág. 653).

30/ Son ilustrativos del concepto daño "directo" al Estado asuntos como el del Estrecho de Corfú (fondo) C.I.J. Recueil, 1949, párrs. 4 y ss., y el relativo al Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, C.I.J. Recueil, 1980, párr. 3. Por lo que respecta a la doctrina, véase en especial Brownlie, op. cit. (nota 18 supra), págs. 236 a 240.

31/ Reuter explica magistralmente cómo el daño sufrido por el Estado por medio de sus nacionales (y, cabe añadir, de sus agentes cuando actúan a título privado) es un daño "directo" al Estado mismo, aun cuando frecuentemente sea calificado de daño "indirecto".

21) La última clase de daño abarca tanto la pérdida "patrimonial" sufrida por particulares, sean personas físicas o jurídicas, como el daño "moral" sufrido por esas personas. Incluye también a fortiori los daños "personales" -distintos de los daños "morales"- causados a esos particulares por el hecho ilícito. Se hace referencia en particular a daños como la detención ilegal o cualquier otra restricción de la libertad, la tortura u otras lesiones a las personas, la muerte, etc.

22) La jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados tratan también este último tipo de daños, en la medida en que puedan ser tasados económicamente, con arreglo a las mismas normas y principios aplicables a la indemnización pecuniaria del daño material causado al Estado. De hecho, es fácil distinguir una tendencia clara a hacer extensivo a esa clase de daños "personales" el régimen aplicado a los daños estrictamente "patrimoniales". Un ejemplo típico es el de la muerte de un nacional del Estado interesado. Los tribunales, al conceder una compensación pecuniaria, parecen basarse en esos casos en la pérdida económica sufrida como consecuencia de la muerte por las personas en cierto modo facultadas para considerar la existencia de la persona fallecida como "fuente" de bienes o servicios que pueden ser objeto de evaluación económica. Conviene recordar a este respecto los dos primeros aspectos destacados por el superárbitro en el asunto del Lusitania; a saber,

"[...] El Estado moderno socializa todos los patrimonios privados mediante el impuesto, de igual modo que socializa una parte de los gastos privados al asumir los gastos de salud o una parte de los riesgos inherentes a la existencia humana. De una manera aún más general se da actualmente una verdadera asunción por el Estado de todos los elementos de la vida económica. Todos los bienes y todos los ingresos, todas las deudas y todos los gastos, incluso los de carácter privado, son recogidos mediante inscripción en una contabilidad nacional cuyas enseñanzas son uno de los instrumentos de la política económica de todos los gobiernos y están así sujetas a su influencia.

En la actualidad por consiguiente, ya no cabe decir que los daños sufridos por particulares se atribuyan al Estado por un mecanismo puramente formal. Económicamente, lo que sucede en realidad es que la nación, representada por el Estado, toma sobre sí, por lo menos en parte, la carga de cualquier pérdida sufrida ante todo por un particular." (P. Reuter, "Le dommage comme condition de la responsabilité internationale", Estudios de Derecho Internacional, Homenaje al Profesor Miaja de la Muella (Madrid, Tecnos, 1979), vol. II, págs. 841 y 842.

que el daño indemnizable en caso de muerte debía tasarse según la cuantía: "a) en que el causante, de no haber muerto, hubiera contribuido probablemente al causahabiente"; y "b) el valor pecuniario para el causahabiente de los servicios personales del causante para el cuidado, la educación o supervisión del causahabiente" 32/. Este planteamiento de la reparación fue evidentemente el adoptado por la CIJ en el asunto del Estrecho de Corfú (Reino Unido c. Albania) 33/. La Corte apoyó las demandas del Reino Unido en relación con las víctimas y los daños sufridos por la tripulación y concedió una suma que representaba "los gastos resultantes de las pensiones y otros subsidios que había abonado a las víctimas o a sus derechohabientes, así como los gastos de administración, tratamiento médico, etc." 34/. El asunto del Estrecho de Corfú muestra que se concede una indemnización pecuniaria en caso, no sólo de muerte, sino también de daño físico o psíquico. Entre los numerosos casos análogos, uno que generalmente se considera como un ejemplo clásico de este planteamiento del daño "personal" es el asunto William McNeil 35/, en el que el daño a la persona había consistido en una grave y duradera depresión nerviosa causada a ese nacional británico como consecuencia del trato cruel y psicológicamente traumático al que había sido sometido por las autoridades mexicanas durante su permanencia en prisión. La Comisión de Reclamaciones anglo-mexicana señaló:

"... Es fácil entender que ese trato causara los graves trastornos de su sistema nervioso que han sido señalados por todos los testigos. Es igualmente obvio que tuvo que pasar mucho tiempo antes de que esa depresión fuera superada en grado suficiente para poder reanudar su trabajo y no cabe ninguna duda de que el paciente debe de haber incurrido en importantes gastos para lograr vencer su abatimiento físico." 36/

32/ Se entiende por particulares, además de los nacionales del Estado, los representantes de éste en la medida en que resulten afectados a título privado por el hecho internacionalmente ilícito.

33/ Fallo de 15 de diciembre de 1949 (Determinación de la suma de compensación), C.I.J. Recueil 1949, pág. 244.

34/ Ibid., pág. 249.

35/ Decisión de 19 de mayo de 1931 de la Comisión de Reclamaciones anglo-mexicana (Naciones Unidas, Recueil, vol. V, págs. 164 y ss.).

36/ Ibid., pág. 168.

23) Tras señalar que, después de su recuperación, McNeil había ejercido una profesión muy lucrativa, la Comisión concluyó que "en la determinación de la compensación que ha de concederse al demandante se debe tener en cuenta su posición social y aquélla debe guardar justa proporción con el alcance y la gravedad del daño que ha sufrido en su persona" 37/. Los tribunales han recurrido a veces a ese tipo de razonamiento en los asuntos en que el daño consistía en una detención ilegal. Especialmente en los casos en que la detención se prolongó durante un largo período de tiempo, los tribunales han podido cuantificar la compensación basándose en una evaluación económica del daño efectivamete irrogado a la víctima. Un ejemplo es el asunto Topaze, fallado por la Comisión Mixta de Reclamaciones anglo-venezolana. En vista de la personalidad y la profesión de los particulares víctimas del daño, la Comisión Mixta decidió en ese caso conceder como indemnización una suma de 100 dólares por día a cada una de las partes perjudicadas durante todo el período de su detención 38/. La Comisión General de Reclamaciones estadounidense-mexicana siguió el mismo método en el asunto Faulkner, con la excepción de que, en este caso, la tarifa diaria se tasó en 150 dólares para tener en cuenta la inflación 39/.

24) En el párrafo 2 del artículo 8 se dispone que la indemnización "podrá incluir los intereses". Esta formulación pone en claro que no hay derecho automático al pago de los intereses y tampoco presunción alguna en favor del Estado lesionado. La Comisión reconoce, sin embargo, que el concepto de plena reparación íntegra requerirá normalmente el otorgamiento de intereses 40/, que

37/ Ibid.

38/ Ibid., vol. IX, págs. 387 y ss., en especial pág. 389.

39/ Decisión de 2 de noviembre de 1926 (ibid., vol. IV, págs. 67 y ss., especialmente pág. 71).

40/ Las opiniones de la doctrina sobre este punto están divididas. Algunos autores (incluidos Anzilotti, "Sugli effetti dell'inadempienza di obbligazioni internazionali aventi per oggetto una somma di danero", Rivista di diritto internazionale (Roma), vol. VII (1913), pág. 61; K. Strupp, "Das völkerrechtliche Delikt", Handbuch des Völkerrechts, F. Stier-Somlo ed. (Stuttgart, 1920), vol. III, primera parte, a, pág. 212; P. Guggenheim, Traité de droit international public (Ginebra, Georg, 1954), vol. II, pág. 73; y Morelli, Nozioni di diritto internazionale, séptima edición (Padua, CEDAM, 1967, pág. 358) niegan que el pago de intereses sea objeto de una

parece ser el método utilizado con más frecuencia para indemnizar por el tipo de pérdidas derivadas de la no disponibilidad temporal del capital.

En palabras de un autor,

"... los intereses, expresión del valor en uso del dinero, no son sino un medio ofrecido al juez para determinar globalmente el perjuicio que entraña para un acreedor la indisponibilidad de un capital durante un período de tiempo determinado." 41/

25) La práctica internacional parece apoyar el otorgamiento de intereses además del importe principal de la indemnización. El único caso en que se han denegado los intereses como cuestión de principio (y no a causa de las circunstancias) parece haber sido el del asunto Montijo 42/. Como ejemplo de la jurisprudencia predominante se pueden mencionar los asuntos Illinois Central Railroad Co. 43/, Lucas 44/ y la decisión administrativa N° III de la Comisión Mixta de Reclamaciones germano-estadounidense de 11 de diciembre de 1923 45/.

26) En consonancia con su posición general de que el otorgamiento de intereses, aunque normalmente justificado, depende de las circunstancias de cada caso, la Comisión considera que la determinación del dies a quo y del

obligación internacional. Otros sostienen la opinión opuesta (entre ellos Lapradelle, comentario al caso Dundonald (Lapradelle-Politis, vol. III, págs. 456 y ss.); Salvioli, op. cit. (nota 13 supra), págs. 278 y 279; Rousseau, Droit international public, vol. V, Les rapports conflictuels (París, Sirey, 1983), pág. 13; Schoen, "Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen", Zeitschrift für Völkerrecht (Breslau), vol. 10, suplemento N° 2 (1917), págs. 128 y 129; Personnaz, op. cit. (nota 7 supra), pág. 186; Graefrath, op. cit. (nota 6 supra), pág. 98; y Nagy, op. cit. (nota 5 supra), págs. 182 y 183.

41/ J. L. Subilia, L'allocation d'intérêts dans la jurisprudence internationale (tesis, Universidad de Lausana), (Lausana, imprimerie Vaudoise, 1972), pág. 142.

42/ Decisión de 26 de julio de 1875 (Estados Unidos de América c. Colombia) (Moore, Digest, vol. II, págs. 1421 y ss.).

43/ Decisión de 6 de diciembre de 1926 (Naciones Unidas, Recueil, vol. IV, págs. 134 y ss.).

44/ Decisión de 11 de julio de 1957 (ILR, vol. 30 (1966), págs. 220 y ss.).

45/ Naciones Unidas, Recueil, vol. VII, págs. 66 a 68.

dies ad quem en el cálculo de los intereses, la elección del tipo de interés y la asignación de interés compuesto son cuestiones que se han de resolver caso por caso. Se ve apoyada en su posición por la diversidad de las soluciones defendidas en la doctrina o adoptadas en la práctica judicial sobre todas estas cuestiones. Corresponderá al juez o al tercero interesado en la solución de la controversia determinar en cada caso si deben pagarse intereses, teniendo en cuenta el principio supremo de la "íntegra reparación" del daño establecido en el artículo 6 bis.

27) Las mismas observaciones se aplican a la indemnización por pérdida de beneficios, aun cuando en la parte final del párrafo 2 del presente artículo, al matizar la referencia a la pérdida de ganancias con la frase "cuando proceda", se reconoce que la compensación por el lucro cesante está menos generalmente admitida en la doctrina y en la práctica que la reparación por el daño emergente.

28) Los principales problemas que se plantean en relación con el lucro cesante son los relacionados con el papel de la causalidad y con la determinación correcta de la cuantía de las ganancias que hayan de ser compensadas, especialmente en el caso de hechos ilícitos que afecten a derechos patrimoniales sobre empresas en funcionamiento de naturaleza comercial o industrial.

29) En lo que respecta al primer punto, la doctrina predominante, oponiéndose en especial al pronunciamiento del tribunal arbitral en el asunto del Alabama 46/, según el cual "las ganancias eventuales no pueden ser objeto de indemnización porque por naturaleza dependen de circunstancias futuras e inciertas" 47/, sostiene que, a efectos de indemnización, no es necesario que el juez adquiera la certeza de que el daño depende de un hecho ilícito determinado; es suficiente -asimismo y especialmente en el caso del lucro cesante- que se pueda presumir que, en el curso ordinario normal de las cosas,

46/ Decisión de 14 de septiembre de 1872 (Estados Unidos de América c. Gran Bretaña) (Moore, Digest, vol. I, págs. 653 y ss.).

47/ Ibid., pág. 658.

la pérdida constatada no habría ocurrido de no haberse producido el hecho ilícito 48/.

30) La mayoría de las decisiones judiciales parece evolucionar también en favor de la resarcibilidad, en principio, del lucro cesante. Un ejemplo clásico es el que ofrece la decisión en el asunto del Cape Horn Pigeon 49/. Ese asunto versaba sobre el apresamiento de un ballenero estadounidense por un crucero ruso. Rusia reconoció su responsabilidad y lo único que tenía que hacer el árbitro era determinar el importe de la indemnización. El árbitro resolvió que la indemnización debía ser suficiente para reparar no sólo el daño real ya ocasionado sino también las ganancias de las que se había visto privado el perjudicado a causa del apresamiento. Sin embargo, en los asuntos Canadá 50/ y Lacaze 51/ se llegó a conclusiones diametralmente opuestas. El lucro cesante también desempeñó un papel en el asunto de la Fábrica de Chorzow (fondo). La Corte Permanente de Justicia Internacional resolvió que la parte perjudicada debía recibir a título de indemnización de daños y perjuicios el valor que tenían los bienes, no en el momento de la expropiación, sino en el momento del resarcimiento 52/.

48/ En este sentido véase Salvioli, op. cit. (nota 13 supra), págs. 256 y 257; Bollecker-Stern, op. cit. (nota 7 supra), pág. 199; Reitzer, op. cit. (nota 5 supra), págs. 188 y 189; Eagleton, op. cit. (nota 2 supra), págs. 197 a 203; Jiménez de Aréchaga, op. cit. (nota 2 supra), págs. 569 y 570.

49/ Decisión de 29 de noviembre de 1902 (Estados Unidos de América c. Rusia) (Naciones Unidas, Recueil, vol. IX, págs. 63 y ss.). Se llegó a conclusiones similares en el asunto del Ferrocarril de la Bahía de Delagon (Martens, Nouveau Recueil, 2a. serie, vol. XXX, págs. 329 y ss.), el asunto William Lee (decisión pronunciada el 27 de noviembre de 1867 por la Comisión Mixta de Lima (Moore, Digest, vol. IV, págs. 3405 a 3407)) y el asunto Yuille Shortridge and Co. (véase nota 22 supra).

50/ Decisión de 11 de julio de 1870 (Estados Unidos de América c. Brasil) (Moore, Digest, vol. II, págs. 1733 y ss.).

51/ Ibid., pág. 1746.

52/ CPJI, Serie A, N° 17, págs. 47 y 48. La Corte hizo a este respecto las observaciones siguientes:

"... Hasta cierto punto, pues, procede prescindir de los beneficios contingentes, ya que quedarán comprendidos en el valor hipotético o real de la empresa en el momento actual. No obstante si de la respuesta de los expertos... resultara que después de compensar los déficit de los años

31) En cuanto a la determinación correcta de la cuantía de las ganancias que han de ser compensadas, han surgido dos métodos distintos que se utilizan generalmente para determinar el lucro cesante: los sistemas denominados "abstracto" y "concreto". El método abstracto, que es el más comúnmente utilizado, consiste en imponer el abono de intereses por el importe de las cantidades debidas a título de compensación del daño principal 53/.

Paradigmas distintos de los intereses que pueden utilizarse en el caso de actividades mercantiles son la cuantía de las ganancias obtenidas por la misma persona física o jurídica en el período precedente al hecho ilícito o la cuantía de los beneficios obtenidos durante el mismo período por empresas mercantiles análogas. El llamado sistema "concreto" se utiliza cuando el cálculo "se basa en las circunstancias del caso considerado, en los beneficios que la empresa o el patrimonio perjudicados hubieran realizado durante ese período" 54/.

32) La determinación del lucro cesante plantea naturalmente los mayores problemas de elección en los casos en que se debe reparación por la privación ilegal de un patrimonio extranjero consistente en la totalidad o una parte de una empresa comercial o industrial en funcionamiento. Para el debido análisis de la práctica correspondiente conviene tener en cuenta también, en cierto modo, esa parte de la jurisprudencia internacional que versa sobre las expropiaciones legales de empresas en funcionamiento. El hecho de que los

durante los cuales la fábrica funcionó con pérdidas y después de haber tomado en consideración los gastos de mantenimiento y mejora normal durante los años siguientes, seguía habiendo un margen de beneficios, el importe de ese margen debería sumarse a la indemnización que se conceda." (pág. 53) (subrayado añadido).

53/ Un ejemplo característico es el asunto Fabiani (decisión de 30 de diciembre de 1896) (Francia c. Venezuela) (Martens, Nouveau Recueil, 2ª serie, vol. XXVII, págs. 663 y ss.) en el que el árbitro concedió una suma global por concepto del lucro cesante que era aproximadamente el doble de la cantidad a la que se habría llegado mediante la aplicación del interés compuesto.

54/ Gray, op. cit. (nota 6 supra), pág. 26. Un ejemplo de ello es el asunto Cheek (decisión de 21 de marzo de 1898 (Estados Unidos de América c. Siam)) (Moore, Digest, vol. V, pág. 5068), en el que el árbitro explícitamente otorgó a la parte perjudicada una indemnización de los daños y perjuicios sufridos, para restablecer en lo posible la situación que habría existido de no mediar el hecho ilícito, mediante complicados cálculos y valoraciones destinadas a llegar a "una cifra probable de la pérdida de ganancias sufrida".

órganos jurisdiccionales hayan tenido que pronunciarse sobre la pretensión de ilicitud formulada por el propietario desposeído los ha llevado, en realidad, a exponer interesantes consideraciones sobre los principios que rigen la indemnización -y, en especial, la indemnización de las ganancias dejadas de obtener- en caso de privación ilegal.

33) De nuevo, el precedente más frecuentemente citado es el fallo dictado por la CPJI en el asunto de la Fábrica de Chorzow (fondo), en el que la necesidad de determinar las consecuencias de la privación ilegal por Polonia de los activos de las empresas alemanas procedía precisamente de una distinción inequívoca y clara entre expropiación legal y expropiación ilegal 55/.

Fue tras formular esa distinción (y entender que el asunto que se le había sometido era de expropiación ilegal) que la CPJI enunció el famoso principio del resarcimiento completo según el cual la parte perjudicada tenía derecho a ser repuesta en la misma situación que con toda probabilidad habría existido de no haber tenido lugar la privación ilícita. En resumen, la Corte aplicó un principio de íntegra restitución en el sentido lato y literal de restitutio in integrum distinto del sentido estricto y técnico con que se utiliza esa expresión para designar la naturalis restitutio. Según la Corte, el resarcimiento completo se podía lograr por diferentes medios. Siempre que fuera posible, habría que aplicar la naturalis restitutio (restitución natural o en especie, restitutio in kind, restitution en nature) o restitutio in integrum stricto sensu, descrita en el informe preliminar. Cuando esa forma de reparación no permitiera llegar a un resarcimiento completo (es decir, la restitutio in integrum en su sentido lato y literal), había que recurrir a la indemnización pecuniaria en la medida necesaria para compensar cualquier pérdida no cubierta por aquélla hasta la cuantía necesaria para lograr ese resarcimiento completo.

34) El Tribunal Permanente de Arbitraje falló el asunto de la Concession des phares de l'Empire ottoman 56/ basándose en el mismo principio. Teniendo en cuenta la actividad objeto del contrato y la imposibilidad de tasar el valor de la concesión (en el momento de la expropiación) "sobre la base del valor de

55/ CPJI, Serie A, N° 17, págs. 46 a 67.

56/ Decisión de 24/27 de julio de 1956 (Francia c. Grecia)
(Naciones Unidas, Recueil, vol. XII, págs. 155 y ss.).

amortización residual de las construcciones", el tribunal resolvió que la parte perjudicada tenía derecho a una indemnización equivalente a las ganancias que la empresa habría obtenido de la concesión por el resto de la duración del contrato. Sin embargo, esta interpretación del principio de resarcimiento íntegro parece que dependía de las circunstancias particulares del caso. Dependía especialmente, al parecer, de que la cláusula contractual que preveía la posibilidad de "recobrar" la concesión indicaba que el daño indemnizable consistiría, en tal caso, en el pago de "todas las indemnizaciones que sean fijadas previamente por las Partes mismas o por árbitros en caso de desacuerdo" 57/. En ese marco contractual, cualquier liquidación que aprobase el tribunal arbitral en materia de indemnización tenía que ser por fuerza discrecional más bien que basada en un principio jurídico objetivo. Por consiguiente, todo lo que puede deducirse de este asunto es que el tribunal concedió una indemnización cuya cuantía fue calculada con arreglo a la capitalización de los beneficios futuros, suma que representaba el "valor de la concesión en 1928" (es decir, el valor que el Gobierno helénico estaba obligado contractualmente a pagar en caso de ejercer su derecho de rescate pactado).

35) La decisión dictada en 1963 en el asunto Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Company (NIOC) 58/ se basó en el mismo principio de resarcimiento completo. En este asunto, la parte perjudicada obtuvo el resarcimiento tanto de la pérdida correspondiente a los gastos realizados para la ejecución del contrato como de las ganancias netas dejadas de obtener. En lo concerniente a la tasación de esas ganancias dejadas de obtener, el árbitro señaló, sin embargo, que se trataba "de una cuestión de hecho que debe ser determinada por el árbitro", y tras examinar todas las circunstancias, en particular "todos los riesgos inherentes a una operación en una región deshabitada" y "los conflictos, como la guerra, los disturbios, las depresiones y crisis económicas, que podían influir en las operaciones durante los varios decenios que tenía que durar el acuerdo" 59/, el árbitro otorgó una

57/ Ibid., págs. 299 a 350.

58/ Decisión de 12 de abril de 1977 (ILR, vol. 35 (1967), págs. 136 y ss.).

59/ Ibid., págs. 187 y 189.

indemnización, por la pérdida de ganancias equivalente a una suma correspondiente a los dos quintos del importe reclamado por la Sociedad. Este asunto pone de manifiesto que, aunque sin duda el lucro cesante se incluyó en la indemnización, el árbitro no indicó una preferencia de principio por uno u otro de los posibles métodos de evaluación.

36) Aunque el asunto LIAMCO c. Gobierno de Libia 60/ concernía a una expropiación legal, con respecto a la cual el árbitro rechazó la demanda de restitución material, se hicieron algunas observaciones acerca de los "casos de privación ilícita de bienes". Con respecto a esos casos, el árbitro no tuvo ninguna dificultad en reconocer con el demandante que la violación internacionalmente ilícita de un contrato de concesión "confiere al demandante en lugar del cumplimiento en forma específica un derecho a la indemnización completa de los daños y perjuicios, incluidos el daño emergente y el lucro cesante" 61/. Tampoco en este asunto, sin embargo, se dieron precisiones acerca del método con arreglo al cual debía evaluarse, en tales casos, el lucro cesante. El asunto AMINOIL c. Kuwait 62/ parece algo más esclarecedor. Aquí también la expropiación se consideró legal. No obstante, más adelante se dijo, en relación con la cuestión del resarcimiento de la pérdida de ganancias, que el método del flujo de efectivo descontado 63/, el cual no era idóneo para el cálculo de la compensación de la pérdida de ganancias en caso de expropiación legal, quizá fuera adecuado en un caso de expropiación ilegal, porque en un caso de privación ilícita que afectara decisivamente a los activos de que se tratase, la aplicación de un método de esta índole garantizaría una compensación globalmente apta para restablecer la situación que habría existido si no se hubiera cometido el hecho ilícito.

60/ Decisión de 12 de abril de 1977 (ibid., vol. 62 (1982), págs. 141 y ss.).

61/ Ibid., págs. 202 y 203.

62/ Decisión de 24 de marzo de 1982 (ILM, vol. XXI (1982), págs. 976 y ss.).

63/ Ibid., págs. 1034 y 1035.

Esto viene a ser corroborado por el asunto AMCO, Asia Corporation c. Indonesia 64/, ejemplo de privación ilegal. El Tribunal, tras recordar que el principio del resarcimiento íntegro o completo incluía el daño emergente y el lucro cesante, y que este último no debía exceder del "perjuicio directo y previsible", evaluó la pérdida de ganancias basándose en el método del flujo de efectivo descontado, afirmando así de modo más explícito lo que se había señalado sólo incidentalmente en el asunto AMINOIL, esto es, que el flujo efectivo descontado tiene que ser considerado como uno de los métodos más apropiados de evaluación en caso de privación ilegal de una empresa en funcionamiento 65/.

37) Sin embargo, esta última conclusión no halla confirmación en el asunto Amoco International Finance Corporation c. Iran, resuelto en parte por un laudo de 14 de julio de 1987 del Tribunal de Reclamaciones irano-estadounidense 66/ y que dedica una parte precisamente a los efectos de la legalidad o ilegalidad de las expropiaciones en el criterio del resarcimiento 67/. Al evaluar las afirmaciones de las partes, el tribunal confirmó la distinción entre privación legal y privación ilegal, "puesto que las normas aplicables a la indemnización que ha de pagar el Estado expropiador difieren según la tipificación legal de la privación" 68/. El estudio de este asunto podría indicar que el tribunal advirtió cierta discrepancia entre la evaluación del lucro cesante en caso de privación ilegal (valoración que en todo caso debía limitarse a la pérdida de ganancias hasta el momento de la liquidación), por una parte, y las ganancias dejadas de obtener calculadas con arreglo al método del flujo de efectivo descontado hasta el momento fijado originariamente para la terminación de la concesión, por otra. No obstante, el tribunal no va más lejos en el análisis de la discrepancia, limitándose a rechazar el método del flujo de efectivo descontado como método aplicable al

64/ Decisión de 20 de noviembre de 1984 (ibid., vol. XXIV (1985), págs. 1022 y ss.).

65/ Ibid., pág. 1037, párr. 271 del laudo.

66/ Ibid., vol. XXVII (1988), págs. 1314 y ss.

67/ Ibid., págs. 81 y ss., párrs. 189 a 206.

68/ Ibid., pág. 82, párr. 192.

asunto en cuestión 69/. En el asunto Starret Housing 69 bis/, en cambio, el tribunal no hizo ninguna distinción en cuanto a la legalidad de la privación e incluyó en su laudo una compensación por pérdida de ganancias. En el asunto Phillips Petroleum Co. Iran c. Iran, finalmente, el tribunal declaró lo siguiente:

"El Tribunal cree que la distinción entre privación lícita e ilícita de bienes, que en el derecho internacional consuetudinario procede en gran parte del Case Concerning the Factory at Chorzow (Claim for indemnity) (Merits), CPJI, fallo N° 13, S, serie A, N° 17 (28 de septiembre de 1928), se aplica únicamente a dos posibles cuestiones: la de si puede ordenarse la restitución de los bienes y la de si es posible otorgar una compensación por cualquier aumento de valor que hayan experimentado los bienes desde la fecha de la privación de los mismos y la fecha de la decisión judicial o arbitral de compensar. La decisión del asunto Chorzow no sirve de base a la afirmación de que una privación legal de bienes requiere una compensación inferior al valor que tuvieran los bienes en el momento de su privación." 69 ter/

38) Habida cuenta de las divergencias de opinión que existen con respecto a la indemnización por el lucro cesante, la Comisión ha llegado a la conclusión de que sería sumamente difícil lograr formular a este respecto normas concretas que obtuviesen una amplia medida de apoyo. Por consiguiente, ha considerado preferible que sea el juez u otro tercero interesado en la solución de la controversia quien determine en cada caso si debe pagarse indemnización por ganancias dejadas de obtener. El elemento decisivo para llegar a una decisión sobre este punto es la necesidad de asegurar la reparación íntegra del daño como se dispone en el artículo 6 bis.

69/ Ibid., pág. 105, párr. 240.

69 bis/ Starret Housing Corp. c. República Islámica del Irán (asunto N° 24), 14 de agosto de 1987 AWD 314-24-1 (1/8/87).

69 ter/ Phillips Petroleum Co. Irán c. Irán (asunto N° 39), 29 de junio de 1989 AWD 425-39-2.