



Asamblea General

Distr.
GENERAL

A/CN.4/507/Add.1
15 de junio de 2000

ESPAÑOL
Original: FRANCÉS E INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

52º período de sesiones

Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio, 10 de julio a 18 de agosto de 2000

TERCER INFORME SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

preparado por el Sr. James Crawford, Relator Especial

Adición

ÍNDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
II. SEGUNDA PARTE. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DE UN ESTADO (continuación)	120 - 223	4
B. Capítulo II. Formas de la reparación	120 - 223	4
1. Consideraciones generales	120 - 123	4
2. La restitución	124 - 146	5
a) Actual artículo 43	124 - 129	5
b) La cesación, la restitución y la indemnización: problemas de clasificación y de prioridad	130 - 143	12

ÍNDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
II. B. 2. (<u>continuación</u>)		
c) Excepciones a la restitución	144	18
d) La formulación del artículo 43	145 - 146	20
3. Indemnización	147 - 166	21
a) Actual artículo 44	147 - 153	21
b) Fijación de la indemnización: ¿principio general o normas detalladas?	154 - 160	24
c) Limitaciones a la indemnización	161 - 164	32
d) Conclusión	165 - 166	34
4. Satisfacción	167 - 194	35
a) Actual artículo 45	167 - 177	35
b) El carácter de la satisfacción como forma de reparación	178 - 181	39
c) Formas específicas de satisfacción	182 - 192	40
d) Limitaciones de la satisfacción: párrafo 3 del artículo 45	193	45
e) Conclusión sobre el artículo 45	194	46
5. Intereses	195 - 214	46
a) La cuestión de los intereses en el proyecto de artículos	195 - 198	46
b) Función de los intereses en relación con el resarcimiento	199 - 212	49
c) ¿Una disposición sobre intereses?	213 - 214	55

ÍNDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
II. B. (<u>continuación</u>)		
6. Atenuación de la responsabilidad	215 - 222	56
a) Culpa concurrente	216 - 221	56
b) Mitigación del daño	222	59
7. Resumen de las conclusiones relativas al capítulo II de la segunda parte	223	59

II. SEGUNDA PARTE. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DE UN ESTADO (continuación)*

B. Capítulo II. Formas de la reparación

1. Consideraciones generales

120. El capítulo II se titula actualmente "Derechos del Estado lesionado y obligaciones del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito". Un título más corto y más sencillo sería: "Formas de la reparación" que, además, tiene varias ventajas. Con él se evita causar la impresión de que los derechos de los "Estados lesionados" se corresponden estrictamente en todos los casos con las obligaciones del Estado responsable²¹². Asimismo, se ajusta a la idea según la cual el Estado responsable tiene (dejando a un lado la cesación) una sola obligación general como consecuencia de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, a saber: la de proceder a una reparación íntegra. Las formas que revista la reparación dependerán de las circunstancias y se tratan por su orden en el capítulo II, así como en la segunda parte *bis*, que se refiere a la puesta en práctica de la responsabilidad.

121. El texto del capítulo II aprobado en primera lectura distinguía dos principios generales (la cesación y la reparación), que ahora se propone incluir como tales en el capítulo I, y cuatro formas de reparación: la restitución, la indemnización, la satisfacción y las seguridades y garantías de no repetición (respecto de las cuales se considera, sin embargo, que tienen un carácter *sui generis*). Por las razones que ya se han expuesto, es preferible tratar las seguridades y garantías como un aspecto de la cesación del hecho ilícito y de la ejecución futura de la obligación, puesto que, al igual que la cesación y a diferencia de la reparación, parten de la hipótesis de que continúa la relación jurídica que ha sido objeto de una violación²¹³. Subsisten, pues, tres formas principales de reparación. El Relator Especial Arangio-Ruiz también había propuesto un artículo distinto referente a los intereses; la Comisión lo sustituyó por una referencia sucinta en el artículo 44 (indemnización). Por lo demás, en el capítulo II debería abordarse la cuestión de la contribución a la falta, que antes figuraba en el apartado 2) del artículo 42²¹⁴.

122. Con la salvedad de la observación general según la cual la segunda parte debía reorganizarse "para tener en cuenta las decisiones que se habían tomado con respecto a la

* El Relator Especial desea expresar su agradecimiento a Pierre Bodeau, Jacqueline Peel, John Barker y Petros Mavroidis por su ayuda en la preparación del presente informe.

²¹² Véase el párrafo 84.

²¹³ Véase el párrafo 54.

²¹⁴ Véanse los párrafos 19 y 33.

primera parte"²¹⁵, el concepto y la estructura de la segunda parte no han sido objeto de comentarios concretos de los gobiernos.

123. Habida cuenta de las disposiciones que se propone trasladar al capítulo I de la segunda parte, parece que el capítulo II podría contener preceptos referentes a las cuestiones siguientes:

- la restitución en especie (actual artículo 43);
- la indemnización (actual artículo 44);
- la satisfacción (actual artículo 45);
- los intereses (a los que se hace referencia en el artículo 44, pero que no son objeto de ningún artículo distinto);
- la atenuación de la responsabilidad (párrafo 2 del actual artículo 42)

Se plantean varias otras cuestiones. Entre ellas, por ejemplo, figura la elección de los modos de reparación por la víctima o el Estado lesionado, el efecto de la resolución de una reclamación por responsabilidad y una posible norma que prohíba la doble indemnización. Estas cuestiones se abordarán en el marco de la propuesta segunda parte bis, relativa a la puesta en práctica de la responsabilidad.

2. La restitución

a) Actual artículo 43

124. El artículo 43 dispone:

"Restitución en especie

El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la reparación en especie, es decir, el restablecimiento de la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución en especie:

- a) no sea materialmente imposible;
- b) no entrañe la violación de una obligación nacida de una norma imperativa de derecho internacional general;
- c) No entrañe una carga totalmente desproporcionada en relación con la ventaja que se derivaría para el Estado lesionado de la obtención de la restitución en especie en vez de la indemnización; o

²¹⁵ A/CN.4/496, pág. 16, párr. 108.

d) No comprometa gravemente la independencia política o la estabilidad económica del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, siendo así que el Estado lesionado no resultaría afectado del mismo modo si no obtuviese una restitución en especie."

El capítulo II parte, pues de la hipótesis de que la restitución en especie (que a continuación se llamará simplemente restitución) es la forma primordial de reparación. El artículo 43 da una definición bastante amplia de la restitución, que es "el restablecimiento de la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito", y a continuación indica explícitamente cuatro casos excepcionales en que no se requiere la restitución. Aunque no se diga paladinamente, la intención evidente es que el Estado lesionado pueda elegir la indemnización o la satisfacción en vez de la restitución; lo que se consigue indicando que la restitución es un derecho o título del Estado lesionado. Sin embargo, ello no resuelve el caso en que hay varios Estados lesionados ni el caso (a todas luces muy raro) en que el Estado lesionado no tiene tal opción. Así podría ocurrir, por ejemplo, en las situaciones en que interviene la detención de personas o la apropiación ilegal de territorio.

125. En el comentario al artículo 43 se dice que la restitución es "el primero de los métodos de reparación de que dispone el Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito"²¹⁶. Se señala que la palabra "restitución" a veces se emplea, en realidad, como equivalente de la reparación íntegra, pero se prefiere la acepción más estricta y más ortodoxa de "establecimiento o restablecimiento de la situación que existiría, o habría existido, de no haberse cometido el hecho ilícito". Así, pues, para llegar a la restitución, basta con plantearse una cuestión de hecho: ¿cuál era el status quo ante? y no la pregunta más abstracta o teórica: ¿cuál habría sido la situación si no se hubiese cometido el hecho ilícito?²¹⁷.

126. A continuación, en el comentario se afirma en términos enérgicos la "primacía lógica y temporal de la restitución en especie" con respecto a la reparación por equivalencia, es decir la indemnización. Al propio tiempo, se advierte que el Estado lesionado optará con frecuencia por la indemnización antes que por una restitución, y que dicha indemnización es, de hecho, "la modalidad más frecuente de reparación". Esta flexibilidad que existe en la práctica debe reconocerse, pero también debe conciliarse con la afirmación según la cual la restitución es la primera forma de reparación²¹⁸. Según el comentario, la posibilidad de pedir o aceptar la indemnización antes que la restitución parece constituir, para el Estado lesionado, el medio más acertado para llegar a conciliar esas dos proposiciones²¹⁹. Ahora bien, el comentario no indica cuál sería la situación si hubiese varios Estados lesionados, que no se pusieran de acuerdo para insistir en la restitución. Tampoco prevé expresamente la posibilidad de una elección; ésta queda implícita porque la restitución se trata como un derecho del Estado lesionado, que éste puede

²¹⁶ Párrafo 1) del comentario al artículo 43, texto en *Anuario...*, 1993, vol. II (segunda parte), págs. 67 a 73.

²¹⁷ *Ibid.*, párr. 2).

²¹⁸ *Ibid.*, párr. 3).

²¹⁹ *Ibid.*, párr. 4).

invocar o no. Sin embargo (e independientemente de los problemas vinculados con la existencia de varios Estados lesionados), pueden darse situaciones en que el Estado lesionado no tenga derecho a renunciar a la restitución. Por ejemplo, resulta difícil concebir cómo podría el gobierno de un Estado invadido y anexionado en violación de las reglas relativas al uso de la fuerza aceptar una indemnización antes que la retirada de las fuerzas de ocupación; también se aplicarían consideraciones similares al caso en que el hecho internacionalmente ilícito revistiese la forma de la detención forzosa de personas. Es posible que, en última instancia, tales situaciones no se refieran tanto a la restitución stricto sensu como a la cesación de un hecho ilícito continuado y que en esos casos la particular insistencia en la "restitución" obedezca más al derecho de la ejecución que al derecho de la reparación. Parece claro que no pueda excusarse la ausencia de ejecución en los casos en que un hecho continuo internacionalmente ilícito constituya la violación de una norma imperativa del derecho internacional general (en la hipótesis de la ocupación ilícita de un país, por ejemplo). Lo mismo ocurre en el caso de la violación continua de una obligación en materia de derechos humanos que sea ineludible (por ejemplo entre los Estados Partes en un tratado de derechos humanos). Ahora bien, las consecuencias que tienen esos límites en la restitución stricto sensu no se ha analizado ni en el comentario ni en la doctrina.

127. En el comentario sí se analiza otra cuestión, la de la distinción que a veces se hace entre la restitución material (por ejemplo, el retorno de personas, la devolución de bienes o de un territorio) y la restitución jurídica (por ejemplo, la derogación de leyes). La práctica de los Estados contiene muchos ejemplos de esas dos hipótesis. El retiro de las tropas iraquíes de Kuwait después de la invasión de 1990 es un caso de restitución material parcial, pero también fue acompañado por formas de restitución jurídica, entre ellas, la derogación del decreto iraquí en que se declaraba a Kuwait provincia del Iraq. También es posible que se negocien formas combinadas de restitución en el marco de la solución de una controversia, sin perjuicio de una admisión de responsabilidad: por ejemplo, el litigio relativo al apresamiento de un pesquero español, el *Estai*, por el Canadá dio lugar a una solución compleja²²⁰. Como se advierte una tendencia a combinar medidas de naturaleza distinta (jurídica y fáctica) en el marco de la restitución, en el comentario se llega a la conclusión de que es inútil establecer una distinción formal entre restitución "material" y "legal" en el artículo propiamente dicho²²¹. Tampoco es necesario que el artículo trate explícitamente de la restitución que se hace en el plano jurídico internacional, por ejemplo, mediante la anulación de una reclamación internacional de jurisdicción o de un territorio. En el marco de la solución de controversias ello puede

²²⁰ Véase *Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Espagne v. Canada)* fallo de 4 de diciembre de 1998, párrafo 21. La solución a que se llegó entre el Canadá y la Unión Europea preveía, entre otras cosas, la liberación del buque y su capitán, la devolución de la fianza y la derogación de los reglamentos del Canadá aplicables a los buques de la Comunidad Europea que pescan el fletán negro de Groenlandia en la zona de la Organización de Pesquerías del Atlántico Noroccidental. Además las partes se pusieron de acuerdo acerca de la aplicación, con carácter provisional, de nuevas medidas de conservación y de represión de las infracciones. A todas luces, el acuerdo al que llegaron el Canadá y la Unión Europea en este asunto no permitió resolver totalmente el litigio: España prosiguió las actuaciones que había iniciado ante la Corte Internacional de Justicia, que se ha declarado incompetente en este asunto.

²²¹ Comentario al artículo 43, párrs. 7) y 8).

perfectamente lograrse mediante una declaración que determine la situación jurídica verdadera, aun cuando dicha declaración no sea vinculante, en el plano formal, más que para las partes en el procedimiento. Pese a lo dispuesto en el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tal declaración puede perfectamente tener el efecto práctico de establecer de manera más general la soberanía del Estado sobre su territorio o su jurisdicción sobre recursos marítimos²²². Tal condición jurídica se considera a veces "oponible *erga omnes*", pero no debe confundirse con la cuestión de las obligaciones *erga omnes*, que ya se ha abordado en el presente informe²²³. El comentario dice en conclusión que:

"... Todo lo que el derecho internacional y los órganos internacionales ordinariamente pueden hacer o están en condiciones de hacer respecto de los actos, disposiciones o situaciones legales internos es declararlos en violación de las obligaciones internacionales y, como tales, declararlos fuentes de responsabilidad internacional, y declarar además que existe la obligación de reparación, la que requerirá, según el caso, la invalidación o anulación de actos legales internos por parte del propio Estado autor. Con respecto a saber si es posible que un tribunal internacional anule directamente normas, actos, transacciones o situaciones legales internacionales a los fines de la reparación en forma de restitución en especie, la Comisión se inclina a responder en forma afirmativa, pero observa que en vista de que los efectos de las decisiones de los tribunales internacionales normalmente se limitan a las partes, un acto o situación cuyos efectos se extendieran más allá de las relaciones bilaterales entre las partes no podría modificarse o anularse salvo por decisión de los Estados mismos, a menos que en el instrumento o instrumentos pertinentes se dispusiera otra cosa."²²⁴

128. A continuación, el comentario pasa a analizar y justificar las cuatro excepciones a la restitución previstas en el artículo 43 aprobado en primera lectura:

- a) En cuanto a la restitución material, la imposibilidad total o parcial de ésta "se deriva de que la naturaleza del hecho y sus efectos perjudiciales han hecho físicamente imposible la restitutio. Esto puede ocurrir cuando el objeto que ha de restituirse ha perecido o se ha deteriorado irremediablemente, o cuando el estado de cosas pertinente ha sufrido una alteración física que hace imposible la restitutio física"²²⁵.
- b) La segunda "excepción" se refiere a situaciones hipotéticas en que la restitución entrañaría la violación de una norma imperativa del derecho internacional general, aunque no se da ningún ejemplo de tal situación (ni tampoco pueda imaginarse). El comentario limita esos casos de "imposibilidad legal" a las violaciones de normas imperativas, casos en que la situación jurídica resultante afectará de modo evidente a

²²² Véase, por ejemplo, el *Affaire du Statut juridique du Groënland oriental* (1933) CPJI, serie A/B, N° 53.

²²³ Véanse los párrafos 97 y 106.

²²⁴ Comentario al artículo 43, párr. 9).

²²⁵ *Ibid.*, párr. 11).

todos los Estados interesados y no sólo a los que estén inmediatamente complicados. Se distinguen varios casos en que la restitución afecta los derechos de terceros Estados: "Si el Estado que ha de hacer la restitutio sólo puede hacerla incumpliendo una de sus obligaciones internacionales con un tercer Estado, ello no afecta realmente a la relación de responsabilidad entre el Estado autor del hecho ilícito y el Estado lesionado, que tiene derecho a reclamar la restitutio al Estado autor por una parte y al tercer Estado por otra"²²⁶. Esto resulta cierto, naturalmente: el Estado A puede ser responsable con respecto al Estado B por una acción realizada conjuntamente con el Estado C, incluso cuando esa acción reviste la forma de la celebración de un tratado bilateral. Sin embargo, en este caso el problema no tiene que ver con la responsabilidad, sino con la forma que habrá de revestir la reparación, porque la realización de un acto jurídico por el Estado responsable puede no permitir a este último proceder a una restitución. Quizá sea preferible tratar estas hipótesis en el marco de la imposibilidad de la restitución. Así, por ejemplo, en el *asunto El Salvador c. Nicaragua*, la Corte de Justicia Centroamericana consideró que la celebración de un tratado entre Nicaragua y un tercer Estado (los Estados Unidos) constituía una violación, por parte de Nicaragua, de un compromiso convencional que había asumido anteriormente con respecto al Salvador. Si se hubiese reconocido la validez del acuerdo posterior, Nicaragua no habría tenido, por sí solo, poderes para ponerle fin. En realidad, la Corte Centroamericana no quiso pronunciarse sobre la validez de este acuerdo y se limitó a conceder una reparación declaratoria²²⁷. A continuación el comentario señala que el Estado no puede razonablemente oponerse a una restitución recurriendo al concepto de la competencia exclusiva²²⁸: ello parece evidente, ya que, si la restitución es exigida por el derecho internacional en un caso determinado, la cuestión deja de corresponder a la esfera de competencia exclusiva del Estado responsable²²⁹.

- c) La tercera excepción se refiere a los casos en que la insistencia en la restitución en contraposición a la indemnización sería desproporcionada. Según el comentario, esta excepción "se basa en lo que se considera equitativo y razonable y trata de lograr un equilibrio justo entre la carga que ha de soportar el Estado autor para efectuar la restitución en especie y la ventaja que obtendría el Estado lesionado al obtener este tipo concreto de reparación en vez de una indemnización"²³⁰. En el comentario se

²²⁶ *Ibid.*, párr. 12).

²²⁷ *AJIL (Supplément)*, 1917, vol. 11, págs. 3 a 13.

²²⁸ Comentario al artículo 43, párr. 13).

²²⁹ Pero independientemente de los problemas vinculados a la esfera de competencia exclusiva, puede haber casos en que las consideraciones de seguridad jurídica o los derechos de terceros hacen la restitución efectivamente imposible. Por ejemplo, la concesión de una contrata por un Estado a la sociedad A, en violación de las normas internacionales de contratación pública puede crear en la práctica derechos contractuales para esa sociedad. En tal caso podría quedar excluida la restitución (en el sentido de una nueva concesión de la contrata).

²³⁰ Comentario al artículo 43, párr. 14).

cita, en apoyo de esa tesis, el *asunto de los Bosques del Rhodope central*, pero éste se refiere no ya a la carga excesiva de la restitución, sino más bien a su carácter imposible o difícil de realizar en la práctica²³¹ y, de todos modos, no parece haber constituido un caso de desproporción manifiesta. Por lo que se refiere al párrafo c), el comentario insiste, sin embargo, en que sólo "una gran desproporción entre la carga que impondría a dicho Estado esta forma de reparación y la ventaja que obtendría de la misma el Estado lesionado" podría justificar la negativa a proceder a una restitución²³².

- d) La cuarta excepción a la restitución supone otra hipótesis "de catástrofe", algo semejante a la posibilidad, contemplada en el párrafo 3 del artículo 42 aprobado en primera lectura, de que la reparación íntegra prive a toda una población de sus medios de subsistencia²³³. A tenor del apartado d) del artículo 43 y del comentario a ese apartado, el Estado responsable no debe proceder a la restitución cuando ésta "comprometa gravemente [su] independencia política o [su] estabilidad económica...", siendo así que el Estado lesionado no resultaría afectado del mismo modo si no obtuviese la restitución en especie". Tampoco se cita ningún ejemplo a este respecto: la hipótesis se considera referida a "situaciones muy excepcionales y... puede tener un interés retrospectivo más que actual"²³⁴. A continuación el comentario alude a los problemas de indemnización en el marco de los programas de nacionalización de tierras y señala que la nacionalización general con fines públicos y de carácter no discriminatorio es lícita y que la cuestión de la indemnización en caso de nacionalización debe regirse por la norma primaria aplicable; por consiguiente, en los casos en que la ausencia de indemnización constituyera un hecho internacionalmente ilícito, la reparación de tal infracción revestiría la forma del pago de una suma, incluidos los intereses, y no de la devolución del bien considerado²³⁵.

²³¹ RSA, vol. III, pág. 1405 (29 de marzo de 1933); citado en el párrafo 15) del comentario al artículo 43. En este caso, el árbitro dio varias razones para llegar a la conclusión de que la indemnización era la única forma de reparación prácticamente realizable: entre ellas, el hecho de que el demandante no era el único habilitado a efectuar operaciones forestales, pero que las personas asociadas con él no habían presentado ninguna reclamación, el hecho de que los bosques ya no estaban en la misma condición que en el momento de su incautación, la dificultad de saber si la restitución era posible sin efectuar previamente una investigación detallada sobre el estado de los bosques, así como el hecho de que la restitución podría lesionar los derechos que hubiesen adquirido terceras personas después de la incautación (*ibíd.*, pág. 1432). El laudo se decanta por una acepción amplia de la "imposibilidad" de proceder a la restitución.

²³² Comentario al artículo 43, párr. 16).

²³³ Véanse los párrafos 38 a 42.

²³⁴ Comentario al artículo 43, párr. 17).

²³⁵ En muchos países los cambios de política con respecto a los anteriores programas de nacionalización de tierras y la tendencia a la privatización han dado lugar, en los últimos años, a

129. En sus comentarios al artículo 43, los gobiernos expresan dudas respecto de algunas de las excepciones que contiene, pero no ponen en tela de juicio su fundamento general. Señalando que "el predominio de la indemnización sobre la restitución en la práctica", los Estados Unidos reconocen que "la restitución en especie ha sido tradicionalmente una importante forma de reparación en el derecho internacional, sobre todo en los casos en que el Estado infractor se ha apropiado ilegalmente de un territorio o de bienes del patrimonio histórico o cultural"²³⁶. Francia propone que la expresión "restitución en especie" se sustituya por la frase "restablecimiento de la situación anterior", alegando que aquélla podría interpretarse como la simple "restitución de un objeto o de una persona"²³⁷. Como otros Estados, no está de acuerdo con algunas de las excepciones de los apartados a) a d) que, a su entender, pueden debilitar el alcance del principio general que se refleja en la cláusula preliminar y favorecer en demasía al Estado responsable. Siguiendo la tónica de las objeciones que formulara con respecto al concepto de *jus cogens*, el Gobierno de Francia considera que debería suprimirse el apartado b); por otra parte, no acierta a comprender cómo "el regreso a la situación legítima [...] [puede ser] contrario" a una norma imperativa²³⁸. Los Estados Unidos también han criticado el apartado c), que permitiría al Estado responsable evitar la restitución cuando ésta fuese apropiada o preferible. Por consiguiente, ese Gobierno pide que se aclare la expresión "una carga totalmente desproporcionada"²³⁹. Pero sus preocupaciones principales se refieren al apartado d) que, a su entender, debería suprimirse. Aun reconociendo que esa disposición no podría sino "tener consecuencias prácticas relativamente limitadas, habida cuenta del predominio de la indemnización sobre la restitución en la práctica", los Estados Unidos se muestran contrarios a la introducción de expresiones amplias e imprecisas y "sin fundamento claro en la práctica internacional" y que pueden "tener repercusiones fuera del ámbito limitado del artículo 43"²⁴⁰. El Japón considera que las palabras "no comprometa gravemente... la estabilidad económica" deben aclararse para evitar que el Estado infractor las invoque de manera abusiva; ahora bien,

medidas de restitución de tierras y otros bienes a sus antiguos propietarios. Esos programas tienen características específicas y, en su mayor parte, no entrañan restitución en el sentido del artículo 43.

²³⁶ A/CN.4/488, pág. 112.

²³⁷ *Ibid.*, pág. 113; la misma modificación debería introducirse en el párrafo 1 del artículo 44 (*ibid.*, pág. 113). Para Uzbekistán, habría que agregar a la cláusula preliminar del artículo una frase para indicar que "si no es posible restituir objetos de determinadas características, éstos deberían, sobre la base de un acuerdo mutuo, sustituirse por objetos del mismo tipo o prácticamente idénticos" (*ibid.*, pág. 113).

²³⁸ *Ibid.*, pág. 113.

²³⁹ *Ibid.*, pág. 112. En cambio, Francia apoya implícitamente, al parecer, esa disposición (*ibid.*, pág. 113).

²⁴⁰ *Ibid.*, pág. 112; véase también Francia (*ibid.*, pág. 113) y asimismo A/CN.4/504, pág. 20, párr. 70, donde se consigna una opinión similar.

con todo, la supresión del párrafo debería ser un último recurso, pues la existencia de tal disposición en el proyecto de artículos es, según dicho país, necesaria²⁴¹.

b) La cesación, la restitución y la indemnización: problemas de clasificación y de prioridad

130. El hecho de que la restitución esté reconocida como una forma principal de reparación en derecho internacional es indudable y ningún gobierno lo ha impugnado. Las relaciones que existen, por una parte, entre la cesación y la restitución y, por otra, entre la restitución y la indemnización constituyen un problema algo más difícil. La diferencia entre cesación y restitución es más una cuestión de principio: como ya se ha visto, la cesación puede dar lugar a una obligación continua, que incluso sea imposible de eludir (en ciertos casos), mientras que el restablecimiento del *statu quo ante* resulta difícilmente realizable. En cuanto a la relación que existe entre restitución e indemnización, la distinción queda relativamente clara: la restitución implica un restablecimiento del *statu quo ante*, una forma de restitución *in specie*, mientras que la indemnización es el pago de una suma o la entrega de otro valor en cuanto sustituto de la restitución. En este caso se trata más bien de saber si resulta posible mantener la prioridad de la restitución en principio, ante el predominio general que tiene la indemnización en la práctica de los Estados y de los tribunales. Por consiguiente, estos dos problemas deben tratarse por separado.

Cesación y restitución

131. La cuestión de la cesación -que puede describirse como la restitución del cumplimiento de la obligación- ya se ha abordado²⁴². Por las razones que se han expuesto, la cesación debería considerarse, junto con la reparación, como una de las dos consecuencias generales de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Con todo, la diferencia que existe entre ellas no siempre está clara.

132. Por ejemplo, en el arbitraje sobre el *asunto Rainbow Warrior*, Nueva Zelandia pedía el regreso de los dos agentes a la isla de Hao, puesto que (como había considerado el Tribunal) las circunstancias en que se basaba Francia para seguir adelante con la evacuación de aquéllos no existían o ya no se manifestaban. En opinión de Nueva Zelandia, Francia tenía la obligación de devolverlos y encarcelarlos en la isla hasta el final del período de tres años; esa obligación no había expirado, puesto que el tiempo pasado fuera de la isla no podía contabilizarse a tal fin. El tribunal manifestó su desacuerdo a este respecto. Desde su punto de vista, la obligación se refería a un plazo fijo que ya había expirado y, por consiguiente, ya no podía plantearse el problema de la cesación²⁴³. Cabía hacerse otra pregunta aun: dando por correcto este parecer sobre la interpretación de la obligación primaria ¿de qué título podía valerse Nueva Zelandia en cuanto a la restitución? Efectivamente, la posibilidad de la restitución no se limita a los casos en que la obligación violada sigue en vigor (aun cuando esto mismo valga para la cesación). El

²⁴¹ A/CN.4/492, pág. 15.

²⁴² Véanse los párrafos 44 a 52.

²⁴³ RSA, vol. XX, pág. 217 (1990), citado en el párrafo 47.

Tribunal evitó contestar esta pregunta, considerando que la petición de Nueva Zelandia sólo se refería a la cesación. Sin embargo, Nueva Zelandia, a pesar de que había renunciado expresamente a toda petición de indemnización, deseaba el retorno de los dos agentes a la isla y ello, por lo visto, en forma de restitución, incluso si el Tribunal llegaba a la conclusión (como hizo) de que los problemas de la cesación del comportamiento ilícito ya no se planteaban.

133. A todas luces, la preocupación principal del Tribunal era poner fin a un largo litigio de manera ampliamente aceptable para ambas partes. Limitado por la regla *non ultra petita* y por la negativa de Nueva Zelandia a aceptar una indemnización en vez del cumplimiento de la obligación, el Tribunal no tenía ningún deseo de examinar argumentos relativos a la ejecución so pretexto de restitución. Ahora bien, cabe pensar que el *statu quo ante* para ambos agentes -su presencia en la isla bajo la custodia del ejército- carecía de todo valor para Nueva Zelandia si Francia no tenía la obligación continua de mantenerlos en la isla. En ese caso, el regreso de los dos agentes a la isla no habría sido sino un trámite sin sentido.

134. De este episodio pueden sacarse dos enseñanzas. En primer lugar, si bien es apropiado (como propone la misma Francia²⁴⁴) definir la restitución en el sentido de que es el "restablecimiento de la situación anterior" y no como la simple devolución de personas, de bienes o de un territorio, el restablecimiento del *statu quo ante* tiene escaso valor, o incluso ninguno, si la obligación violada no permanece en vigor. A la inversa, el Estado lesionado puede no tener la opción de renunciar a la restitución si la ejecución continua de la obligación violada incumbe al Estado responsable y si aquél no tiene poder suficiente (o no lo tiene por sí mismo) para eximirlo de ese deber de ejecución. Tanto positiva como negativamente, la distinción teórica entre cesación y restitución puede tener consecuencias importantes en las obligaciones de los Estados afectados y en las opciones de reparación que se les ofrecen. La segunda enseñanza es de carácter más general: en la práctica, los órganos de solución de controversias actúan con flexibilidad en la interpretación de las posiciones de los Estados Partes y la elección de tal o cual modo de reparación. Al parecer, ningún cuerpo de normas relativas a las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos puede excluir tal flexibilidad, pese a la preferencia clara que pueda afirmarse por una forma de reparación en vez de otra.

Restitución e indemnización

135. Esta segunda observación se aplica igualmente a la cuestión de la relación que existe entre la restitución y la indemnización. El artículo 43 se refiere a la primera de las formas específicas de la reparación que se tratan en el capítulo II. A continuación el artículo 44 trata de la indemnización, pero sólo "si el daño no ha sido reparado mediante la restitución en especie y en la medida en que no lo haya sido". De ello se desprende a las claras que la intención de la Comisión era sentar firmemente el principio de la prioridad de la restitución sobre la indemnización. Esta postura reflejaba la opinión del Relator Especial de aquella época, el Sr. Arangio-Ruiz, para quien "la restitución en especie se coloca en primerísimo lugar respecto de cualquier otra forma de reparación *lato sensu* y, especialmente, respecto de la reparación por equivalente"²⁴⁵. Según este planteamiento, el Estado lesionado puede insistir en la restitución y

²⁴⁴ Véase el párrafo 129.

²⁴⁵ Informe preliminar, *Anuario...*, 1988, vol. II (primera parte), pág. 40 (párr. 114), con referencias a la doctrina clásica. Más adelante el Relator Especial señalaba "la prevalencia

tiene un derecho a restitución, a menos que se aplique una de las excepciones enumeradas en el artículo 43. Sin embargo, este concepto ha sido criticado por varios gobiernos y parte de la doctrina²⁴⁶, que lo juzgan demasiado rígido y alejado de la práctica. También difiere del planteamiento de la restitución que se adopta en ciertos ordenamientos internos²⁴⁷.

136. En el *asunto del paso por el estrecho de Store (Finlandia c. Dinamarca) (Medidas Provisionales)*²⁴⁸, Finlandia pedía que se indicaran medidas provisionales para impedir la construcción de un puente en el estrecho de Store, puente que, en su opinión, habría restringido el paso de buques de perforación y de plataformas petroleras, contrariamente a los derechos de libre tránsito que le reconocían una serie de tratados. En su respuesta Dinamarca alegaba, entre otras cosas, que incluso en la hipótesis de que la construcción del puente violase los derechos de tránsito de Finlandia, ello sólo se produciría ocasionalmente y no afectaría sino un reducido número de los buques que pasaban por el estrecho. Como quiera que los derechos de Finlandia podían protegerse adecuadamente por medios financieros y de otra índole, una orden de restitución constituiría una "carga excesiva" para Dinamarca. Además, si Finlandia no tenía derecho a insistir en que no se tendiera el puente, tampoco tenía, a mayor abundamiento, el derecho de obtener medidas provisionales.

137. La Corte se negó a indicar medidas provisionales. No quedaba demostrada la urgencia de la situación, ya que el paso no se limitaría, en la práctica, antes de tres años o más, tiempo durante el cual el asunto podía ser objeto de una decisión en cuanto al fondo. Pero no por ello aceptó la Corte el argumento de Dinamarca relativo a la imposibilidad de la restitución. Tras observar que la acción de una parte durante el procedimiento no podía vulnerar los derechos de la otra parte, agregó:

puramente estadística de la reparación por equivalente... junto con la primacía lógica de la restitución en especie", *ibíd.*, pág. 43 (párr. 131).

²⁴⁶ Véase, en particular, C. Gray, "The Choice between Restitution and Compensation" (1999) *EJIL*, vol. 10, pág. 413.

²⁴⁷ Históricamente, los sistemas basados en el *common law* sólo aplicaban la modalidad del pago de daños y perjuicios en los asuntos civiles que no entrañaban devolución de bienes, con algunas excepciones relativas a la ejecución específica y a otras formas de reparación determinadas en función de los principios de equidad. Esa situación está cambiando actualmente, en vista de la creciente posibilidad de recurrir a esos distintos modos de reparación y del desarrollo del derecho a la restitución. Con respecto a la ejecución específica, véase, por ejemplo, *Cooperative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores Ltd.* [1998] AC 1. Acerca de la restitución, véase también *Kleinnwort Benson Ltd. v. Glasgow City Council* [1999] 1 AC 153.

²⁴⁸ *Recueil, C.I.J.* 1991, pág. 12.

"A estas alturas la Corte no tiene que determinar el carácter de cualquier decisión que pueda adoptar en cuanto al fondo. [...] Sin embargo, en principio, si se demuestra que la construcción de obras entraña la vulneración de un derecho, no se puede ni se debe excluir, *a priori*, la posibilidad de una decisión judicial encaminada bien a suspender los trabajos, bien a modificar o dismantelar las construcciones..."²⁴⁹

138. En el *asunto relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Paraguay c. Estados Unidos) (Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales)*, el Paraguay solicitó y obtuvo que se indicaran medidas provisionales para tratar de evitar la ejecución de Ángel Breard, uno de sus nacionales condenados por homicidio. La reclamación del Paraguay se fundaba en el hecho demostrado que los Estados Unidos no le habían comunicado la detención de Breard, en violación de la exigencia de notificación dispuesta en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares²⁵⁰. Para los Estados Unidos, no podía plantearse ninguna cuestión de restitución sobre la base de la Convención; el Paraguay sólo tenía derecho a obtener excusas y garantías de no repetición, que ya se le habían dado. El Gobierno norteamericano arguyó, en particular, que "la anulación automática de los procedimientos iniciados y el restablecimiento del *statu quo ante* como sanciones de la falta de notificación no sólo no hallan ningún respaldo en la práctica de los Estados, sino que serían imposibles de realizar"²⁵¹. En cambio, el Paraguay pidió la restitución completa: "Toda responsabilidad penal imputada en la actualidad al Sr. Breard debería, pues, ser declarada nula por las autoridades de los Estados Unidos y [...] debería restablecerse el *statu quo ante* para que el Sr. Breard pudiera beneficiarse de las disposiciones de la Convención de Viena en todo nuevo procedimiento judicial que pudiera incoarse contra él"²⁵².

139. En este caso también, la Corte se negó a abordar la cuestión de la relación que existía entre el derecho alegado y la obtención de una restitución. Para la mayoría, bastaba con señalar que "la ejecución [del Sr. Breard] hacía imposible la adopción de la solución pedida por el Paraguay y, por ende, causaría un perjuicio irreparable a los derechos que este país reivindicaba"²⁵³.

²⁴⁹ *Ibid.*, pág. 19 (párr. 31). El magistrado *ad hoc* Broms interpretó este pasaje de la ordenanza en el sentido de un rechazo de la "tesis danesa", según la cual Finlandia no tenía ningún derecho a la restitución en especie, incluso si ganaba el litigio en cuanto al fondo (*ibid.*, pág. 30).

²⁵⁰ *Recueil, C.I.J.*, 1998, pág. 248.

²⁵¹ *Ibid.*, pág. 254 (párr. 18).

²⁵² *Ibid.*, pág. 256 (párr. 30).

²⁵³ *Ibid.*, pág. 257 (párr. 37). El magistrado Oda expresó su desacuerdo, aunque había votado con la mayoría "por razones humanitarias" (*ibid.*, pág. 262). El Presidente Schwebel señaló, por su parte, la importancia del principio del respeto de los tratados: "El hecho de que se hayan presentado excusas y se hayan tomado disposiciones en el ámbito federal para evitar que se reproduzcan esas infracciones no le reporta ninguna utilidad al acusado que, según el Paraguay, ha sufrido o pudo sufrir un perjuicio porque no pudo comunicarse con su consulado, lo cual plantea una cuestión de fondo" (*ibid.*, pág. 259).

140. Bastante similares son las cuestiones que se plantean en otro asunto relativo a la pena de muerte en que intervenía una falta de notificación consular, el *asunto LaGrand (Alemania c. Estados Unidos)*²⁵⁴. También en este caso la Corte, actuando *ex parte* de conformidad con el párrafo 1 del artículo 75 de su reglamento, indicó medidas provisionales²⁵⁵. El asunto sigue *sub judice*.

141. Estos ejemplos se referían a peticiones de medidas provisionales, en las que hay que encontrar un equilibrio entre la protección de los derechos reivindicados (pero que aún no están establecidos) por el Estado demandante y el respeto de la posición del Estado demandado, respecto del cual no se ha demostrado, *ex hypothesi*, que actuó de manera ilícita. Sin embargo, existe una diferencia entre esos asuntos. En el *asunto del paso por el estrecho de Store* el derecho cuya protección se procuraba era precisamente el derecho que debía ser objeto del procedimiento en cuanto al fondo, es decir, el derecho de libre paso de las plataformas por el estrecho de Store. En esta perspectiva, la Corte se negó a excluir la posibilidad de que la restitución fuese el modo de reparación apropiado (incluso si ello podía entrañar la anulación o una modificación profunda del proyecto de puente)²⁵⁶. En los asuntos relativos a la pena de muerte, la relación entre la violación de la obligación de notificación consular y la condena de la persona acusada era indirecta y contingente. Muy bien podría haber ocurrido que el proceso fuese totalmente apropiado y justo y que la falta de notificación no tuviese ningún efecto sobre la condena. Los Estados Unidos eran competentes para juzgar a los acusados por un delito castigado con la pena capital y no eran parte en ningún instrumento que prohibiese la pena de muerte. Únicamente el establecimiento de un vínculo de causalidad suficiente entre la falta de notificación por los Estados Unidos y el resultado del proceso podía permitir que se planteara la cuestión de la restitución. En el momento del proceso, una notificación previa había pasado a ser imposible como tal, puesto que el plazo señalado para el cumplimiento había vencido y no podía sustituirse por ningún otro cumplimiento posterior.

142. Así, pues, la naturaleza de la restitución depende, por lo menos en cierta medida, del contenido de la obligación primaria que ha sido violada. En los casos que no implican sólo el regreso de personas o la restitución de bienes o de territorio pertenecientes al Estado lesionado (restitución en el sentido estricto), la noción de restablecimiento del *statu quo ante* debe aplicarse considerando los derechos y las competencias respectivos de los Estados afectados. Esto reviste importancia especial cuando la obligación es de naturaleza procedimental y condiciona el ejercicio de facultades que competen sustancialmente al Estado. En esos casos, la restitución, siempre que sea posible, no puede llevar a otorgar al Estado lesionado, *a posteriori*, más de lo que le habría correspondido si se hubiese ejecutado la obligación. En otras palabras, la noción de "*statu quo ante*" es relativa y si el Estado demandado hubiese podido lograr de manera lícita

²⁵⁴ *Recueil, C.I.J.*, 1999, pág. 9.

²⁵⁵ Cabe subrayar que en los dos asuntos las ejecuciones se llevaron a cabo a pesar de las órdenes. Véase "*Agora: Breard*" (1998), 92, *AJIL*, pág. 666. Posteriormente, el *asunto Breard* se retiró a petición del Paraguay.

²⁵⁶ La obligación de Dinamarca de permitir el tránsito por el estrecho de Store (sea cual sea su extensión) era de carácter continuo, de modo que el retiro de toda obstrucción ilícita habría implicado tanto una cesación como una restitución. Véanse los párrafos 45 y 134.

un resultado idéntico o similar en la práctica sin violar la obligación, puede excluirse la noción de retorno *general* a la situación anterior²⁵⁷.

143. En opinión del Relator Especial, esas limitaciones e interpretaciones del principio de la restitución pueden tomarse en consideración a través de una formulación precisa del artículo 43 y de las excepciones que en él se contienen, así como mediante explicaciones apropiadas en el comentario. Se trata de saber si, en estas condiciones, debe mantenerse el principio de la primacía de la restitución. Considerados todos los factores, debería mantenerse. Es cierto que la fuente que suele citarse en apoyo de esa primacía -el *asunto de la fábrica de Chorzów*²⁵⁸ - no zanja la cuestión puesto que, en el momento de la decisión, Alemania pedía solamente una indemnización y no la devolución de la propiedad. También es cierto que los tribunales han vacilado en conceder restituciones íntegras y que la decisión que quizá esté vinculada más estrechamente a la idea de restitución -la del árbitro único Dupuy en el laudo *Texaco*²⁵⁹ - ha sido objeto de muchas críticas²⁶⁰ y no ha sido respetada en los arbitrajes mixtos posteriores²⁶¹. Pero precisamente se trataba de arbitrajes mixtos, en que el dominio eminente del Estado responsable (y su soberanía sobre sus recursos naturales) deben contraponerse a las obligaciones que ha asumido para la protección de esos recursos, por vía convencional o de otra manera. En el marco de las relaciones interestatales, la restitución desempeña una función vital en principio, sobre todo en vista de la estrecha relación que guarda con la cuestión del cumplimiento de las obligaciones internacionales. La segunda razón que motiva el mantenimiento del principio tiene que ver con el hecho de que pocos gobiernos piden que se abandone. Pese a las dudas que han expresado uno o dos Estados²⁶², el artículo 43 aprobado en

²⁵⁷ Sin embargo, esto no excluye que el procedimiento anterior pueda repetirse efectivamente, si las circunstancias no han cambiado hasta el punto de que hagan que esa repetición carezca de interés o resulte excesivamente pesada. Esos elementos quedan incluidos en las normas jurídicas internas relativas a la restitución, en el marco de doctrinas tales como la de la confianza o el cambio de posición de *buena fe*. La Corte Internacional de Justicia tuvo en cuenta esos factores, al menos implícitamente, en el tratamiento de los problemas de restitución respecto del *asunto relativo al proyecto de Gabèikovo-Nagymaros*, *Recueil*, C.I.J., 1997, pág. 7.

²⁵⁸ *CPJI*, serie A, N° 17 (1928), pág. 47, citado en el párrafo 24.

²⁵⁹ *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, laudo en cuanto al fondo, 19 de enero de 1977, *JDI*, 1977, págs. 507 y 508 (párr. 109).

²⁶⁰ Véase, por ejemplo, el estudio del Banco Mundial, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment* (BIRF, Washington, 1992), vol. I, pág. 140. Se hallará una exposición equilibrada en R. Higgins, "The Taking of Property by the State", *Recueil des Cours*, t. 176, 1982, págs. 314 a 321.

²⁶¹ *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, 12 de abril de 1977, *Revue de l'arbitrage*, 1980, pág. 134. Véase también una decisión adoptada anteriormente, *BP Exploration Company (Libya) Ltd. v. Government of the Libyan Arab Republic*, 10 de octubre de 1973 y 1° de agosto de 1974, *ILR*, vol. 73, pág. 354.

²⁶² Véase el párrafo 129.

primera lectura, en el que se confiere una prioridad limitada a la restitución, ha sido bien acogido en general. Así, pues, la mayoría de los comentarios tienen por objeto reducir el número y el alcance de las excepciones al principio, antes que desecharlo. En tercer lugar, la renuncia a ese principio exigiría que la Comisión elaborase, en el marco de una presunción jurídica favorable de la indemnización, las hipótesis en que la restitución se requiere con carácter excepcional. Los Estados Unidos subrayan que la restitución reviste particular importancia en los casos en que un Estado "se ha apropiado ilegalmente de un territorio o de bienes del patrimonio histórico o cultural"²⁶³, pero desde luego no se limita a esas hipótesis. Además, elegir la forma de una excepción implicaría que, en los casos que no están previstos, los Estados pueden *a posteriori* comprar la libertad de no respetar sus obligaciones internacionales. El principio de la prioridad de la restitución debería mantenerse, con excepciones bien definidas.

c) Excepciones a la restitución

144. Las cuatro excepciones a la restitución formuladas en el artículo 43 se describen anteriormente²⁶⁴.

- a) Imposibilidad material. No cabe duda de que la restitución no puede exigirse cuando ha pasado a ser "materialmente" (es decir, en la práctica) imposible; esta limitación se reconoce en el *dictum* de la *fábrica de Chorzów*²⁶⁵, en la decisión del tribunal en el *asunto de los bosques del Rhodope central*²⁶⁶, así como en la doctrina. Tampoco se impugna en los comentarios de los gobiernos.
- b) Violación de una norma imperativa. De igual modo, no cabe duda de que la restitución no puede ser exigida si debe entrañar la violación de una norma imperativa (es decir, una norma del *jus cogens*). Como subraya Francia²⁶⁷, la dificultad estriba más bien en que han de encontrarse ejemplos realistas. La cuestión planteada en el *asunto del Camerún septentrional*²⁶⁸ podría muy bien constituir uno de esos ejemplos. Según el Camerún, la administración del Camerún septentrional mediante una unión administrativa con la colonia de Nigeria, así como la celebración ulterior de un plebiscito distinto para el Camerún septentrional, constituían una violación del Acuerdo de Administración Fiduciaria. Sin embargo, ese Acuerdo había caducado con la aprobación de la Asamblea General, para que se realizaran las aspiraciones de la población tal como ésta las había expresado. Una petición de derogación de esa decisión, formulada en forma de restitución, habría equivalido a

²⁶³ A/CN.4/488, pág. 112.

²⁶⁴ Véase el párr. 128.

²⁶⁵ *CPJI, Serie A*, N° 17 (1928), pág. 47 ("si no es posible"); véase el párrafo 24.

²⁶⁶ *RSA.*, vol. III, pág. 1405 (29 de marzo de 1933); véase el párrafo 128.

²⁶⁷ Véase el párrafo 129.

²⁶⁸ *Recueil C.I.J.*, 1963, pág. 16.

pisotear esas aspiraciones. Consciente, a todas luces, de esas dificultades y de otros problemas, el Camerún pidió simplemente una sentencia declaratoria, que la Corte le denegó porque su decisión no habría surtido efecto jurídico respecto del Estado demandado, o sea, el Reino Unido. La cuestión de la violación de una norma imperativa no se abordó, ni siquiera se planteó²⁶⁹. En opinión del Relator Especial, la situación contemplada en el apartado b) del artículo 43 está incluida en el artículo 29 *bis*. Como ya se ha señalado, las circunstancias que excluyen la ilicitud (y, entre ellas, la existencia de un conflicto con una norma imperativa del derecho internacional general) también son aplicables a las obligaciones secundarias enunciadas en la segunda parte, incluida la obligación de restitución²⁷⁰. Por consiguiente, el apartado b) del artículo 43 es inútil y podría suprimirse²⁷¹.

- c) Carga desproporcionada. A tenor del apartado c) del artículo 43, puede ocurrir que la restitución no se conceda si la ventaja que se derivaría para el Estado lesionado al obtenerla (en vez de la indemnización) es notablemente desproporcionada en relación con la carga que constituiría para el Estado responsable. Esta excepción podría haberse aplicado, por ejemplo, en el *asunto del paso por el estrecho de Store*²⁷² si el puente se hubiese tendido realmente antes de que Finlandia plantease el problema del derecho de paso. Cuando el costo que el desmantelamiento de una estructura representaría para el Estado responsable es totalmente desproporcionado en comparación con la ventaja que el Estado o los Estados lesionados sacarían de él, la restitución no debería exigirse. Los Estados Unidos no impugnan el apartado c), sino que piden que las palabras "una carga totalmente desproporcionada en relación

²⁶⁹ Históricamente, los asuntos relativos al apresamiento de buques esclavistas y a otras acciones encaminadas a reprimir la trata de esclavos plantearon problemas de legalidad internacional (véase, por ejemplo, el asunto *Le Louis* (1817) 2 Dods 210; *Buron v. Denman* (1848) 2 Ex. 167; A. P. Rubin, *Ethics and Authority in International Law* (Cambridge, CUP, 1997), págs. 97 y ss. Sin embargo, por lo menos desde el Congreso de Berlín de 1885, no era posible examinar una petición de restitución en forma del retorno de antiguos esclavos. En el asunto *Eichmann*, Argentina retiró su petición de devolución de Eichmann, acusado de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad; véase la resolución del Consejo de Seguridad 138 (1960), 23 de junio de 1960 y el comunicado conjunto Argentina-Israel, 3 de agosto de 1960, reproducido en *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Tribunal de distrito, 12 de diciembre de 1961, ILR, vol. 36, pág. 59 (párr. 40).

²⁷⁰ Véase el apartado 1) del párrafo 7. Por lo que respecta al artículo 29 *bis*, véase el *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 51º período de sesiones (Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 10, A/54/10, 1999)*, párrs. 306 a 318.

²⁷¹ Los hechos ilícitos continuos en violación de una norma imperativa (como ocurre en el caso de un genocidio o de otro crimen de lesa humanidad continuos) plantean cuestiones más importantes. Éstas se refieren a la cesación y el cumplimiento de la obligación, y no a la restitución; véase el párrafo 126.

²⁷² Véanse los párrafos 136 y 137.

con la ventaja que se derivaría para el Estado lesionado" sean objeto de una aclaración. Ahora bien, como otras expresiones del principio de proporcionalidad, resulta difícil ser más preciso en el cuerpo mismo del texto²⁷³. Ello no obstante, resultaría útil una aclaración para subrayar que la noción de proporcionalidad en el marco de esta disposición no se refiere solamente al costo y a los gastos, sino que también han de tenerse en cuenta otros elementos significativos, como son la gravedad de la violación en relación con la dificultad de restablecer el *statu quo ante*. Parece suficiente mencionar sin más este extremo en el comentario.

- d) Amenaza desproporcionada a la independencia política o la estabilidad económica del Estado responsable. Varios Estados han criticado severamente esta cuarta excepción, de la que tampoco se ofrece ningún ejemplo convincente. El problema general planteado por una reparación que amenaza con privar a una población de sus medios de subsistencia (párrafo 3 del artículo 42 aprobado en primera lectura) ya se ha tratado²⁷⁴; también se ha señalado que la restitución implica normalmente la devolución de un territorio, de personas o de bienes secuestrados o detenidos de manera ilícita o, de forma más general, el restablecimiento de la situación existente antes de la violación. Resulta difícil concebir cómo puede ese restablecimiento tener el efecto de amenazar la independencia política o la estabilidad económica del Estado responsable de la violación. Sea como fuere, si la restitución amenaza de manera plausible y desproporcionada la independencia política o la estabilidad económica del Estado responsable, quedarán indudablemente satisfechas las condiciones previstas en la tercera excepción (apartado c)). Por esas razones, también resulta innecesario el apartado d).

d) La formulación del artículo 43

145. Por lo que hace a la formulación de este artículo, Francia critica la utilización de la expresión "restitución en especie" en el artículo 44, porque ésta no se limita a la devolución de un bien o de un territorio que hayan sido objeto de apropiación indebida. Pero el significado de esa expresión se comprende y acepta generalmente. Por lo demás, se aporta una definición, básicamente en la forma del "restablecimiento de la situación anterior". En segundo lugar, el apartado c) del artículo 43, en su texto original, trata de hallar el equilibrio entre el costo de la restitución para el Estado responsable y la ventaja que de ella se derivaría para el Estado lesionado. Ahora bien, también puede haber varios, incluso muchos, Estados (u otras entidades), lesionados por el mismo hecho y el conjunto de sus intereses debería tomarse en consideración en la ecuación. El apartado c) debería redactarse en consecuencia.

²⁷³ Véase un planteamiento general en DW Greig, "Reciprocity, Proportionality and the Law of Treaties", *Virginia JIL*, 1994, vol. 44, pág. 398.

²⁷⁴ Véanse los párrafos 38 a 42.

146. En opinión del Relator Especial, el artículo 43 podría enunciarse de la manera siguiente:

"Restitución"

El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito está obligado a proceder a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de que se cometiera el hecho ilícito, en la medida y siempre que tal restitución:

- a) No sea materialmente imposible;...
- c) No imponga una carga totalmente desproporcionada en relación con la ventaja que los lesionados por ese hecho conseguirían al obtener la restitución en vez de una indemnización."

3. Indemnización

a) Actual artículo 44

147. El artículo 44 dispone lo siguiente:

"Indemnización"

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

2. A los 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."

148. Pese a la prioridad formal que se concede a la indemnización en el artículo 43, en el comentario del artículo 44 se reconoce que la indemnización es "el remedio principal y capital al que se recurre a raíz de un hecho internacionalmente ilícito"²⁷⁵. La indemnización en dinero difiere de los pagos ofrecidos o efectuados a título de satisfacción en que su función es puramente compensatoria; tiene por objeto representar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por el Estado lesionado como resultado de la violación. No obstante, pese al gran número de casos resueltos por tribunales arbitrales en los que se han planteado problemas vinculados a la fijación de indemnización, en el comentario no se examina en detalle el artículo 44, debido a que "las normas sobre indemnización han de ser de carácter relativamente general y flexible"²⁷⁶. En el comentario sí se aborda la cuestión del vínculo de causalidad, incluida la influencia de causas múltiples²⁷⁷, pero sobre el problema central de la fijación de la

²⁷⁵ Comentario del artículo 44, párr. 1), *Anuario...*, 1993, vol. II (segunda parte), págs. 73 a 82.

²⁷⁶ *Ibid.*, párr. 3).

²⁷⁷ *Ibid.*, párrs. 6) a 13). Véase el debate en los párrafos 27 a 29 y 31 a 37.

indemnización, sólo se hacen observaciones de carácter general, como la de que "la indemnización es el remedio apropiado para el daño económicamente valorable, es decir, el daño que puede evaluarse en términos económicos"²⁷⁸, incluido el daño moral y material²⁷⁹. Se considera que la indemnización está limitada a los pagos en dinero²⁸⁰, aunque no hay razón para que no pueda consistir además en otras formas de valor que se hayan acordado.

149. El comentario se refiere a continuación al otorgamiento de intereses y al lucro cesante. Los intereses se examinan en forma separada más adelante²⁸¹. El lucro cesante se trata en forma detallada, pero poco concluyente. En el comentario se observa 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. De otorgarse el resarcimiento por las ganancias dejadas de obtener, no parece que fuera apropiado otorgar intereses sobre el capital generador de renta durante el mismo período de tiempo por el mero hecho de que el capital no puede devengar intereses y al mismo tiempo estar empleado teóricamente en generar beneficios... La finalidad principal es evitar el "doble resarcimiento" en todas las formas de reparación."²⁸²

Después de pasar revista a la jurisprudencia pertinente (comprendidas las decisiones divergentes del Tribunal de Reclamaciones irano-estadounidense en diferentes causas sobre expropiación de bienes), en el comentario se dice que...

"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 un amplio apoyo... El estado del derecho en lo que concierne a todas esas cuestiones no está... suficientemente asentado y la Comisión estimó que no se hallaba, por ahora, en condiciones de dar respuestas precisas a esas cuestiones ni de formular normas concretas relativas a ellas. Por consiguiente, ha considerado preferible dejar que sean los Estados interesados o el tercero que intervenga en la solución de la controversia quienes resuelvan, en cada caso, si procede pagar una indemnización por las ganancias dejadas de obtener."²⁸³

En definitiva, el párrafo 2 del artículo 44 sólo dice que la indemnización "podrá incluir... cuando proceda, las ganancias dejadas de obtener", una afirmación lo menos entusiasta que es dable imaginar.

²⁷⁸ *Ibid.*, párr. 16).

²⁷⁹ *Ibid.*, párr. 17).

²⁸⁰ *Ibid.*, párr. 18), al citar la afirmación de Grocio, *De Iure Belli ac Pacis* (1636), Libro II, cap. 17, párr. 17, de que "el dinero es la medida común a todos los valores".

²⁸¹ Véanse los párrafos 195 a 214.

²⁸² Comentario del artículo 44, párr. 27).

²⁸³ *Ibid.*, párr. 39).

150. Las observaciones de los gobiernos sobre el artículo 44 plantean varias interrogantes importantes. La primera de ellas es si se necesita una disposición más detallada. Algunos gobiernos estiman que, dada la complejidad y la importancia de las cuestiones que están en juego, sería útil contar con más directrices sobre los criterios de indemnización del derecho consuetudinario internacional -especialmente en lo que respecta a la "valoración del daño pecuniario", incluidos los intereses y el lucro cesante²⁸⁴. Francia critica la redacción "demasiado sintética" del artículo 44 (más todavía si se la compara con el tratamiento detallado de los artículos 45 y 46) y es partidaria de regresar a "una versión más analítica" basada en la labor realizada por el Sr. Arangio-Ruiz en su segundo informe (1989), y en la práctica y la jurisprudencia internacionales²⁸⁵. En cambio, otros destacan la necesidad de aplicar cierta flexibilidad al tratar determinados casos; a su juicio, basta con establecer el principio general de la indemnización en el artículo 44. Observan asimismo que "se necesitaría mucho tiempo para llevar a cabo un examen detallado y amplio de las normas relativas a la reparación y la indemnización, con lo cual la Comisión tardaría más en finalizar su labor"²⁸⁶.

151. En cuanto al contenido de ese principio general, hay quienes concuerdan con la opinión de que, en principio, el monto de la indemnización que se ha de pagar es precisamente el valor que el Estado lesionado habría recibido si se hubiera otorgado restitución. Los Estados Unidos consideran que la redacción actual del párrafo 1 enuncia el "principio bien establecido, que se recoge en el derecho internacional consuetudinario y en innumerables convenios bilaterales y multilaterales". En su opinión, el hecho de que se deba pagar indemnización en la medida en que no se ofrezca restitución, deja claramente establecido que el monto de la indemnización debería ser equivalente al valor de la restitución²⁸⁷. Por el contrario, al Japón le preocupa una posible interpretación del párrafo 1, según la cual "el Estado que haya cometido un acto ilícito podría rechazar la petición del Estado lesionado de que se le conceda una indemnización (económica) alegando que no se había demostrado que la restitución en especie era totalmente imposible". Una interpretación así "limitaría enormemente la libertad del Estado lesionado de elegir la forma de reparación íntegra que considere apropiada"²⁸⁸.

152. Otra cuestión por resolver es determinar si es necesario hacer referencia a los intereses y al lucro cesante en el párrafo 2, y de ser así, cuál sería la formulación adecuada de tal referencia.

²⁸⁴ Dinamarca en nombre de los países nórdicos (A/CN.4/488, pág. 113); véase también A/CN.4/496, pág. 20, párr. 125 (en que se destaca la necesidad de contar con mayor seguridad jurídica) y A/CN.4/504, pág. 19, párr. 71.

²⁸⁵ A/CN.4/488, pág. 114; véase también A/CN.4/496, pág. 20, párr. 125, y A/CN.4/504, pág. 19, párr. 71 (en que se toma como ejemplo "el principio según el cual el daño sufrido por un nacional es la medida del daño sufrido por el Estado").

²⁸⁶ A/CN.4/496, pág. 20, párr. 124.

²⁸⁷ A/CN.4/488, pág. 113; los Estados Unidos se refieren concretamente al asunto del *Lusitania* y al caso *Letelier*, y hacen notar que ese principio "se ha aplicado también a los casos de negligencia con resultado de muerte".

²⁸⁸ A/CN.4/492, pág. 15.

Algunos gobiernos estiman innecesario especificar como obligación legal el pago de intereses y la indemnización del lucro cesante²⁸⁹. Esa es, al parecer, la opinión adoptada por el Gobierno francés, que propone que se redacte nuevamente el párrafo en los términos siguientes:

"A los efectos del presente artículo, se entiende por daño indemnizable derivado de un hecho internacionalmente ilícito todo aquel daño vinculado a ese hecho por una relación ininterrumpida de causalidad."²⁹⁰

Por otra parte, varios gobiernos sostienen firmemente que "en la medida en que el pago de intereses representa la pérdida efectivamente sufrida por el demandante, dicho pago no es una cuestión facultativa sino una obligación"²⁹¹. En consecuencia, el párrafo 2 debería disponer que la indemnización "incluirá" (en lugar de "podrá incluir") los intereses²⁹². Los Estados Unidos se refieren a las decisiones del Tribunal de Reclamaciones irano-estadounidense en apoyo de su opinión de que la redacción actual del párrafo 2 "va en contra de la mayoría de los precedentes sobre el tema y del principio de la íntegra "reparación plena"²⁹³.

153. Los comentarios que anteceden plantean numerosas materias de discusión con respecto al artículo 44. Una de ellas, la cuestión de los intereses, se trata separadamente más adelante²⁹⁴. Pero la cuestión principal es saber si el artículo 44 debería establecer con más detalle los principios aceptados de fijación de la indemnización, así como qué limitaciones podrían establecerse con respecto a la fijación de indemnización total, para evitar imponer una carga desproporcionada al Estado responsable.

b) Fijación de la indemnización: ¿principio general o normas detalladas?

154. En su segundo informe, el Sr. Arangio-Ruiz examinó con cierto detalle la "reparación por equivalencia", y propuso dos artículos diferentes, uno más corto y el otro algo más detallado.

²⁸⁹ A/CN.4/504, pág. 19, párr. 71.

²⁹⁰ A/CN.4/488, pág. 116.

²⁹¹ Reino Unido (*ibíd.*, pág. 114); véase también A/CN.4/496, pág. 21, párr. 125 ("El pago de intereses debería ser la norma básica y general sobre indemnización").

²⁹² Los Estados Unidos estiman que el artículo 44 representaría "una paso atrás en el derecho internacional de la reparación" si no se realiza esa revisión (A/CN.4/488, pág. 115). Véase también A/CN.4/504, pág. 19, párr. 71, en que un gobierno sostiene que al sustituir "podrán" por "deberán", se privará al Estado que incurre en ilicitud de un incentivo para retrasar el pago de la indemnización, en tanto que otro es partidario de la idea de que debe concederse al Estado que incurre en ilicitud un "período de gracia suficiente" para el pago de indemnización antes de fijar el pago de intereses. Los gobiernos que sugieren esta sustitución no parecen ser partidarios de que se supriman las palabras "cuando proceda" antes de la frase "las ganancias dejadas de obtener" (véase Mongolia, A/CN.4/488, pág. 114).

²⁹³ *Ibíd.*, pág. 111.

²⁹⁴ Véase *infra*, párrs. 195 a 214.

Según se desprende de su comentario, la Comisión prefirió la versión más corta, que pasó a ser el artículo 44²⁹⁵. En consecuencia, algunas de las cuestiones examinadas por el Sr. Arangio-Ruiz en su segundo informe -la distinción entre el daño moral infligido a las personas y al Estado, la distinción entre expropiación lícita e ilícita, los métodos para calcular el valor de los bienes expropiados, especialmente si ello se hace sobre la base de un "negocio en marcha"- sólo se tratan brevemente, si se tratan, en el artículo 44 y su comentario.

155. Evidentemente, se necesita ser prudentes al establecer normas más concretas relativas a la indemnización. Aunque se dispone de cierta orientación en algunas esferas (en particular la protección diplomática, especialmente en lo que respecta a la expropiación de bienes o al daño a éstos), recientemente ha habido relativamente pocos fallos fundamentados relativos a la fijación de indemnización por daños materiales entre Estados (es decir, fuera del ámbito de la protección diplomática). Se ha solicitado indemnización por daños en aproximadamente una tercera parte de los casos iniciados ante la Corte Internacional de Justicia, pero hasta la fecha, la Corte ha otorgado indemnización sólo en un caso -el *caso del Canal de Corfú (fijación de indemnización)*²⁹⁶. En realidad se ha sostenido que la Corte ha demostrado cierta aversión a dictar sentencias en que otorga indemnización por daños, en comparación con sentencias declaratorias o de otro tipo. Por ejemplo, en el *caso de las pruebas nucleares Nueva Zelandia c. Francia*, sostuvo que el caso ya no tenía objeto después de que Francia se había comprometido a no seguir realizando pruebas en la atmósfera, a pesar de que la demanda de indemnización de Nueva Zelandia no se había satisfecho²⁹⁷. En el *caso relativo al Proyecto Gabcíkovo-Nagymaros*, en el que ambas partes pedían una fuerte indemnización a la otra, la Corte comenzó por reafirmar las normas clásicas relativas a la reparación y la indemnización, y luego indicó que lo apropiado sería un "acuerdo de suma cero" para la indemnización por daños (distinto de las contribuciones financieras al proyecto en marcha). El pasaje pertinente dice lo siguiente:

²⁹⁵ Véase Arangio-Ruiz, *segundo Informe*, en el *Anuario...* 1989, vol. II, parte I, págs. 3 a 23; el texto de sus propuestas puede verse en la página 57 del mismo documento. El informe del Comité de Redacción figura en el *Anuario...*, 1992, vol. I, págs. 232 y 233. Con posterioridad a 1989, se han producido otras novedades en la jurisprudencia y la práctica, resumidas, entre otros, por M. Iovane, *La Riparazione nella Teoria e Nella Prassi dell'Illecito Internazionale* (Milán, Guiffirè, 1990); E. Decaux "Responsabilité et réparation", en *La responsabilité dans le système international: colloque du Mans* (Société française pour le droit international, Pedone, París, 1991), págs. 47 a 190, así como en las fuentes citadas más adelante. La experiencia general del derecho comparado ha sido resumida satisfactoriamente por H. Stoll, "Consequences of Liability: Remedies", en A. Tunc (ed.), *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. XII, cap. 8.

²⁹⁶ *Informes de la C.I.J.* de 1949, pág. 249. Véase C. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), págs. 77 a 95, en que figura una relación algo escéptica de esa práctica.

²⁹⁷ *Informes de la C.I.J.* 1974, págs. 457, 475 y 476 (párrs. 55 a 58). Cf. *Request for an Examination of the Situation ...*, *informes de la C.I.J.* 1995, págs. 288 y 305 (párr. 59).

"Es norma establecida del derecho internacional que un Estado lesionado tiene derecho a obtener indemnización del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, por los daños causados por éste. En el presente fallo, la Corte ha llegado a la conclusión de que ambas partes cometieron hechos internacionalmente ilícitos, y ha observado que esos hechos dieron origen a los daños sufridos por las partes; en consecuencia, tanto Hungría como Eslovaquia tienen la obligación de pagar indemnización y ambas tienen derecho a obtener indemnización. Eslovaquia tiene, pues, derecho a percibir indemnización por los daños sufridos tanto por Checoslovaquia como por sí misma como resultado de la decisión de Hungría de suspender y posteriormente abandonar las obras en Nagymaros y Dunakiliti, ya que esos actos causaron el aplazamiento de la puesta en marcha de la central de Gabčíkovo, así como cambios en su modalidad de funcionamiento una vez puesta en servicio. Hungría tiene derecho a percibir indemnización por el daño sufrido como resultado de la desviación del Danubio, ya que Checoslovaquia, al poner en funcionamiento la variante C, y Eslovaquia, al mantenerla en servicio, privaron a Hungría de la parte que legítimamente le correspondía en los recursos hídricos comunes, y explotaron esos recursos esencialmente en beneficio propio.

Sin embargo, dado el hecho de que ambas partes han cometido actos ilícitos cruzados, la Corte desea hacer notar que la cuestión de la indemnización podría resolverse satisfactoriamente en el marco de una solución global si cada una de las partes renunciara a todas las demandas y contrademandas financieras o las cancelara²⁹⁸."

En ambos casos se infiere que la Corte no consideró que la cuestión de la indemnización (a diferencia de una vuelta a de la legalidad o de la cesación de la conducta presuntamente ilícita) era lo esencial del asunto. Pero en el *caso Gabčíkovo-Nagymaros*, en particular, reafirmó el derecho establecido de reparación, incluida la indemnización, en las controversias entre Estados. Por otra parte, no debe darse demasiada importancia a la falta de otorgamiento de indemnización por la Corte. En algunos casos, los Estados han preferido resolver las demandas pagando la indemnización por daños (con cláusula de "sin perjuicio") en lugar de que la causa se falle sobre el fondo²⁹⁹, o incluso sobre la base de la jurisdicción³⁰⁰. En otros casos, las partes han tratado de llegar a un arreglo de las controversias después de dictado un laudo o un fallo sobre la base del

²⁹⁸ *Informes de la C.I.J.* 1997, págs. 7 y 81 (párrs. 152 y 153). Véanse también las páginas 169 y 170 (Magistrado Oda).

²⁹⁹ Como en el caso *Certain Phosphate Lands in Nauru*, *informes de la C.I.J.* 1992, pág. 240, y de la orden de desistimiento dictada por la Corte tras el pago, *informes de la C.I.J.* 1993, pág. 322; *caso relativo al paso a través del Great Belt*, *informes de la C.I.J.* 1992, pág. 348 (orden de desistimiento después del pago).

³⁰⁰ Como en el *caso del incidente aéreo de 3 de julio de 1988*, *informes de la C.I.J.* 1996, pág. 9 (orden de desistimiento tras el pago).

principio de responsabilidad, o bien la causa se ha suspendido por otras razones³⁰¹. Varios casos pendientes entrañan, o incluyen, demandas de reparación, así como numerosas contrademandas de reparación³⁰².

156. Además de la Corte Internacional de Justicia, otras jurisdicciones establecidas tratan problemas vinculados a la reparación, incluso cuestiones de indemnización.

- El Tribunal de Reclamaciones irano-estadounidense ha acumulado una jurisprudencia considerable sobre los problemas de determinación de los daños y de valoración de los bienes expropiados. Hay una cantidad considerable de casos pendientes de demandas por reparación entabladas entre Estados³⁰³.
- Los tribunales de derechos humanos y otros órganos, en particular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han establecido cierta cantidad de jurisprudencia con respecto a lo que el artículo 41 (anteriormente 50) del Convenio Europeo de Derechos Humanos denomina "justa satisfacción"³⁰⁴. Hasta el momento, el monto de las indemnizaciones o los daños

³⁰¹ El *Caso relativo a actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de ésta* fue retirado después de que Nicaragua presentó alegaciones escritas sobre indemnización: *informes de la C.I.J.* 1991, pág. 47 (orden de desistimiento).

³⁰² Se ha declarado admisible la presentación de contrademandas en los casos siguientes: *Caso relativo a la aplicación de la Convención sobre la prevención y el castigo del crimen de genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia) Contrademandas, informes de la C.I.J.* 1997, pág. 243; *Caso relativo a las plataformas de petróleo (República Islámica del Irán c. los Estados Unidos de América), Contrademandas, informes de la C.I.J.* 1998, pág. 190; *Caso relativo a la delimitación terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria)*, Orden de 30 de junio de 1999.

³⁰³ Hay estudios de la jurisprudencia del Tribunal sobre valoración e indemnización, por ejemplo, en G. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), caps. 5, 6 y 12; C. N. Brower & J. D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (Nijhoff, La Haya, 1998), caps. 14 a 18; M. Pellonpää, "Compensable Claims Before the Tribunal: Expropriation Claims", en R. B. Lillich & D. B. MacGraw (eds.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility* (Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson, 1998) págs. 185 a 266; D. P. Stewart, "Compensation and Valuation Issues", *ibíd.*, págs. 325 a 385.

³⁰⁴ El artículo 41 (renumerado por el Protocolo N° 11 de 1994) estipula que:

"Si la Corte determina que ha habido una violación del Convenio o de sus protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante de que se trata sólo permite que se otorgue reparación parcial, la Corte otorgará, en caso necesario, justa satisfacción a la parte lesionada."

En la práctica de la Corte, la "satisfacción" ha incluido elementos tanto de indemnización como de satisfacción en el sentido del proyecto de artículos.

otorgados o recomendados por esos órganos ha sido en general modesto, aunque la práctica está cambiando³⁰⁵.

- Los tribunales del CIADI establecidos en virtud del Convenio de Washington de 1965 tienen competencia para otorgar indemnización por daños y perjuicios u otros tipos de reparación en las controversias sobre inversiones que se plantean entre los Estados Partes y los nacionales de otros Estados. Algunos de esos litigios suponen recurrir directamente al derecho internacional³⁰⁶.
- El Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar otorgó una cuantiosa indemnización por daños y perjuicios en varias categorías, además de intereses, en el primer caso que juzgó en base al fondo³⁰⁷.
- La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas es un órgano no judicial establecido por el Consejo de Seguridad para ocuparse de las solicitudes de indemnización presentadas contra el Iraq y vinculadas "directamente" con su invasión de Kuwait en 1990³⁰⁸. El mandato de la Comisión consiste en decidir acerca de la responsabilidad del Iraq "en virtud del derecho internacional"³⁰⁹, y la Comisión ha establecido directrices para el otorgamiento de indemnización que están sujetas a la aprobación del Consejo de Administración (compuesto de los miembros del Consejo de

³⁰⁵ Véase el útil análisis de D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Clarendon Press, 1999), caps. 8 y 9. Véase además *infra*, párr. 157.

³⁰⁶ Véase, por ejemplo, *Asian Agricultural Products Ltd. c. la República de Sri Lanka* (1990) Informes del CIADI, vol. 4, pág. 245.

³⁰⁷ *Asunto del M. V. Saiga (Nº 2)*, fallo de 1º de julio de 1999, párrs. 170 a 177; reproducido en *I. L. M.*, vol. 38, pág. 1323 (1999).

³⁰⁸ Véase *supra*, párrafo 28. Además de las obras allí citadas, véase S. Boelaert-Suominen, "Iraqi War Reparations and the Laws of War: a Discussion of the Current Work of the United Nations Compensation Commission with Specific Reference to Environmental Damage During Warfare", *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 50, 1996, págs. 225 a 316; G. Christenson, "State Responsibility and the UN Compensation Commission: Compensating Victims of Crimes of State", en R. Lillich (ed.), *The United Nations Compensation Commission* (Irvington, Transnational Publishers, Nueva York, 1995), págs. 311 a 364; A. Gattini, "La riparazione dei danni di guerra causati dall'Iraq", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 76, 1993, págs. 1000 a 1046; B. Graefrath, "Iraqi Reparations and the Security Council", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 55, 1995, págs. 1 a 68; C. Romano, "Woe to the Vanquished? A Comparison of the Reparation Process after World War I (1914-1918) and the Gulf War (1990-1991)", *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2, 1997, págs. 61 a 190.

³⁰⁹ Resolución 687 del Consejo de Seguridad, de 3 de abril de 1991, párr. 16.

Seguridad). Esas directrices se han aplicado en la tramitación de un gran número de solicitudes³¹⁰.

157. Cuando se crea un tribunal u otro órgano con competencia para conocer las reclamaciones por responsabilidad del Estado y otorgar una indemnización, se plantea la cuestión de si las decisiones que pronuncie forman parte de un "régimen especial" de reparación, equivalente a una *lex specialis*. Es indudable que, en mayor o menor grado, la labor de los órganos mencionados anteriormente (así como en lo que se refiere al Mecanismo de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio, que se centra firmemente en la cesación y no en la reparación³¹¹) incluye elementos de *lex specialis*. En principio, los Estados son libres de

³¹⁰ Las directrices y decisiones de la Comisión se encuentran en <http://www.unog.ch/uncc/decision.htm>. Las siguientes decisiones tienen especial interés a los efectos de las cuestiones que se examinan:

Decisión 3: S/AC.26/1991/3; 23 de octubre de 1991: Lesiones personales y sufrimientos morales.

Decisión 7: S/AC.26/1991/7/ Rev. 1; 17 de marzo de 1992: Criterios aplicables a categorías adicionales de reclamaciones.

Decisión 8: S/AC.26/1992/8; 27 de enero de 1992: Determinación de los límites máximos de la indemnización por sufrimientos morales.

Decisión 9: S/AC.26/1992/9; 6 de marzo de 1992: Propuestas y conclusiones sobre la indemnización de las pérdidas comerciales: tipos de daños y su evaluación.

Decisión 11: S/AC.26/1992/11; 26 de junio de 1992: Derecho a indemnización de los miembros de las Fuerzas Armadas de la Coalición Aliada.

Decisión 13: S/AC.26/1992/13; 25 de septiembre de 1992: Otras medidas para evitar el resarcimiento múltiple de los reclamantes.

Decisión 15: S/AC.26/1992/15; 4 de enero de 1993: Indemnización de las pérdidas comerciales resultantes de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait por el Iraq cuando concurrieron como causa el embargo comercial y medidas conexas.

Decisión 16: S/AC.26/1992/16; 4 de enero de 1993: Adjudicación de intereses.

Decisión 19: S/AC.26/Dec.19 (1994); 24 de marzo de 1994: Gastos militares.

Decisión 40: S/AC.26/Dec.40 (1996); 18 de diciembre de 1996: Decisión relativa a la reclamación por el control del estallido de los pozos de petróleo.

³¹¹ Acuerdo constitutivo de la Organización Mundial del Comercio, de 15 de abril de 1994, anexo 2, Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, especialmente el párrafo 7 del artículo 13, que sólo prevé la compensación "en el caso de que no sea factible suprimir inmediatamente las medidas incompatibles con el acuerdo abarcado y como solución provisional hasta su supresión". A los efectos de la OMC la

establecer mecanismos para la solución de diferencias que se centren únicamente en algunos aspectos de las consecuencias de la responsabilidad, descartando o dejando de lado efectivamente otros aspectos. Pero existe una presunción en contra de la creación de regímenes totalmente autónomos en el campo de la reparación, y lo cierto es que cada uno de los órganos mencionados en el párrafo anterior se ha visto influido en mayor o menor grado por la norma de reparación estipulada en el derecho internacional general. Por lo demás, la práctica en este campo es notablemente dinámica, aunque resulte significativo que se siga todavía invocando el principio de la *Fábrica Chorzów*, así como la labor de la Comisión. Por ejemplo, la decisión principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la cuestión de la reparación dice, entre otras cosas, lo siguiente:

"La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restituto in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral. En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad... [el párrafo 1 del artículo 63 de la Convención Americana] [no] hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquélla no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencia del derecho nacional, sino con independencia del mismo. Esto implica que la Corte, para fijar la indemnización correspondiente, debe fundarse en la Convención Americana y en los principios de derecho internacional aplicable a la materia."³¹²

Análogamente, en el caso *Papamichaelopoulos*, la Corte Europea de Derechos Humanos hizo observar que:

"La ilegalidad de tal disposición afecta inevitablemente a los criterios que han de utilizarse para determinar la reparación debida por el Estado demandado, ya que las consecuencias pecuniarias de una expropiación legal no pueden asimilarse a las de una privación ilegal de la propiedad. A este respecto, la jurisprudencia internacional de tribunales judiciales o arbitrales sirve de preciosa fuente de inspiración para la Corte; aunque esa jurisprudencia se refiere más especialmente a la expropiación de empresas industriales y comerciales, los principios determinados en ese campo son válidos para

"compensación" se refiere al comportamiento futuro y no al pasado... véase *ibíd.*, art. 22. En lo que respecta a la distinción entre cesación y reparación a los efectos de la OMC, véase, por ejemplo *Australia - Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles*, informe del Grupo Especial, 21 de enero de 2000, WT/DS126/RW, párr. 6.49.

³¹² Caso *Velásquez Rodríguez*, I.A.C.H.R. Ser. C N° 7 (1989), párrs. 26 y 27 y 30 y 31.

situaciones tales como la que se plantea en el presente caso."³¹³ [traducción de la Secretaría].

158. Así pues, la posibilidad de que las decisiones que adopten tribunales internacionales especiales sobre la indemnización entrañen elementos de *lex specialis* no es razón para que la Comisión se desdiga del principio de la plena indemnización enunciado en el artículo 44. Por otra parte, es motivo para dudar en elaborar de manera más detallada el contenido de ese principio, ya que se aplica, y es probable que siga aplicándose, de diferentes modos por diferentes órganos y en diferentes contextos. Y hay otras dos razones para obrar con prudencia:

- En primer lugar, gran parte de la controversia sobre la cuantificación de los daños se suscita en relación con bienes expropiados, en cuyo caso (salvo en circunstancias especiales, como el propio *asunto de la Fábrica Chorzów* o *Papamichaelopoulos*), la cuestión de que se trata es el contenido de la obligación primaria de compensación. En relación con el presente proyecto de artículos, no incumbe a la Comisión la función de elaborar la distinción sustantiva entre apropiaciones legales e ilegales ni especificar el contenido de ninguna obligación primaria³¹⁴.

³¹³ *Papamichaelopoulos c. Grecia* (art. 50), E.C.H.R. Ser. A N° 330-B.(1995) párr. 36. La Corte citó seguidamente el fallo pronunciado en el caso de la *Fábrica Chorzów*: *ibíd.* Por lo que se refiere en general a la elaboración de normas de compensación en la esfera de los derechos humanos, véase Shelton (1999); A. Randelzhofer & C. Tomuschat (editores), *State Responsibility and the Individual, Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights* (Nijhoff, La Haya, 1999); R. Pisillo Mazzeschi, "La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione Europea", *La Comunità Internazionale*, vol. 53 (1998), pág. 215.

³¹⁴ En lo que respecta a la expropiación y el valor de bienes generadores de renta, véase, por ejemplo, G. M. Erasmus, *Compensation for Expropriation: A comparative Study* (Reese & UK National Committee of Comparative Law, Oxford, 1990); P. M. Norton, "A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation", *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, págs. 474 a 505; E. Penrose, G. Joffe & G. Stevens, "Nationalisation of Foreign-Owned Property for a Public Purpose: An Economic Perspective on Appropriate Compensation", *Modern Law Review*, vol. 55, 1992, págs. 351 a 367; W. C. Lieblich, "Determinations by International Tribunals of the Economic Value of Expropriated Enterprises", *Journal of International Arbitration*, vol. 7, 1990, págs. 37 a 67; W. C. Lieblich, "Determining the Economic Value of Expropriated Income-Producing Property International Arbitrations", *Journal of International Arbitration*, vol. 8, 1991, págs. 59 a 80; P. Friedland & E. Wong, "Measuring Damages for the Deprivation of Income-Producing Assets: ICSID Case Studies", *ICSID Review*, vol. 6, 1991, págs. 400 a 430; S. K. Seyed Khalil, "The Place of Discounted Cash Flow in International Commercial Arbitrations: Awards by Iran-United States Claims Tribunal", *Journal of International Arbitration*, vol. 8, 1991, págs. 31 a 50; C. Chatterjee, "The Use of the Discounted Cash Flow Method in the Assessment of Compensation", *Journal of International Arbitration*, vol. 10, 1993, págs. 19 a 24; H. Dagan, *Unjust Enrichment* (Cambridge, CUP, 1997) cap. 6.

- En segundo lugar, ahora que la Comisión ha decidido ocuparse de la protección diplomática como tema separado (aunque incluido en el campo general de la responsabilidad), es más apropiado tratar como parte de ese tema las cuestiones de cuantificación que se susciten en el contexto de daños causados a súbditos extranjeros.

159. Pese a estas consideraciones, cabe alegar que, si hay normas claras y más detalladas en relación con la evaluación de la indemnización que puedan enunciarse -bien como pura codificación o como desarrollo progresivo-, deben en tal caso enunciarse. La dificultad consiste en que no está muy claro que haya tales normas, separadas de los principios generales enunciados en los artículos 42 y 44³¹⁵. Las decisiones reflejan la amplia diversidad de situaciones de hecho, la influencia de determinadas obligaciones primarias³¹⁶, evaluaciones del comportamiento respectivo de las partes (tanto en lo que respecta a la gravedad de la infracción como a su conducta posterior) y, de manera más general, la preocupación por llegar a un resultado equitativo y aceptable. Como observa Aldrich, "cuando [los magistrados internacionales] pronuncian un fallo complejo, como el relativo al importe de la indemnización debida por la expropiación de derechos... se tomarán en cuenta inevitablemente consideraciones de equidad, se reconozca o no"³¹⁷ [traducción de la Secretaría]. La experiencia, en éste y otros contextos, muestra que, si bien cabe dar ejemplos de la aplicación de consideraciones de equidad y de proporcionalidad en derecho internacional, lo más probable es que fracasen los intentos de especificarlas con detalle.

160. Por estas razones, el Relator Especial conviene con la decisión adoptada por la Comisión en 1992 de formular el artículo 44 en términos generales y flexibles. Cabe enunciar algunas limitaciones concretas al principio de la plena indemnización -en particular la norma contra la doble indemnización y, tal vez, la norma *non ultra petita*-, aunque tales limitaciones se refieren más a la invocación de la responsabilidad que a la determinación de su cuantía a nivel de los principios. Se examinarán, en consecuencia, más adelante, así como la cuestión de la atenuación de la responsabilidad³¹⁸.

c) Limitaciones a la indemnización

161. Una cuestión que debe examinarse, sin embargo, es la de la limitación de la indemnización. Los sistemas jurídicos tratan en general de no crear responsabilidades por un importe indeterminado respecto de una categoría indeterminada, y el contexto especial de las relaciones entre Estados agrava aún más esas preocupaciones. No hay equivalentes *generales* en derecho internacional a la limitación de acciones o la limitación de responsabilidad que se utilizan en el derecho nacional a tal efecto. El Estado no es una sociedad de responsabilidad

³¹⁵ Como llegó también a la conclusión el Sr. Arangio-Ruiz: *Segundo informe* (1989), párr. 28.

³¹⁶ Cuestión destacada en especial por Brownlie: *State Responsibility, Parte I* (Oxford, Clarendon Press, 1983), págs. 223 a 227.

³¹⁷ Aldrich (1996), pág. 242. La cita se refiere a la cuestión de la evaluación de la indemnización por "el derecho a extraer y vender productos de petróleo", pero tiene aplicación más general.

³¹⁸ Párrafos 215 a 222 *infra*.

limitada y no hay un mecanismo oficial para ocuparse de las cuestiones de insolvencia estatal. Dada la capacidad de los Estados para injerirse en la vida de los pueblos y en las relaciones económicas, así como el crecimiento de un derecho internacional sustantivo que afecta a ambos, existe indudablemente la posibilidad de una responsabilidad indeterminada, aun cuando no se haya planteado por lo general en la práctica³¹⁹.

162. La cuestión de limitar reclamaciones de indemnización invalidantes ha sido ya examinada en el contexto del anterior párrafo 3 del artículo 42, que dispone que la indemnización no debe dar por resultado privar a una población de sus medios de subsistencia³²⁰. Por las razones dadas, tal disposición es innecesaria en la medida en que se refiere a la restitución y satisfacción, pero merece examinarse en el contexto de la indemnización, ya que las normas relativas al carácter directo o la proximidad del daño no excluyen que puedan otorgarse cantidades muy elevadas como indemnización en algunos casos.

163. Una firme respuesta a estas preocupaciones es que son exageradas, que la indemnización sólo debe pagarse cuando se ha sufrido efectivamente una pérdida como resultado (directo, próximo, no demasiado remoto) del hecho internacionalmente ilícito de un Estado, y que en esos casos no hay justificación para exigir que la víctima o víctimas soporten la pérdida. Además, si los Estados desean establecer una limitación de los regímenes de responsabilidad en campos determinados de actividades ultrapeligrosas (por ejemplo, contaminación por petróleo, accidentes nucleares), siempre pueden hacerlo. En particular, el resultado sistemático de procedimientos ordenados de reclamaciones (ya se trate de acuerdos sobre un tanto alzado o de comisiones o tribunales mixtos de reclamaciones) ha sido una considerable reducción general de la indemnización que debe pagarse en relación con los importes reclamados³²¹. Según esta opinión, no hay razones para incluir una disposición general sobre la materia.

164. El Relator Especial se siente inclinado a convenir en ello. Sin embargo, es la Comisión la que debe decidir si ha de insertarse en el artículo 44 el párrafo 3 del artículo 42 o una disposición análoga para ocuparse de los casos de responsabilidades catastróficas e imprevistas. En cualquier supuesto, la cuestión de la atenuación de la responsabilidad y de la atenuación de los daños en relación con el comportamiento del Estado lesionado deben incluirse en el proyecto y se examinan más adelante³²².

³¹⁹ Véase, por ejemplo, el asunto Chernobyl que, sin embargo, no suscitó en la práctica ninguna reclamación de responsabilidad; véase J. Woodliffe, "Chernobyl: Four Years On", *International & Comparative Law Quarterly*, 39 (1990) 461, págs. 466 a 468.

³²⁰ Véase *supra*, párrafos 38 a 42.

³²¹ Véase *supra*, párrafo 41, nota 77. Cabe observar resultados análogos con los anteriores tribunales mixtos.

³²² Véase *infra*, párrafos 195 a 214.

d) Conclusión

165. Por estas razones, el Relator Especial propone que el artículo 44 diga lo siguiente:

"Compensación

El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar todo daño económicamente valorable causado por ese hecho, si el daño no ha sido reparado mediante restitución."

En comparación con la versión adoptada en primera lectura, se han introducido algunos cambios de estilo, fundamentalmente de carácter accesorio. En primer lugar, acorde con otros artículos de la presente Parte, el artículo 44 se enuncia como obligación del Estado responsable. La invocación de esa responsabilidad por el Estado o Estados lesionados se tratará en la Parte II *bis*. Evidentemente, cada Estado sólo tendría derecho a invocar la obligación de pagar una indemnización en la medida en que haya sufrido daños o que reclame debidamente los daños sufridos por sus nacionales³²³. En segundo lugar, se han condensado los dos párrafos del anterior artículo 44 en uno solo, que abarca todo daño económicamente valorable. No es necesario mencionar el lucro cesante como epígrafe separado de daño, dado en especial que cualquier mención de esta índole tendrá inevitablemente que cualificarse (suscitando el efecto "descodificador" de que algunos gobiernos se quejaron en el texto anterior³²⁴). La indemnización por el lucro cesante puede otorgarse en algunas circunstancias y no en otras, pero tratar de especificar estas últimas contradeciría la estrategia subyacente del artículo 44 en cuanto declaración general de principio. En el comentario pueden tratarse los diferentes epígrafes de daño resarcible (incluido el lucro cesante) de manera más sustancial. La cuestión del interés se tratará en un artículo separado³²⁵.

166. Será la Comisión la que decida si se necesita una formulación más detallada del principio de la indemnización en el texto del artículo 44, en cuyo caso, se harán propuestas en una nueva adición del presente informe. Sin embargo, el Relator Especial preferiría que se tratara más detalladamente en el comentario el conjunto de normas y principios reconocidos internacionalmente sobre la valoración de los daños. Entre otras cosas, será posible hacer esto con la flexibilidad necesaria.

³²³ La medida en que un Estado puede reclamar en nombre de personas o empresas lesionadas por el hecho internacionalmente ilícito de un Estado se tratará con más detalle en el tema de la protección diplomática.

³²⁴ Véase *supra*, párrafos 149 y 152.

³²⁵ Véase *infra*, párrafos 195 a 214.

4. Satisfacción

a) Actual artículo 45

167. El artículo 45 dispone:

"Satisfacción

1. El Estados lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito una satisfacción por el daño, en particular el daño moral, causado por ese hecho, si ello es necesario para que la reparación sea íntegra y en la medida en que sea necesario.

2. La satisfacción podrá darse en una o varias de las siguientes formas:

a) Disculpas;

b) Daños y perjuicios simbólicos;

c) En caso de vulneración manifiesta de los derechos del Estado lesionado, indemnización de daños y perjuicios correspondiente a la gravedad de esa vulneración;

d) En caso de que el hecho internacionalmente ilícito sea consecuencia de falta grave de funcionarios públicos o de comportamiento delictivo, medidas disciplinarias contra los responsables o castigo de éstos.

3. El derecho del Estado lesionado a obtener satisfacción no justifica demandas que menoscaben la dignidad del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito."

168. Según el comentario, la satisfacción tiene por objeto cubrir "sólo el daño no material del Estado", denominado también "lesión moral"³²⁶. Antiguamente algunos tratadistas se habían referido a esta cuestión en términos de "honor" o "dignidad"; esos términos tienen ahora un sentido más bien arcaico, aun cuando la palabra "dignidad" sigue figurando en el párrafo 3 del artículo 45. El párrafo 1, en cuanto se refiere a la "satisfacción por el daño, en particular el daño moral, causado por ese hecho", designa "cualquier daño no material sufrido por un Estado como resultado de un hecho internacionalmente ilícito". Éste es el contenido de la satisfacción³²⁷.

169. El comentario señala que la satisfacción es un recurso "bastante excepcional", del que no se dispone en todo caso. Esto se refleja en la oración "si ello es necesario para que la reparación sea íntegra y en la medida en que sea necesario"³²⁸. El párrafo 2 contiene una lista de medidas

³²⁶ Comentario al párrafo 4) del artículo 45, cuyo texto figura en *Anuario...*, 1993, vol. II (segunda parte), págs. 82 a 88.

³²⁷ *Ibíd.*, párr. 5).

³²⁸ *Ibíd.*, párr. 6).

que constituyen satisfacción. Así, las disculpas, que abarcan "las manifestaciones de pesar, las excusas, el saludo a la bandera, etc... ocupan un lugar destacado en la jurisprudencia internacional"; aun cuando algunas de esas formas (como el saludo a la bandera) "parecen haber desaparecido en la práctica reciente", los pedidos de que se presenten disculpas han aumentado tanto en su frecuencia como en su importancia³²⁹. Otra forma que el párrafo 2 no menciona es "el reconocimiento por un tribunal internacional de la ilegalidad de la conducta del Estado ofensor"³³⁰.

170. La indemnización por los daños "proporcionada a la gravedad de la violación" es "de carácter excepcional... y se concede a la parte lesionada, además de la compensación por la pérdida sufrida, cuando el hecho ilícito va acompañado de circunstancias agravantes de violencia, opresión, dolo, fraude o malicia por parte del ofensor"³³¹. Así, en el *asunto del Rainbow Warrior*, el Secretario General de las Naciones Unidas decidió que Francia debía pedir disculpas oficiales por esa violación y pagar a Nueva Zelandia la suma de 7 millones de dólares de los EE.UU.; esta suma era muy superior al valor de la pérdida material sufrida y su imposición se hizo claramente a título de satisfacción³³². Nada en el comentario sugiere que este modo de satisfacción se limite a los "crímenes internacionales" definidos en el antiguo artículo 19. Aun en relación con los "delitos", la satisfacción cumple una función que, independientemente de que sea o no "retributiva" refleja la gravedad del asunto y del daño causado, y en este sentido constituye un aspecto de la reparación integral³³³.

171. El castigo de los funcionarios responsables es frecuentemente exigido y concedido pero "una amplia aplicación de esta forma de satisfacción podría dar lugar a una injerencia indebida en los asuntos internos de los Estados. Por eso [la Comisión] ha limitado el campo de aplicación del inciso d) al comportamiento delictivo de funcionarios públicos o de particulares y a la falta grave de funcionarios públicos"³³⁴.

172. En términos más generales, y a la luz de abusos observados en el pasado, es necesario imponer alguna limitación a las medidas que pueden exigirse a título de satisfacción y que son incompatibles con el principio de la igualdad de los Estados³³⁵. De esto trata el párrafo 3³³⁶.

³²⁹ *Ibíd.*, párr. 9).

³³⁰ *Ibíd.*, párr. 10).

³³¹ *Ibíd.*, párr. 12).

³³² *Ibíd.*, párr. 13).

³³³ *Ibíd.*, párrs. 21) a 24).

³³⁴ *Ibíd.*, párr. 15) (el subrayado es del original).

³³⁵ El comentario no proporciona ningún ejemplo de esos abusos, pero en su segundo informe el Sr. Arangio-Ruiz señala los dos siguientes: la nota conjunta presentada al Gobierno chino tras la rebelión de los boxers, y la exigencia hecha a Grecia por la Conferencia de Embajadores en el

173. Ninguno de los gobiernos que han formulado comentarios sobre el artículo 45 pone en duda que este artículo se justifique y sea necesario; todos comparten la opinión de que la satisfacción es una forma importante y reconocida de reparación en el derecho internacional³³⁷. No obstante, los tres párrafos que componen esta disposición han sido objeto de muchas observaciones tanto de fondo como de forma. En lo que respecta al párrafo 1, la principal preocupación guarda relación con el concepto de daño moral. El Japón observa que las palabras "en particular el daño moral" son muy poco claras y deberían suprimirse³³⁸. Por el contrario, tanto Alemania como los Estados Unidos están de acuerdo en que la reparación por el daño moral es una cuestión bien establecida en la práctica de los Estados. Pero ambos Gobiernos consideran que el "daño moral equivale al sufrimiento mental y la angustia sufridos y su reparación consistirá normalmente en una indemnización pecuniaria"; por consiguiente, la disposición sobre el daño moral debería, a su juicio, trasladarse al artículo 44³³⁹.

174. En lo que respecta al párrafo 2, la primera cuestión planteada por los gobiernos guarda relación con el concepto de "daños punitivos", a que hace alusión el inciso c) del párrafo 2. Varios gobiernos argumentan que la función punitiva de la reparación no encuentra apoyo en la práctica de los Estados ni en la jurisprudencia internacional y proponen que se suprima la disposición que figura a este respecto en el artículo 45³⁴⁰. En cambio, la República Checa considera conveniente que la Comisión vuelva "a examinar el problema de la indemnización punitiva en los casos de crimen"³⁴¹. Habida cuenta del carácter *sui generis* de la responsabilidad internacional, la República Checa considera que el hecho de que la noción de indemnización punitiva no exista en algunos ordenamientos jurídicos nacionales no es un problema insoluble. Además del hecho de que se ha otorgado indemnización punitiva en algunos asuntos de carácter

asunto Tellini, de 1923; segundo informe (1989), párr. 124. En ambos ejemplos se trataba de exigencias colectivas.

³³⁶ Comentario al artículo 45, párr. 25).

³³⁷ Mongolia considera "sumamente importante" las disposiciones del artículo 45 (A/CN.4/488, pág. 116).

³³⁸ A/CN.4/492, pág. 15 (véase también A/CN.4/504, pág. 20, párr. 72, en que se sugiere que el término "daño moral" debe definirse).

³³⁹ A/CN.4/488, pág. 116. El Gobierno de Alemania establece una distinción entre el daño moral sufrido por los nacionales del Estado y el daño sufrido directamente por los Estados: aunque "menos evidente", esta última situación podría justificar ante también la indemnización pecuniaria (como forma de satisfacción por un ataque a la dignidad del Estado" (*ibíd.*, pág. 110).

³⁴⁰ Alemania (*ibíd.*), Austria (que pide a la Comisión que estudie más a fondo esta cuestión habida cuenta de que este concepto existe en algunos ordenamientos jurídicos nacionales; *ibíd.*, pág. 117), los Estados Unidos (*ibíd.*, pág.117), el Japón (A/CN.4/492, pág.15). Suiza sugiere que se suprima el inciso c) del párrafo 2 por otra razón, esto es, porque trata de la cuestión de la indemnización, cubierta ya por el artículo 44 (A/CN.4/ 488, pág. 119).

³⁴¹ A/CN.4/488, pág. 118.

internacional, "por lo general no resulta fácil distinguir entre una indemnización punitiva propiamente dicha, es decir, una indemnización que excede la mera reparación, y una indemnización "generosa" destinada a compensar un perjuicio moral tasado a un precio elevado"³⁴². Además, "la introducción del concepto de indemnización punitiva en el proyecto de artículos permitiría dotar al régimen de responsabilidades derivadas de los "crímenes" de una función disuasoria sumamente útil"³⁴³.

175. Los Estados han formulado también observaciones sobre otras disposiciones del párrafo 2 del artículo 45. Por ejemplo, se ha sugerido que las nuevas formas de "reparación constructiva" reconocidas en el *asunto del Rainbow Warrior* podrían incluirse en ese párrafo³⁴⁴. Francia propone algunas otras modificaciones³⁴⁵. En su opinión, se podría agregar un inciso "que haga referencia al reconocimiento por un tribunal de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito"; ese texto podría ser el siguiente:

"una declaración de la ilicitud del hecho por un órgano internacional competente e independiente de las partes."

Francia considera también que en el inciso a), antes de la palabra "disculpas" se podrían añadir las palabras "excusas y"³⁴⁶ y que las palabras "medidas disciplinarias contra los responsables o castigo de éstos", que figuran en el inciso d), deberían sustituirse por las palabras "medidas disciplinarias o acción penal contra los responsables". En lo que respecta al último inciso, las opiniones están más bien divididas; si bien se ha observado que esa disposición "se refiere a un problema interno relativo a medidas disciplinarias contra funcionarios, que no deberían figurar en el proyecto de artículos"³⁴⁷, Austria opina que esa disposición debería reflejar mejor la práctica reciente de los Estados y, en particular, el número cada vez mayor de "instrumentos multilaterales en los que se hace hincapié en la obligación de los Estados de enjuiciar o extraditar a los autores de los hechos ilícitos definidos en esos instrumentos"³⁴⁸.

176. Por último, los Estados Unidos proponen que se suprima el párrafo 3 en razón de que el término "dignidad" (que puede ser muy difícil de definir como principio jurídico) no está

³⁴² *Ibíd.*, pág. 118 (el Gobierno checo duda de que en el derecho internacional contemporáneo los asuntos del *Cartago* y el *Lusitania* sean pertinentes; véase también A/CN.4/504, pág. 20, párr. 72).

³⁴³ A/CN.4/488, pág. 118.

³⁴⁴ A/CN.4/504, pág. 20, párr. 72.

³⁴⁵ A/CN.4/488, pág. 118.

³⁴⁶ Uzbekistán propone un añadido semejante así como la inclusión de la oración "honoros especiales para el Estado lesionado" (*ibíd.*, pág. 119).

³⁴⁷ A/CN.4/504, pág. 20, párr. 72.

³⁴⁸ A/CN.4/488, pág. 117.

definido y, en consecuencia, los Estados que traten de eludir cualquier tipo de satisfacción podrían recurrir abusivamente a esa disposición"³⁴⁹.

177. Por consiguiente, el artículo 45 parece plantear tres cuestiones, que corresponden a sus tres párrafos: en primer término, el carácter general de la satisfacción y su relación con el "daño moral"; en segundo término, el carácter exhaustivo o no de las formas de satisfacción enumeradas en el párrafo 2, así como ciertos problemas relativos al contenido de la lista y, en tercer término, la cuestión de si el párrafo 3 es necesario y cuál debe ser su formulación.

b) El carácter de la satisfacción como forma de reparación

178. No cabe duda de que la satisfacción por un daño no material ocasionado por un Estado a otro está reconocida en el derecho internacional. Por ejemplo, el laudo dictado en el *asunto del Rainbow Warrior* subrayó esta cuestión:

"Es una práctica de larga data de los Estados y las cortes y tribunales internacionales de recurrir a la satisfacción como un remedio o forma de reparación (en un sentido amplio) por la violación de una obligación internacional. En particular, esta práctica guarda relación con los casos de daño moral o jurídico ocasionado directamente al Estado, especialmente en oposición a los casos de daño a las personas en los que ha lugar a responsabilidades internacionales. El profesor Arangio-Ruiz ha hecho un importante y amplio examen de esta cuestión en su segundo informe (1989)... Muestra que existe un amplio fundamento tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y la práctica de los Estados para considerar la satisfacción como "el remedio específico del daño causado a la dignidad, el honor o el prestigio del Estado" (párr. 106). En este sentido, la satisfacción puede revestir -y ha revestido- diversas formas. Arangio-Ruiz menciona las disculpas, el castigo de las personas responsables, las garantías contra la repetición, el pago de una indemnización simbólica o nominal o de una indemnización en un sentido más amplio y la decisión de un tribunal internacional que declare ilícita la conducta del Estado... Es a la última de estas formas de satisfacción por un ilícito internacional que el Tribunal va a referirse. Las Partes en el presente caso están de acuerdo en que, en principio, podría hacerse una declaración de que ha habido violación, aun cuando Francia haya negado haber violado sus obligaciones y Nueva Zelandia haya pedido tanto esa declaración como una orden de reposición. No cabe duda de que esta facultad existe y de que se considera como una sanción importante."³⁵⁰

179. Según el comentario al artículo 45, la satisfacción "no se define sólo por el tipo de daño para el que funciona como un remedio jurídico, sino también por las formas características que reviste..."³⁵¹. Esto es ciertamente verdad, pero sigue habiendo un problema en la medida en que el párrafo 1 no define la satisfacción: utiliza la palabra "satisfacción" y después hace referencia

³⁴⁹ *Ibid.*, pág. 120; véase también A/CN.4/504, pág. 20, párr. 72.

³⁵⁰ Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX (1990), pág. 217, párrs. 272 y 273 (párrs. 122 y 123).

³⁵¹ Comentario al artículo 45, párr. 9).

en general a "el daño, en particular el daño moral" sufrido por el Estado lesionado. Esto plantea varios problemas.

180. El primero se refiere al término "daño moral", que algunos Estados consideran más bien incluido en el ámbito de la indemnización, especialmente cuando los afectados son personas³⁵². En el esquema original del Sr. Arangio-Ruiz, el daño moral sufrido por las personas quedaba cubierto por el proyecto de artículo 8, en tanto que el daño moral sufrido por el Estado quedaba cubierto por el artículo 10 sobre la satisfacción³⁵³. Pese a que no fue rechazada por la Comisión, esta distinción fue omitida al aprobarse los artículos.

181. En lo que concierne a las personas, se entiende generalmente que el término "daño moral" (que no todos los ordenamientos jurídicos conocen) abarca el daño no material, como el dolor y el sufrimiento, la pérdida de los seres queridos, o la injerencia en la vida privada y la violación del domicilio. Se trata de formas claras de perjuicio a las personas (si el ordenamiento jurídico de que se trata reconoce la ilicitud del hecho que las ha causado) que pueden ser indemnizadas en términos pecuniarios, aun cuando su evaluación será siempre una cuestión convencional y muy aproximativa. En cambio, el concepto de "daño moral" referido a los Estados es menos claro. Existen, sin duda, casos de perjuicio *per se* a los Estados sin que haya un perjuicio material efectivo, por ejemplo, una breve violación de su integridad territorial por una aeronave o un buque perteneciente a otro Estado. Pero, lo que esencialmente se entiende por "daño moral", en cuanto se refiere a los Estados, es en realidad lo que podría calificarse de lesión jurídica no material, la lesión inherente a la violación de una obligación, independientemente de sus consecuencias materiales para el Estado de que se trate. A fin de evitar toda confusión con el término daño moral a las personas se sugiere suprimir del artículo 45 la expresión "daño moral" y utilizar en cambio la de "perjuicio no material" ("*préjudice immatériel*")³⁵⁴. En este entendimiento, una definición más detallada de la satisfacción no parecería necesaria.

c) Formas específicas de satisfacción

182. En lo que respecta a las formas específicas de satisfacción enunciadas en el párrafo 2, la primera observación que cabe es la de que el comentario se contradice sobre la cuestión de si la lista de las formas de satisfacción es o no exhaustiva. Según el párrafo 9, la lista no es exhaustiva pero, según el párrafo 16 "la frase inicial del párrafo 2 le da un carácter exhaustivo a la enumeración de las formas de satisfacción, que pueden combinarse"³⁵⁵. Esta afirmación tiene

³⁵² Véase *supra*, párr. 173.

³⁵³ Véase en particular la variante B del artículo 8, que se refería a "cualquier daño económicamente valorable... incluido cualquier daño moral sufrido por los nacionales de ese Estado", segundo informe (1989), pág. 56, párr. 191.

³⁵⁴ Se recomienda el uso de esta expresión en el sentido de C. Dominicé, "De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État", en *L'Ordre Juridique International entre Tradition et Innovation. Recueil d'Études* (PUF, París, 1997) pág. 349, párr. 354.

³⁵⁵ Al presentar el artículo 45, el Presidente del Comité de Redacción expresó también la opinión de que el párrafo 2 "contenía una lista exhaustiva de las formas de satisfacción"; *Anuario...*, 1992, vol. I, pág. 234, párr. 57.

consecuencias dado que la forma más importante de satisfacción en la práctica judicial moderna, la declaración, se ha omitido de la lista. En realidad, el texto inicial del párrafo 2 utiliza la palabra "podrá", que parece entrañar una lista no exhaustiva. En opinión del actual Relator Especial, esta lista no debería ciertamente ser exhaustiva. La forma apropiada de satisfacción dependerá de las circunstancias y no se puede prever de antemano³⁵⁶.

Declaraciones

183. Si la lista del párrafo 2 fuera exhaustiva, es evidente que tendría que hacer referencia a una declaración por una corte o tribunal. En efecto, esta referencia se hacía en la versión del artículo 45 propuesto inicialmente por el Sr. Arangio-Ruiz³⁵⁷ y Francia hace ahora una propuesta semejante³⁵⁸. Ambas propuestas se basan en un pasaje clásico del fallo de la Corte Internacional sobre el *asunto del Estrecho de Corfú (fondo)*, en que la Corte, tras declarar ilícita la operación de desminado (operación Retail) efectuada por la Marina Británica tras la explosión, dijo lo siguiente:

"para asegurar la observancia del derecho internacional, del cual es un órgano, la Corte debe declarar que los actos de la Marina Británica han violado la soberanía de Albania. Esta declaración se formula de conformidad con la demanda hecha en nombre de Albania por su consejero y constituye de por sí una satisfacción apropiada."³⁵⁹

³⁵⁶ En el arbitraje del *Rainbow Warrior* el Tribunal, aunque rechazó la demanda de Nueva Zelanda de restitución o cesación y no otorgó indemnización, hizo varias declaraciones a título de satisfacción y formuló también una recomendación "para ayudar a [las partes] a poner término a este lamentable asunto". En particular, recomendó que Francia hiciera una contribución por un valor de 2 millones de dólares de los Estados Unidos a un fondo que habría de establecerse con el fin de "promover relaciones estrechas de amistad entre los ciudadanos de ambos países". Véase Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX (1990), págs. 217 a 274, párrs. 126 y 127. Además, desde luego, de que era una decisión *ultra petita*, necesariamente debía tomar la forma de una recomendación, puesto que sólo podría aplicarse por un acuerdo. Véase también L. Migliorino, "Sur la déclaration d'illicéité comme forme de satisfaction: à propos de la sentence arbitrale de 30 avril 1990 dans l'affaire du Rainbow Warrior", *Revue générale de droit international public*, vol. 96, 1992, pág. 61.

³⁵⁷ La propuesta original contenía el siguiente párrafo:

"3. La declaración de la ilicitud del hecho por un tribunal internacional competente podrá constituir de por sí una modalidad de satisfacción apropiada."

Segundo Informe (1989), pág. 58, párr. 191.

³⁵⁸ Véase *supra*, párr. 175.

³⁵⁹ *C.I.J. Reports* 1949, pág. 4, párr. 35, que se repite en la parte dispositiva, pág. 36. Éste es el único punto en que hubo unanimidad en la Corte.

184. Esta posición ha sido mantenida en muchos casos posteriores, incluido el arbitraje del *asunto Rainbow Warrior*³⁶⁰ hasta el punto de que puede decirse que la declaración reparativa ha pasado a ser la forma normal de satisfacción y, ciertamente, la primera en el caso del daño no material sufrido por un Estado³⁶¹. Al afirmar que es la primera, el Relator Especial no quiere decir que es fundamental o que excluye modalidades más estrictas de satisfacción en el caso de que éstas se justifiquen. Sin embargo, la declaración reparativa es la primera desde dos puntos de vista: a) porque en ciertos casos puede constituir una forma suficiente de satisfacción (como en el ejemplo de la operación Retail en el *asunto del Estrecho de Corfú*); b) porque aun cuando no sea suficiente, es la base necesaria para otras formas de satisfacción que puedan requerirse en determinados casos. La posibilidad del recurso general a la declaración reparativa como forma de satisfacción, unida, en su caso, a disculpas o excusas, debería reconocerse en el proyecto de artículos, que podría establecer una distinción útil entre esa y otras formas más específicas de reparación que se enumeran actualmente en el párrafo 2.

185. Sin embargo, esto plantea una dificultad, la de que el proyecto de artículos está referido a las relaciones jurídicas de los Estados, en particular del Estado responsable, y no a las potestades o competencias de los tribunales. En cierto modo, un Estado no puede hacer u ofrecer hacer una declaración con respecto a sí mismo; esto sólo puede ser hecho por un tercero competente. La afirmación hecha por el Estado lesionado de que se ha violado una obligación internacional constituye una reclamación; hecha por el Estado responsable, es un reconocimiento. El proyecto de artículos debería especificar lo que el Estado responsable debería hacer tras un hecho internacionalmente ilícito (esto es, sus obligaciones secundarias); de no hacerlo, un tribunal competente estaría entonces facultado para ordenarlo por vía de reparación. Por consiguiente, el artículo 45 debería, en primer término, establecer como una forma de satisfacción el reconocimiento de la violación y, cuando corresponda, las disculpas o excusas.

Daños y perjuicios simbólicos, ejemplares y punitivos

186. En lo que respecta a lo que podría calificarse de "segundo nivel" de las formas de satisfacción, por las razones antes señaladas su enumeración no debería ser exhaustiva. Existen muchas otras posibilidades en especial, por ejemplo, una investigación cabal de las causas del accidente que ha causado daños o perjuicios, un fondo fiduciario para administrar el pago de indemnizaciones a los beneficiarios, etc. Pero las dos categorías que se mencionan en el artículo 45, los daños y perjuicios y las medidas disciplinarias o la acción penal, merecen un comentario.

187. Desde luego, normalmente la indemnización es pagadera por concepto del perjuicio o el daño sufridos y queda comprendida en el artículo 44. El párrafo 2 del artículo 45 menciona ahora dos otros tipos de indemnización, esto es, la indemnización simbólica y la

³⁶⁰ Véase *supra*, párr. 178.

³⁶¹ En lo que respecta al carácter fundamental de la declaración reparativa por un perjuicio no material, véase, por ejemplo, C. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), págs. 17 y 18 (tribunales arbitrales), 96 a 107 (Corte Internacional), 127 a 131 (Tribunal de Justicia Europeo), 155 y 156 (tribunales de derechos humanos).

"correspondiente a la gravedad" de la vulneración. Los problemas que se plantean en cada caso son muy diferentes.

188. La indemnización simbólica por daños se otorga en algunos ordenamientos a fin de indicar la existencia de una violación de la que no se ha podido probar que haya ocasionado algún perjuicio a la parte lesionada. No obstante, ha habido violación y la indemnización simbólica muestra precisamente eso, que se trata de un gesto simbólico y no de una indemnización. En los ordenamientos jurídicos que prevén la condena al pago de las costas tras el fallo la indemnización por daños simbólicos puede dar lugar a ese pago, pero en la práctica internacional arbitral y judicial esto no sucede, porque casi siempre cada parte soporta las costas y, en todo caso, ello no depende de que se haya otorgado una indemnización equivalente a un dólar de los Estados Unidos (€ 1.0734). Cabe señalar también que en ciertos casos el otorgamiento de una indemnización simbólica se ha considerado como un elemento *negativo* contra el demandante, que muestra que la demanda no tenía fundamentos y era de carácter meramente técnico³⁶². Aunque en ciertas ocasiones tribunales internacionales han otorgado una indemnización simbólica por daños, ésta es rara en la práctica reciente³⁶³. El actual Relator Especial tiene dudas sobre la utilidad de la indemnización simbólica por daños y perjuicios como una forma de satisfacción en el derecho internacional contemporáneo; en particular, no está claro qué finalidad podría cumplir que no se cumpla mediante una declaración reparativa apropiada. En el supuesto de que el párrafo adicional propuesto fuera de carácter inclusivo, duda que sea necesario mencionar expresamente la indemnización nominal por daños y perjuicios.

³⁶² Véase D. M. Walker, *The Oxford Companion to Law* (Oxford, Clarendon Press, 1980) pág. 883. Indemnizaciones de 500 dólares por 24 horas de detención o de 100 dólares por la breve inmovilización de un buque, no constituyen indemnización simbólica en este sentido, especialmente si se tiene en cuenta el valor de la moneda a esa época. Véanse, respectivamente, el asunto *Moke*, decisión de 16 de agosto de 1871, Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, pág. 3411; el asunto *Arends, Naciones Unidas, Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, pág. 729, párrs. 729 y 730 (1956), citado por Arangio-Ruiz en el segundo informe (1989), pág. 36, párr. 115.

³⁶³ Véase Gray (1987), págs. 28 y 29 y referencias. No parece haber habido ningún caso de indemnización simbólica por daños otorgada por un tribunal internacional en casos entre Estados desde que el Tribunal otorgó a Francia 1 franco francés de indemnización en el asunto *Lighthouses Arbitration: Naciones Unidas, Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, pág. 155, párr. 216 (1956). Han otorgado indemnización simbólica por daños un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en el asunto *AGIP Spa v. Government of the Popular Republic of the Congo* (1979), 1 CIADI Reports 306, pág. 329 (3 francos franceses por el lucro cesante, lo que parece una contradicción en los términos), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Engel* (art. 50) ECHR Ser. A, vol. 22, pág. 69 (1976) (indemnización nominal de 100 florines). En ambos casos se otorgaron indemnizaciones sustanciales por otros conceptos. En otros casos los tribunales han considerado que el otorgamiento de sumas simbólicas nada podría añadir a la declaración sobre la existencia de una violación: asunto *Carthage, Naciones Unidas, Reports of International Arbitral Awards*, vol. XI, pág. 449, párrs. 460 y 461 (1913) y asunto *Manoube, Naciones Unidas, Reports of International Arbitral Awards*, vol. XI, pág. 463, párr. 475 (1913).

189. El otorgamiento de indemnización sustancial por daños y perjuicios a título de satisfacción, aun a falta de prueba de los daños materiales, es una cuestión totalmente diferente y es fácil imaginar circunstancias en que ello pueda ser procedente³⁶⁴. Por "indemnización por daños y perjuicios sustanciales" se entiende la indemnización que no sea meramente simbólica, aun cuando no sea muy importante. El inciso c) del párrafo 2 del artículo 45 establece que "en caso de vulneración manifiesta de los derechos del Estado lesionado, [la] indemnización de daños y perjuicios correspondiente a la gravedad de la vulneración". Al parecer, esta disposición no prevé sino el pago de una suma simbólica a título de satisfacción en los casos que no entrañen una vulneración manifiesta; dicho de otro modo, a título de satisfacción se puede otorgar una suma insignificante, o una suma muy cuantiosa, pero no una suma intermedia. Que esta limitación sea apropiada dependerá, al menos en parte, de que el inciso c) del párrafo 2 trate efectivamente de la indemnización punitiva propiamente tal, o de que su objeto sea lo que los ordenamientos jurídicos nacionales consideran como indemnización "agravada" o "ejemplar".

190. El segundo informe del Sr. Arangio-Ruiz era claro al respecto. El artículo 10 que había propuesto hacía referencia a la "indemnización punitiva o nominal", aun cuando el propio Relator Especial hace más bien referencia a la "indemnización retributiva"³⁶⁵. En opinión del actual Relator Especial, si se desea que haya una indemnización punitiva propiamente tal, ésta debería llamarse así y sólo debería ser procedente, todo lo más, en raros casos de violaciones manifiestas y graves. La redacción del inciso c) quizás sea equívoca a este respecto, pero la intención es clara. Según el Presidente del Comité de Redacción, este inciso se proponía tratar...

"de lo que el *common law* denomina "exemplary damages" (indemnización de daños y perjuicios de carácter ejemplar), en otros términos, se trata de un grado superior de indemnización de daños y perjuicios otorgada a la parte lesionada además del equivalente de la pérdida real cuando al perjuicio que se le ha causado se suman circunstancias agravantes: violencia, opresión, malicia, fraude, actos malintencionados de la parte culpable. Este tipo de reparación tiene como finalidad "servir de escarmiento". El Comité de Redacción no ha conservado la expresión "exemplary damages" porque no parece tener equivalente en otros idiomas, pero ha decidido utilizar el contenido del concepto que ella designa... La fórmula "en caso de vulneración manifiesta" tiende a expresar esa idea, colocando alto el nivel por encima del cual ese tipo de satisfacción resulta posible."³⁶⁶

De manera implícita pero clara el Comité (cuyo criterio la Comisión hizo suyo) rechazó el concepto de indemnización punitiva a los fines del artículo 45³⁶⁷. A este respecto, el actual

³⁶⁴ Ese tipo de indemnización se otorgó al Canadá en el asunto del *I'm Alone, Naciones Unidas, Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, pág. 1609 (1935) y a Nueva Zelandia en la decisión del Secretario General en el asunto del *Rainbow Warrior, Naciones Unidas, Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX, pág. 224 (1986).

³⁶⁵ Segundo informe (1989), pág. 58 (párr. 191). Véanse también los párrafos 40 y 41.

³⁶⁶ *Anuario...*, 1992, pág. 221 (párr. 57).

³⁶⁷ La posibilidad de que haya indemnización punitiva no es tampoco una de las consecuencias especiales de los "crímenes internacionales" en el capítulo VI de la segunda parte, como lo ha

Relator Especial está plenamente de acuerdo con la posición adoptada en 1992. No existe ninguna base y muy poca justificación para el otorgamiento de indemnizaciones punitivas propiamente tales en el ámbito de la responsabilidad de los Estados a falta de un régimen especial que lo permita³⁶⁸. El que se pueda o deba establecer ese régimen es una cuestión que deberá abordarse al examinar los artículos 19 y 51 a 53.

191. Por consiguiente, de lo que se trata es de saber si la indemnización debe pagarse a título de satisfacción por el daño no pecuniario a los Estados en casos que no entrañen una "vulneración manifiesta". En el pasado ha habido ciertamente casos de indemnización otorgada judicialmente y de arreglos negociados, en que se han pagado sumas modestas pero no simbólicas por los perjuicios no pecuniarios, y el Relator Especial considera que no hay ninguna razón para excluir *a priori* esos casos. Por consiguiente, propone que se suprima la expresión "en caso de vulneración manifiesta", que figura en el actual inciso c).

Medidas disciplinarias o de otra índole contra personas

192. Las medidas disciplinarias o penales son otras formas de satisfacción que se mencionan en el párrafo 2 y que pueden ser pertinentes en algunos casos especiales. Aunque al aprobar este párrafo el Comité de Redacción opinó que esos casos serían "raros"³⁶⁹, en la práctica ellos se han producido. Sin embargo, no siempre es claro si el enjuiciamiento penal tiene el carácter de satisfacción o si es un aspecto del cumplimiento de una obligación primaria. La inclusión de esta categoría en los casos graves está en armonía con el concepto de satisfacción, pero el Relator Especial está de acuerdo con la sugerencia hecha por el Gobierno de Francia de que la expresión "medidas disciplinarias o penales" es preferible a la expresión "medidas disciplinarias... o castigo". En razón de la separación de poderes, el poder ejecutivo de un Estado sólo puede en realidad asumir el compromiso de someter el asunto al conocimiento de sus órganos de enjuiciamiento a los fines de la investigación y el enjuiciamiento; desde luego que no puede garantizar el castigo de personas que todavía no han sido condenadas por ningún delito.

d) Limitaciones de la satisfacción: párrafo 3 del artículo 45

193. Un gobierno propuso que se suprimiera el párrafo 3³⁷⁰, entre otras cosas, porque el concepto de "dignidad" es demasiado vago como fundamento de una restricción jurídica. Esta objeción es en cierto modo correcta desde el punto de vista terminológico pero, como en el

subrayado el actual Relator Especial (Crawford, primer informe (A/CN.490/Add.1, 1998), párr. 51).

³⁶⁸ Véanse los casos mencionados en el primer informe (1998), párr. 63. Véanse también S. Wittich, "Awe of the Gods and Fear of the Priests: Punitive Damages in the Law of State Responsibility", *Austrian Review of International and European Law*, vol. 3, 1998, pág. 31; N. Jorgensen, "A Reappraisal of Punitive Damages in International Law", *British Yearbook of International Law*, vol. 68, 1997, pág. 247.

³⁶⁹ *Anuario...*, 1992, pág. 221, párr. 59.

³⁷⁰ Véase *supra*, párr. 176.

pasado se han hecho muchas demandas abusivas bajo el pretexto de la satisfacción³⁷¹, parece justificarse una cierta limitación. Se propone que las demandas hechas a título de satisfacción se limiten a las medidas "proporcionadas al daño de que se trate", y que, además, esas demandas no revistan una forma humillante para el Estado afectado.

e) Conclusión sobre el artículo 45

194. Por estas razones, el Relator Especial propone la siguiente versión del artículo 45:

"Satisfacción

1. El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito estará obligado a ofrecer una satisfacción por todo perjuicio no material ocasionado por ese hecho.

2. En primer término, deberá darse satisfacción en la forma de un reconocimiento de la violación, acompañado, en su caso, de una manifestación de pesar o disculpas oficiales.

3. Además, cuando las circunstancias lo requieran, podrá darse satisfacción en cualquier otra forma apropiada que asegure una reparación íntegra, en particular, entre otras:

[a] indemnización simbólica por daños y perjuicios;]

b) indemnización por daños y perjuicios correspondiente a la gravedad del perjuicio;

c) cuando la violación sea consecuencia de una falta grave cometida por funcionarios públicos o del comportamiento criminal de cualesquiera personas, medidas disciplinarias o penales contra los responsables.

4. La satisfacción deberá ser proporcionada al perjuicio ocasionado y su forma no deberá ser humillante para el Estado responsable."

5. Intereses

a) La cuestión de los intereses en el proyecto de artículos

195. El párrafo 2 del artículo 44 trata fugazmente de los intereses. Sólo dice que "la indemnización [...] podrá incluir los intereses [...]". El comentario a ese párrafo es algo más explícito y refleja el tratamiento, más sustancial, que dio a la cuestión el Sr. Arangio Ruiz en su segundo informe³⁷². En él, apoyaba la existencia de una norma general de derecho a los

³⁷¹ Véase, por ejemplo, *supra*, párr. 172, nota 124. Estas demandas abusivas empleaban precisamente el término poco satisfactorio y subjetivo de la "dignidad" del Estado lesionado.

³⁷² Segundo informe (1989), págs. 23 a 31 (párrs. 77 a 105).

intereses, que abarcaba el período comprendido entre el nacimiento de la reclamación y el pago efectivo, y no se limitaba a las reclamaciones de una suma de dinero. Además, en su opinión, "se deben otorgar intereses compuestos siempre que se demuestre que son indispensables para lograr el resarcimiento completo del daño sufrido por el Estado perjudicado"³⁷³. En cambio, el artículo 9 que proponía sobre los intereses no contenía una norma general de derecho a intereses simples (en oposición a los compuestos), y se limitaba a especificar el período que abarcaban los intereses devengados "por la ganancia dejada de obtener... de una cantidad de dinero"³⁷⁴. Ello suponía que el pago de intereses se limitaba a las sumas de dinero y quizá incluso a las reclamaciones de lucro cesante (aunque podía tratarse sólo de un problema de expresión). Sin embargo, si el principio fundamental es que un Estado lesionado tiene derecho a intereses en la medida necesaria para lograr el pleno resarcimiento, no se comprende cómo pueden justificarse *a priori* esas limitaciones.

196. En el debate en primera lectura se señaló la discrepancia entre los argumentos a favor de los intereses presentados en el informe y el propuesto artículo 9, y se expresó también preocupación en cuanto a la admisibilidad de un tratamiento detallado de esas cuestiones³⁷⁵. El Comité de Redacción suprimió el artículo porque "sería sumamente difícil elaborar, sobre tales cuestiones, normas precisas que pudieran obtener un amplio apoyo". En su opinión, era suficiente "establecer un principio general y enunciarlo de manera bastante flexible, dejando al

³⁷³ *Ibíd.*, pág. 31 (párr. 105).

³⁷⁴ *Ibíd.*, pág. 58. El artículo propuesto decía:

"1. En el caso de que la indemnización debida por la ganancia dejada de obtener consista en los intereses de una cantidad de dinero, estos intereses se devengarán:

a) Desde el primer día en que no se hayan tenido en cuenta, a efectos de la indemnización, para el cálculo de la cantidad otorgada como principal;

b) Hasta el día del pago efectivo.

2. Se otorgarán intereses compuestos siempre que sean necesarios para una indemnización completa, y el tipo de interés será el más adecuado para conseguir ese resultado."

³⁷⁵ *Anuario...*, 1990, vol. I, págs. 152, 155, 158, 161, 169 y 170, 172, 175, 178, 180, 181, 186, 187, 190, 191 y 192, 193, 196 y 202. A juzgar por el debate, la Comisión hubiera estado dispuesta a aceptar una propuesta centrada en la existencia de un derecho *general* a los intereses, en la medida necesaria para garantizar el resarcimiento completo, pero le preocupaba que el propuesto artículo 9 tratara "solamente de un problema secundario", sobre el cual había prácticas discrepantes: *ibíd.*, pág. 158 (párr. 10) (Sr. Tomuschat); cf. *ibíd.*, pág. 161 (párr. 10) (Sr. Ogiso: "normas demasiado detalladas sobre cuestiones como el tipo de interés o el interés compuesto, respecto de las cuales el derecho internacional no es claro").

arbitrio del juez o del tercer participante en la solución del litigio la determinación en cada caso de si deben pagarse intereses..."³⁷⁶.

197. El párrafo 2 del artículo 44 está redactado, sin duda, en términos "bastante flexibles"; la dificultad es que no enuncia "principio general" de ninguna clase, sino que se refiere simplemente a una posibilidad. Según el comentario, su redacción tenía por objeto dejar en claro "que no hay derecho automático al pago de los intereses y tampoco presunción alguna en favor del Estado lesionado"³⁷⁷, aunque señala que la práctica de los Estados "parece apoyar el otorgamiento de intereses además del importe principal de la indemnización"³⁷⁸. Evidentemente, el Comité de Redacción trató de hacer una distinción, mediante la redacción del párrafo 2), entre el otorgamiento de intereses y el resarcimiento del lucro cesante. Como este último sólo es posible "cuando proceda", parece que los intereses deberían atribuirse de forma más general³⁷⁹. Sin embargo, esa conclusión no es segura ni convincente; todo lo que el artículo dice es que la indemnización "podrá" incluir los intereses. Sin embargo, el comentario es más firme al decir que "la determinación del *dies a quo* y del *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"³⁸⁰.

198. Como se señala en el párrafo 152 *supra*, algunos gobiernos apoyaron ese tratamiento algo reticente de la cuestión de los intereses en el párrafo 2 del artículo 44; otros fueron mucho más críticos, señalando que el artículo tendía a desestabilizar el principio de que debían concederse intereses cuando fueran necesarios para indemnizar a una parte lesionada por perjuicios derivados de un hecho internacionalmente ilícito. En este contexto, hay que señalar que ni el Relator Especial ni ningún miembro de la Comisión puso en duda ese principio en primera lectura; de hecho, casi todos los que hablaron al respecto lo apoyaron expresamente.

³⁷⁶ *Anuario...*, 1992, vol. I, pág. 223 (párr. 48).

³⁷⁷ Comentario al artículo 44, párr. 24).

³⁷⁸ *Ibid.*, párr. 25).

³⁷⁹ *Anuario...*, 1992, vol. I, pág. 233 (párr. 49) (Sr. Yankov, Presidente del Comité de Redacción).

³⁸⁰ Comentario al artículo 44, párr. 26).

b) **Función de los intereses en relación con el resarcimiento**³⁸¹

199. Teniendo en cuenta los comentarios hechos por los gobiernos y otras críticas al proyecto de artículos, se plantean dos cuestiones. La primera es la verdadera función de la concesión de intereses como aspecto de la reparación de un hecho internacionalmente ilícito. La segunda es si es conveniente incluir una disposición relativa a los intereses en el proyecto de artículos.

¿Un principio general?

200. En cuanto a la primera cuestión, el segundo informe del Sr. Arangio Ruiz contiene un estudio útil de los precedentes y la doctrina. La existencia de una norma, al menos general, favorable al otorgamiento de intereses cuando sean necesarios para lograr el resarcimiento completo es apoyada también por la jurisprudencia más reciente.

201. Hay que señalar que la primera (en realidad la única) ocasión en que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional fijó realmente la indemnización debida por un hecho internacionalmente ilícito incluyó los intereses. En el *asunto relativo al Wimbledon*, el Tribunal concedió unos intereses simples del 6% a partir de la fecha de la sentencia, basándose al parecer en que sólo eran exigibles "a partir del momento en que se haya fijado la suma debida y se haya determinado la obligación de pagar"³⁸². Aunque la indemnización se fijó en relación con los costos reales de la desviación del buque francés, se trataba de una reclamación de derecho público basada en la violación de un tratado³⁸³. En el *Asunto del Estrecho de Corfú (determinación de la cuantía de las reparaciones)*³⁸⁴, otra reclamación entre Estados, la cuestión de los intereses no se planteó.

³⁸¹ Sobre los intereses en el derecho internacional general, véase, por ejemplo, I. Brownlie, *State Responsibility Part I* (Oxford, Clarendon Press, 1983), págs. 227 a 229; J. Barker, "The Valuation of Income Producing Property in International Law" (Universidad de Cambridge, tesis doctoral, 1998), cap. 7 y bibliografía que cita. Sobre la experiencia en el derecho internacional comparado y en el privado, véase, por ejemplo, M. Hunter y V. Triebel, "Awarding Interest in International Arbitration" (1989) *Journal of International Arbitration*, vol. 6, pág. 7; J. Y. Gotanda, "Awarding Interest in International Arbitration" (1996) *AJIL*, vol. 90, pág. 40; J. Y. Gotanda, *Supplemental Damages in Private International Law* (Kluwer, La Haya, 1998), caps. 2 y 3.

³⁸² *C.P.I.J.*, serie A. N° 1 (1923), pág. 32. El Tribunal estimó fundada la demanda francesa de un tipo de interés del 6%, dadas "las condiciones financieras actuales en el mundo y... las admitidas en los empréstitos públicos".

³⁸³ El Tribunal Permanente estimó también los intereses en el asunto de la *Fábrica Chorzów (Fondo)* *C.P.I.J.*, serie A N° 17 (1928), pág. 17 ("una suma equivalente a un interés del 5% anual desde la fecha del embargo hasta la del pago"). De hecho, no fijó la cuantía porque la indemnización fue convenida ulteriormente entre las partes.

³⁸⁴ *Rec. C.I.J.*, 1949, pág. 244.

202. La cuestión se ha planteado con frecuencia ante otros tribunales, tanto en casos en que la controversia subyacente suponía un perjuicio para personas privadas como en el de reclamaciones entre Estados propiamente dichas³⁸⁵. A este respecto, merece señalarse la experiencia del Tribunal de Controversias entre el Irán y los Estados Unidos de América³⁸⁶. En *République Islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique (Affaire A-19)*, el Tribunal plenario estimó que su competencia general para conocer de las controversias incluía la facultad de otorgar intereses, pero rehusó establecer normas uniformes al respecto, basándose en que ello sería de la competencia de cada sala y correspondería al "ejercicio de las facultades discrecionales que se les dieran para decidir en cada caso particular"³⁸⁷. Sobre la cuestión de principio, el Tribunal dijo:

"Las demandas de intereses son parte de la indemnización solicitada y no constituyen una acción distinta que requiera una decisión judicial independiente. De conformidad con el artículo V de la Declaración sobre la solución de las controversias, el presente Tribunal debe decidir las controversias "sobre la base del respecto al derecho". Al hacerlo, ha tratado normalmente los intereses, cuando se solicitaban como parte integrante de la "controversia" que estaba obligado a decidir. El Tribunal observa que todas las salas han otorgado regularmente intereses como "indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la demora en el pago" [...]. De hecho, es habitual que los tribunales arbitrales concedan intereses como parte de una decisión sobre daños y perjuicios, a pesar de la ausencia de toda referencia expresa a los intereses en el *compromis*. Dado que la facultad de otorgar intereses es parte intrínseca de las facultades del Tribunal para resolver las controversias, la exclusión de esa facultad sólo podría basarse en una disposición expresa de la Declaración sobre la solución de controversias. Tal disposición no existe. En consecuencia, el Tribunal llega a la conclusión de que forma parte claramente de sus facultades otorgar intereses a título de indemnización del daño sufrido"³⁸⁸.

El Tribunal ha concedido intereses a una tasa distinta y ligeramente inferior en el caso de controversias intergubernamentales³⁸⁹. No los ha concedido en algunos casos, por ejemplo

³⁸⁵ En el primer asunto en que fijó una indemnización, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar otorgó intereses de distintos tipos, según las diferentes categorías de daños: véase el asunto del *M.V. Saiga (núm. 2)*, sentencia de 1º de julio de 1999, párr. 173; reproducida en *I.L.M.* vol. 38, pág. 1323 (1999).

³⁸⁶ Véase G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), págs. 474 a 479; C. N. Brower y J. D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (Nijhoff, La Haya, 1998), cap. 18.

³⁸⁷ (1987) *Iran-Us Claims Tribunal Reports*, vol. 16, pág. 290. Como señala Aldrich (1996), págs. 475 y 476, la práctica de las tres salas no ha sido totalmente uniforme.

³⁸⁸ (1987) *Iran-Us Claims Tribunal Reports*, vol. 16, págs. 289 y 290.

³⁸⁹ Véase Brower y Brueschke (1998) págs. 626 y 627, y sus referencias a los distintos asuntos. El tipo de interés adoptado fue del 10%, en comparación con el 12% para las reclamaciones comerciales.

cuando consideró que una suma global constituía una indemnización completa, o cuando se daban otras circunstancias especiales³⁹⁰.

203. La Decisión N° 16 del Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas trata de la cuestión de los intereses. Dispone así:

- "1. Se abonarán intereses desde la fecha en que se produjo la pérdida hasta la fecha del pago de la indemnización otorgada, a una tasa que sea suficiente para compensar a los reclamantes cuyas solicitudes hayan sido estimadas de la pérdida que se les haya irrogado por no haber podido utilizar el principal de la indemnización otorgada;
2. El Consejo de Administración examinará en su momento los métodos de cálculo y de pago de los intereses;
3. Los intereses se pagarán después del principal de la indemnización otorgada."³⁹¹

También aquí se ve la combinación de una decisión de principio favorable a los intereses cuando sean necesarios para indemnizar a un demandante, y la flexibilidad en la aplicación de ese principio; al propio tiempo, los intereses, aunque sean una forma de indemnización, se consideran como elemento secundario, subordinado al principal de la reclamación.

204. En ocasiones otorgan también intereses, o los prevén al menos, las cortes y tribunales de derechos humanos, aunque en la práctica las indemnizaciones sean en esos órganos relativamente conservadoras y las reclamaciones no tengan casi nunca carácter pecuniario. Se otorgan, por ejemplo, para proteger el valor de las indemnizaciones por daños y perjuicios pagaderas a plazos; es decir, adoptan la forma de intereses de demora³⁹².

205. En su práctica más reciente, las comisiones y tribunales nacionales de indemnización han otorgado generalmente intereses al fijar la cuantía de indemnización. Sin embargo, en algunos casos de soluciones parciales consistentes en la concesión de una suma global, las reclamaciones

³⁹⁰ Véase Aldrich (1996), págs. 476 y 477. Véase también el detallado análisis realizado por la cámara III (Virally, Brower, Ansari) en *McCullough y Co. Inc. v. Ministry of Post, Telegraph & Telephone & others* (1986) *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. 11, págs. 26 a 31.

³⁹¹ S/AC.26/1992/16, "Adjudicación de intereses", 4 de enero de 1993.

³⁹² Véase, por ejemplo, el asunto *Velásquez Rodríguez (Indemnización compensatoria)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Serie C, N° 7 (1989), párr. 57. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos adopta actualmente un enfoque similar: Véase, por ejemplo, *Papamichaelopoulos c. Grèce (Article 50)*, C.E.D.H. serie A, vol. 330-B (1995), párr. 39. En este asunto, los intereses sólo eran exigibles con respecto a la indemnización pecuniaria concedida. Véase también Shelton (1999), págs. 270 a 272.

se limitaron expresamente al principal, sobre la base de que, dada la limitación de los fondos que debían distribuirse, debían darse prelación a las reclamaciones del principal³⁹³.

206. Aunque la tendencia sea claramente hacia una mayor exigibilidad de los intereses como elemento del resarcimiento completo, incluso los partidarios del otorgamiento de intereses admiten que no existe un enfoque uniforme, en el plano internacional, de las cuestiones de la cuantificación y fijación de los intereses que en realidad se otorgan³⁹⁴. Así, según Gotanda:

"En los tribunales internacionales no hay un enfoque uniforme del otorgamiento de intereses. Como consecuencia, su concesión ha variado grandemente. Ha habido escaso acuerdo sobre las circunstancias que justifican el pago de intereses, y las tasas de los intereses otorgados han variado entre el 3 y el 20%."³⁹⁵

La cuestión del interés compuesto

207. Un aspecto de la cuestión de los intereses es la posible concesión de intereses compuestos. Al menos como cuestión de derecho progresivo, el Sr. Arangio Ruiz se mostró favorable al otorgamiento de intereses compuestos "siempre que se demuestre que son indispensables para lograr el resarcimiento completo del daño sufrido por el Estado perjudicado"³⁹⁶. Sin embargo, la Comisión no aceptó su propuesta en ese sentido, y en el comentario se dice sólo que las cuestiones del interés compuesto "se han de resolver caso por caso"³⁹⁷.

208. De hecho, la opinión general de las cortes y tribunales ha sido contraria al otorgamiento de intereses compuestos, lo que es cierto hasta en el caso de los tribunales que consideran que los demandantes tienen derecho normalmente a intereses compensatorios. Por ejemplo, el Tribunal de Controversias entre el Irán y los Estados Unidos de América ha denegado de forma consecuente las demandas de intereses compuestos, incluso en casos en que el demandante sufrió un perjuicio a causa de cargos de intereses compuestos o deudas relacionados con la

³⁹³ Barker (1998), págs. 209, 237 y 238. Véase, por ejemplo, Foreign Compensation (People's Republic of China) Order 1987 (Reino Unido), párr. 10, que da efecto a un acuerdo de solución de 5 de junio de 1987: *U.K.T.S.* N° 37 (1987).

³⁹⁴ Debe señalarse que cierto número de países islámicos, influidos por la *Shari'a*, prohíben el pago de intereses en sus leyes o incluso en su Constitución. Sin embargo, han establecido alternativas para los intereses en el contexto comercial e internacional. Por ejemplo, la Constitución del Irán prohíbe el pago de intereses (Principios 43 y 49), pero el Consejo de Guardianes de la Revolución ha estimado que el precepto no se aplica a "gobiernos, instituciones, sociedades y personas extranjeras que, de conformidad con los principios de su propia fe, no consideran prohibidos [los intereses]...". Véase Gotanda (1998), págs. 39 y 40, y las referencias que cita.

³⁹⁵ Gotanda (1998) 13 (se omiten las referencias).

³⁹⁶ Segundo informe, *Anuario...*, 1989, vol. II (primera parte), pág. 31 (párr. 105).

³⁹⁷ Comentario al artículo 44, párr. 26).

reclamación. En el *asunto J.R. Reynolds Tobacco Co. c. la République Islamique d'Iran*, el Tribunal no encontró...

"razón especial alguna para apartarse de los precedentes internacionales, que normalmente no permiten otorgar intereses compuestos. Como señala un autor: "hay pocas normas en el ámbito de los daños y perjuicios en derecho internacional que estén más asentadas que la norma de que el interés compuesto no es admisible"... Aunque la expresión "todas las sumas" podría interpretarse en el sentido de que incluye los intereses y, en consecuencia, permite el interés compuesto, el Tribunal, por la ambigüedad de la redacción, interpreta esa cláusula a la luz de la norma internacional que acaba de mencionarse, y por consiguiente excluye el interés compuesto"³⁹⁸.

De conformidad con este enfoque, el Tribunal ha interpretado restrictivamente las disposiciones contractuales que parecían permitir el interés compuesto, a fin de impedir que el reclamante obtuviera un beneficio "totalmente desproporcionado con la posible pérdida que podría haber experimentado por no tener las sumas debidas a su disposición"³⁹⁹.

209. La mayoría de los autores siguen apoyando la opinión expresada por el árbitro Huber en el *asunto de la Zona Española de Marruecos*:

"la jurisprudencia arbitral en materia de la indemnización que debe conceder un Estado a otro por daños sufridos por los nacionales de éste en el territorio del otro -jurisprudencia sin embargo especialmente rica- es unánime [...] en desechar el interés compuesto. En esas circunstancias, harían falta argumentos particularmente firmes y de naturaleza muy especial para admitir en el presente asunto ese tipo de intereses..."⁴⁰⁰

Lo mismo es cierto con respecto al interés compuesto en las controversias entre Estados.

210. Sin embargo, varios autores (en especial F. A. Mann) han pedido que volviera a examinarse ese principio, basándose en que "el interés compuesto razonablemente devengado por la parte lesionada debe ser exigible como elemento de la indemnización de daños y

³⁹⁸ (1984) Iran-U.S. C.T.R. 181, vol. 7, págs. 191 y 192, en que se cita a M. Whiteman, *Damages in International Law* (Washington 1943), vol. 3, pág. 1997.

³⁹⁹ *Anaconda-Iran, Inc. c. Gouvernement de la République islamique d'Iran*, 1986, Iran-US C.T.R., vol. 13, pág. 235. Véase también Aldrich (1996), págs. 477 y 478.

⁴⁰⁰ R.S.A., vol. II, pág. 650 (1924), citado por Arangio-Ruiz, *Segundo informe* (1989), párr. 101. El informe cita varios casos ulteriores en que se otorgaron intereses compuestos o, al menos, no se desecharon por principio. Un ejemplo más reciente es el laudo de *Aminoil*, en que los intereses otorgados eran compuestos durante cierto período, sin que se explicara. Ello equivalía al 15% de la suma total definitiva (Barker (1998), pág. 233, n. 119). Véase *Gouvernement du Koweït c. American Independent Oil Co.*, (1982), *I.L.R.*, vol. 66, pág. 613 (Reuter, Sultan, Fitzmaurice).

perjuicios"⁴⁰¹. Esa opinión ha sido apoyada por el Tribunal del CIADI en el reciente *asunto Compañía de Desarrollo de Santa Elena SA c. República de Costa Rica*⁴⁰².

"... aunque se suele otorgar interés simple con más frecuencia que el compuesto, éste, indudablemente, no es desconocido ni se excluye en derecho internacional. No ha surgido una norma jurídica uniforme de la práctica del arbitraje internacional en lo que se refiere a determinar si en un caso concreto resulta adecuado el interés simple o el compuesto. Más bien, la determinación de intereses es una cuestión de criterio, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso de que se trate y, en especial, consideraciones de equidad que deben formar parte del derecho que ha de aplicar este Tribunal.

En particular, cuando el propietario de un bien ha perdido en algún momento anterior el valor de ese activo pero no ha recibido el equivalente monetario que se le debe, la cuantía de la indemnización debe reflejar, al menos en parte, la suma adicional que ese dinero habría devengado si, con los ingresos generados por él, se hubiera reinvertido cada año al tipo de interés vigente en general. La finalidad del interés compuesto no es culpar ni castigar a nadie por la demora en el pago hecho al propietario expropiado, sino que se trata de un mecanismo para garantizar que la indemnización concedida al demandante sea apropiada en las circunstancias del caso.

En el presente asunto, no se justificaría otorgar intereses simples, dado que [...] durante casi 22 años, [el demandante] no ha podido utilizar su propiedad para el desarrollo turístico que proyectaba cuando compró Santa Elena, ni vender esa propiedad. En cambio, el interés compuesto no sería justo dada las circunstancias del caso, ya que [el demandante], aunque soportaba la carga de mantener la propiedad, siguió en posesión de ella y pudo utilizarla y explotarla en medida limitada."⁴⁰³

De hecho, el Tribunal concedió una suma global a título de indemnización de los daños sufridos por la propiedad a causa de las medidas adoptadas 23 años antes. Se concedieron intereses de mora sobre la base de un interés simple al expirar un breve plazo de gracia para el pago.

211. Para resumir, aunque normalmente no se conceden intereses compuestos con arreglo al derecho internacional ni por los tribunales internacionales, puede haber circunstancias especiales que justifiquen cierto elemento de composición en el marco del resarcimiento completo. Sin embargo, hay que ser prudente, ya que la concesión de los intereses compuestos podría

⁴⁰¹ F. A. Mann, "Compound Interest as in Item of Damage in International Law", en *Further Studies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1990), pág. 383. Con su entusiasmo característico, Mann dice que esta propuesta no sólo debería ser derecho inglés, sino ser aceptada siempre que se otorgaran daños y perjuicios y, en consecuencia, debería ser considerada como un principio de derecho general" (*Ibid.*). Véase también Gotanda (1996), pág. 61, que propone un interés compuesto trimestral (también en este caso *de lege ferenda*).

⁴⁰² Asunto CIADI N° ARB/96/1, laudo firme de 1° de febrero de 2000 (Fortier, Lauterpacht, Weil).

⁴⁰³ Laudo no publicado, párrs. 103 a 105.

traducirse en una suma excesiva y desproporcionada, en la que la cuantía de los intereses excedería con mucho del principal otorgado.

Cuestiones de tipos de interés y períodos contables

212. La tercera cuestión se refiere a la forma de calcular los intereses: esto plantea un complejo de problemas relativos a la fecha de iniciación (fecha de la violación, fecha en la que hubiera debido hacerse el pago, fecha de la reclamación o de la demanda), la fecha final (fecha del acuerdo de solución o de la sentencia, fecha del pago efectivo) y la tasa de interés aplicable (tasa vigente en el Estado demandado o en el Estado demandante, tipos de préstamo internacionales). Como ya se ha señalado, en la actualidad no hay uniformidad en la manera de tratar esas cuestiones. En la práctica, las circunstancias de cada caso y el comportamiento de las partes influyen grandemente en el resultado. Aunque el artículo 9 propuesto por el Sr. Arangio-Ruiz tomó la fecha de la violación como fecha inicial para el cálculo del período de intereses, puede haber dificultades para determinar esa fecha, y muchos ordenamientos jurídicos exigen que el demandante solicite el pago para que los intereses comiencen a devengarse⁴⁰⁴. En cualquier caso, el no hacer la oportuna demanda de pago es pertinente para decidir si se concederá o no intereses. En cuanto a los intereses por mora (posteriores a la decisión), en algunos casos se concede un período de gracia para el pago (de unas 6 semanas a 3 meses) antes de que los intereses comiencen a devengarse, y en otros no. Hay mucha sensatez en la observación del Tribunal de Controversias entre el Irán y los Estados Unidos de América de que esas cuestiones, si las partes no pueden resolverlas, deben dejarse al "ejercicio de las facultades discrecionales dadas a [los diferentes tribunales] para decidir cada asunto determinado"⁴⁰⁵. En cambio, el carácter anárquico actual de las decisiones y de la práctica sugiere que puede ser útil establecer una presunción que se aplicaría a menos que las partes convinieran otra cosa o que hubiera consideraciones específicas en sentido opuesto.

c) ¿Una disposición sobre intereses?

213. El Relator Especial está de acuerdo con la crítica de que el párrafo 2 del artículo 44, en su redacción actual, no refleja el derecho internacional vigente en materia de intereses compensatorios. En principio, el Estado lesionado tiene derecho a intereses sobre el principal de la suma que represente su perjuicio, si esa suma se fija en una fecha anterior a la de la solución de controversias, la sentencia o el laudo relativos a la demanda, y en la medida necesaria para un resarcimiento completo⁴⁰⁶. Aunque sea un aspecto de la indemnización, ese derecho se trata en la práctica como un elemento distinto de los daños y perjuicios, y simplemente eso sugiere que debería reflejarse, como artículo separado, en el capítulo II. Ese artículo no debería limitarse (como se limitaba al parecer la propuesta del Sr. Arangio-Ruiz) a las sumas otorgadas con

⁴⁰⁴ La fecha de la solicitud formal se consideró pertinente por el Tribunal Permanente de Arbitraje en el *Affaire de l'Indemnit  russe* (R.S.A., vol. XI pág. 442 (1912)), por analogía con la posición adoptada generalmente en los ordenamientos jurídicos internos europeos.

⁴⁰⁵ (1987), *Iran-US Claims Tribunal Reports*, vol.16, pág. 290; *supra* párr. 202.

⁴⁰⁶ Así, los intereses pueden no concederse cuando el perjuicio se fija en el valor corriente en la fecha de la decisión. Véase el laudo de *Phares*, (1950), *I.L.R.*, vol. 23, pág. 676.

carácter de pérdida de ganancias. En el estado actual de la doctrina, sin embargo, resulta excesivo pretender que existe un derecho al interés compuesto. El comentario debería dejar en claro también que el artículo propuesto trata sólo de los intereses compensatorios. La facultad de una corte o de un tribunal de conceder intereses de demora (posteriores a la decisión) debe considerarse como cuestión de procedimiento y, por consiguiente, quedar fuera del ámbito del proyecto de artículos.

214. En consecuencia, el Relator Especial propone el siguiente artículo 45 bis:

Intereses

1. Los intereses de toda suma principal exigible con arreglo al presente proyecto de artículos serán exigibles también cuando sea necesario para lograr un resarcimiento completo. El tipo de interés y la forma de calcularlo serán los más apropiados para alcanzar ese resultado.

2. A menos que se acuerde o decida otra cosa, los intereses se devengarán desde la fecha en que hubiera debido abonarse la indemnización hasta la fecha en que se cumpla la obligación de abonarla.

6. Atenuación de la responsabilidad

215. Dos problemas se plantean cuando se pasa de la cuestión del alcance de la responsabilidad a la de su atenuación. El primero, que se aborda en el párrafo 2 del artículo 42 según fue aprobado en primera lectura, se refiere al supuesto de que el Estado que invoca la responsabilidad haya contribuido esencialmente a la pérdida sufrida. El segundo se refiere al supuesto de que, aun pudiendo atribuirse la pérdida al Estado responsable, el otro no haya tomado las medidas de las que razonablemente dispusiera para mitigar la pérdida.

a) Culpa concurrente

216. En su versión actual, el párrafo 2 del artículo 42 aborda la culpa concurrente y la atenuación de la responsabilidad⁴⁰⁷. No es correcto incluirlo, igual que el párrafo 1 del mismo artículo, como principio general en el capítulo I. Puesto que es una restricción a la reparación, debería regularse en el capítulo II.

217. En el párrafo 2 del artículo 42 se establece lo siguiente:

"2. En la determinación de la reparación se tendrá en cuenta la negligencia o la acción u omisión dolosa:

a) Del Estado lesionado; o

⁴⁰⁷ La doctrina no ha estudiado mucho el tema. Véanse, no obstante, D. J. Bederman, "Contributory Fault and State Responsibility", *Virginia Journal of International Law*, vol. 30, 1990, págs. 335 a 369, y J. Salmon, "La place de la faute de la victime dans le droit de la responsabilité internationale", en *International Law at the Time of its Codification. Essays in honour of Roberto Ago* (Giuffrè, Milan, 1987) vol. iii, págs. 371 a 397.

b) Del nacional de ese Estado, en nombre del cual se interponga la demanda, que haya contribuido al daño."

218. El actual párrafo 2 del artículo 42 fue propuesto inicialmente por el Sr. Arangio-Ruiz en el contexto específico de la reparación por equivalencia, es decir la indemnización. En una de las variantes por él propuestas se incluía una disposición en virtud de la cual la indemnización se reducía cuando hubiere causas concomitantes, "en particular [cuando el daño sea debido en parte] a la culpa concurrente del Estado lesionado"⁴⁰⁸. El Comité de Redacción rechazó su teoría de las causas concomitantes, pero mantuvo la disposición especial sobre la culpa concurrente porque parecía justo tenerla en cuenta al determinar la forma y el alcance de la reparación⁴⁰⁹.

219. En el comentario al párrafo 2 del artículo 42 se dice que la culpa concurrente es un factor "ampliamente reconocido tanto en la doctrina como en la práctica, como pertinente para la determinación de la reparación"⁴¹⁰. Esto vale especialmente para la indemnización, pero también para otras formas de reparación, y puede incluso determinar la elección de una u otra de esas formas⁴¹¹. Se dice en el comentario que las palabras "la negligencia o la acción u omisión dolosa... que haya contribuido al daño" están inspiradas en el párrafo 1 del artículo VI del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales⁴¹².

220. Los gobiernos que han hecho observaciones específicas sobre el párrafo 2 del artículo 42⁴¹³ no piden expresamente que se suprima pero les preocupa en general su redacción y las nociones en que se funda. Aun reconociendo que los factores que se tienen en cuenta en el párrafo 2 del artículo 42 "no son polémicos en sí", el Reino Unido se pregunta por qué se mencionan expresamente la negligencia o la acción u omisión voluntarias cuando otros elementos, como "[L]a naturaleza de la norma que se ha violado o del interés que ésta tiene por objeto

⁴⁰⁸ Véase Arangio-Ruiz, *Segundo informe* (1989), pág. 58, y, para el debate, *ibíd.*, págs. 15 a 17.

⁴⁰⁹ Véase *Anuario... 1992*, vol. I, pág. 230 (párrs. 20 a 26).

⁴¹⁰ Comentario al artículo 42, párr. 7), donde se remite a la doctrina; véase el texto en *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), págs. 64 y 65.

⁴¹¹ *Ibíd.*

⁴¹² *Ibíd.* El texto del Convenio de 29 de marzo de 1972 puede verse en *United Nations Treaty Series*, vol. 961, págs. 212 y ss. Según el párrafo 1 del artículo VI, el Estado que hubiere hecho el lanzamiento quedará exento de responsabilidad "en la medida en que demuestre que los daños son total o parcialmente resultado de negligencia grave o de un acto u omisión cometido con la intención de causar daños por parte de un Estado demandante o de personas físicas o morales a quienes este último Estado represente". Con independencia incluso de la carga de la prueba, éste es un principio de exoneración más amplio que el del párrafo 2 del artículo 42, a pesar de aplicarse en el contexto de la responsabilidad objetiva por una actividad extremadamente peligrosa.

⁴¹³ El resumen de los comentarios de los gobiernos sobre el artículo 42 puede verse *supra* en el párrafo 22.

salvaguardar" merecen también mención expresa. Puesto que la disposición se aplica a la reparación y no solamente a la indemnización, "preocupa al Gobierno del Reino Unido que con esta referencia a lo que parece ser una doctrina de imprudencia negligente o contribuyente se intente establecer como principio general de la responsabilidad de los Estados una cuestión que es realmente un aspecto de determinadas normas sustantivas del derecho internacional"⁴¹⁴. También los Estados Unidos se preguntan por la finalidad del párrafo 2 del artículo 42. En su opinión, no se sabe si la finalidad del párrafo es aplicar "el principio de la culpa concurrente, lo cual, desde la perspectiva del common law podría llevar a excluir completamente la responsabilidad del infractor, o si se prevé una excepción parcial a la regla de la íntegra reparación"⁴¹⁵. Para los Estados Unidos, la primera finalidad sería inaceptable. En cuanto a la adopción del "principio de culpa relativa", los Estados Unidos consideran que sería introducir en el proyecto de artículos un principio impreciso no establecido en el derecho actual de la responsabilidad de los Estados y que podría servir para que el Estado infractor eludiera la obligación de reparar⁴¹⁶. Al mismo tiempo, los Estados Unidos reconocen las dificultades que se plantean cuando el Estado o el nacional perjudicados son en parte responsables del "alcance" de los daños sufridos⁴¹⁷, y reconocen que el Estado perjudicado "podría estar sujeto a un deber de atenuar sus propios daños, análogo al que se establece en el derecho de las obligaciones"⁴¹⁸. Francia propone que el inciso b) del párrafo 2 se limite al caso de la protección diplomática y comience, por lo tanto, con las palabras "de un nacional del Estado que ejerza la protección diplomática"⁴¹⁹.

221. Puede admitirse que el párrafo 2 del artículo 42 tiene ciertos aspectos de desarrollo progresivo, especialmente en el contexto de las obligaciones entre los Estados (frente a la protección diplomática). Por otra parte, parece razonable que se tenga en cuenta la conducta del Estado perjudicado al determinar la forma y el alcance de la reparación. En la práctica, la conducta del Estado perjudicado se tiene en cuenta de diversas maneras. El Relator Especial propone que el párrafo se mantenga como artículo independiente sobre la atenuación de la responsabilidad. Este título (atenuación) serviría para disipar los temores, manifestados por cierto gobierno, de que la conducta de la víctima llegue a eximir totalmente de responsabilidad al autor del hecho ilícito. El único supuesto en el que eso podría sostenerse sería aquel en que la pérdida no pudiera atribuirse en absoluto a la conducta del Estado responsable y sí íntegramente

⁴¹⁴ A/CN.4/488, pág. 110.

⁴¹⁵ *Ibid.*, pág. 109.

⁴¹⁶ *Ibid.*, pág. 109. Véase también A/CN.4/496, pág. 20, párr. 125, y los comentarios del Japón, según el cual el párrafo 2 del artículo 42 debería indicar claramente que la contribución al daño "no exime automáticamente al Estado que ha cometido un hecho ilícito de su obligación de reparar íntegramente el daño" (A/CN.4/492, pág. 14).

⁴¹⁷ A/CN.4/488, pág. 109 (en cursiva en el original).

⁴¹⁸ *Ibid.*, (nota de pie de página 71).

⁴¹⁹ *Ibid.*, pág. 109.

a la actuación de la "víctima" o un tercero. El supuesto puede darse, pero no lo resuelve la presente disposición sino el requisito general de la intermediación de la causa.

b) Mitigación del daño

222. Cuestión conexa, ya abordada brevemente⁴²⁰, es el supuesto deber del Estado perjudicado de mitigar el daño. Como señala la Corte Internacional de Justicia en el *asunto del proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, no se trata de una obligación autónoma sino de una limitación de la indemnización de daños y perjuicios que, de otro modo, el Estado perjudicado podría reclamar⁴²¹. Aunque guarda relación con el concepto de "culpa concurrente" o "culpa relativa", la mitigación es analíticamente distinta: no es que la parte lesionada haya contribuido al daño, sino que no ha tomado las medidas que razonablemente podía tomar para mitigarlo. Habida cuenta sobre todo de la voluntad de limitar de modo razonable la obligación de reparar⁴²², este principio debería incluirse también en el proyecto de artículo.

7. Resumen de las conclusiones relativas al capítulo II de la segunda parte

223. En virtud de lo que antecede, el capítulo II de la segunda parte debería redactarse como sigue:

Capítulo II. Formas de reparación

Artículo 43

Restitución

El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito tendrá la obligación de restituir, es decir, restablecer la situación que existiera antes de la comisión del hecho ilícito, siempre y en la medida en que ello:

- a) No sea materialmente imposible; ...
- c) No entrañe una carga totalmente desproporcionada en relación con la ventaja que se derivaría para el Estado perjudicado de la obtención de la restitución en lugar de una indemnización.

⁴²⁰ *Supra*, párr. 30.

⁴²¹ *I. C. J. Reports* 1997, pág. 55 (párr. 80), citado *supra* en el párrafo 30.

⁴²² Véase *supra*, párr. 161.

Artículo 44

Indemnización

El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito tendrá la obligación de indemnizar de las resultas económicamente valorables de ese hecho en la medida en que no las repare mediante la restitución.

Artículo 45

Satisfacción

1. El Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito tendrá la obligación de ofrecer una satisfacción por los daños no materiales que el hecho haya causado.
2. En primer lugar, la satisfacción consistirá en el reconocimiento de la comisión del hecho ilícito, acompañado, si procede, de la presentación de excusas o de una disculpa oficial.
3. Además, cuando las circunstancias lo requieran, la satisfacción adoptará las demás formas que proceda para asegurar la plena reparación, entre otras:
 - [a] Pago de una indemnización simbólica;
 - b) Pago de una indemnización proporcionada a la gravedad del daño;
 - c) Ejercicio de acciones penales o disciplinarias contra los culpables, cuando el hecho internacionalmente ilícito fuera consecuencia de la falta grave de un funcionario público o de la conducta delictiva de cualquier persona.
4. La satisfacción guardará proporción con el daño sufrido y no será vejatoria para el Estado responsable.

Artículo 45 bis

Intereses

1. Las sumas exigibles en virtud de los presentes proyectos de artículos devengarán intereses cuando ello sea necesario para asegurar la plena reparación del daño. El tipo y el cómputo de los intereses serán los que mejor convengan a esa finalidad.
2. Salvo acuerdo o decisión en contra, los intereses se devengarán desde la fecha en que sea exigible la indemnización y hasta la fecha en que ésta se pague.

Artículo 46 bis

Atenuación de la responsabilidad

Al determinar la forma y el alcance de la reparación, se tendrá en cuenta:

- a) La negligencia o la acción u omisión voluntarias de todo Estado, persona o entidad, en nombre de los cuales se haya interpuesto la demanda, que hayan contribuido al daño;
- b) Si el perjudicado ha tomado o no las medidas que razonablemente estuvieran a su alcance para mitigar el daño.
