



Asamblea General

Distr.
LIMITADA

A/CN.4/L.608/Add.4
18 de julio de 2001

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
53º período de sesiones
Ginebra, 23 de abril a 1º de junio y 2 de julio
a 10 de agosto de 2001

PROYECTO DE INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO
INTERNACIONAL SOBRE LA LABOR REALIZADA EN
SU 53º PERÍODO DE SESIONES

Relator: Sr. Quizhi HE

Capítulo V

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS
INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS

Adición

- E. Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (continuación)
2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios (continuación)

Capítulo II

REPARACIÓN DEL PERJUICIO

En el capítulo II, que versa sobre las formas de reparación del perjuicio, se expone con más detalle el principio general enunciado en el artículo 31 y, en particular, se intenta definir más claramente las relaciones entre las diferentes formas de reparación, esto es, la restitución, la indemnización y la satisfacción, así como el papel de los intereses y la cuestión de cómo tener en cuenta la contribución al perjuicio que se pueda atribuir a la víctima.

Artículo 34

Formas de reparación

La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, separada o conjuntamente, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo.

Comentario

1) El artículo 34 da principio al capítulo II mediante la exposición de las formas de reparación que, por separado o conjuntamente, permiten cumplir la obligación de reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. Como el concepto de "perjuicio" y la necesaria relación de causalidad entre el hecho ilícito y el perjuicio se definen en el artículo 31, que enuncia la obligación general de prestar íntegra reparación¹, en el artículo 34 basta mencionar la "reparación íntegra del perjuicio causado".

2) En el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, como el perjuicio era material, la Corte Permanente de Justicia Internacional se ocupó únicamente de dos formas de reparación: la restitución y la indemnización². En determinados casos puede ser apropiada otra forma de reparación, a saber, la satisfacción. Por eso, la reparación íntegra puede adoptar la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, según el caso. El artículo 34 también deja bien sentado que, en determinados casos, la reparación íntegra sólo puede lograrse mediante la

¹ Véase el comentario al artículo 31, párrs. 5) a 14).

² *Affaire relative à l'usine de Chorzów (Fond)*, 1928, C.P.J.I., série A, N° 17, pág. 47.

combinación de las diferentes formas de reparación. Por ejemplo, el restablecimiento de la situación que existía antes de la violación quizás no sea suficiente para una reparación íntegra porque el hecho ilícito ha ocasionado otros daños materiales (por ejemplo, el perjuicio originado por la privación del uso de bienes objeto de apropiación ilícita). Cabe, pues, que para borrar todas las consecuencias del hecho ilícito haya que recurrir a algunas o a todas las formas de reparación, según el tipo y alcance del perjuicio que se haya causado.

3) La obligación primaria violada también puede desempeñar una función importante con respecto a la forma y el alcance de la reparación. En particular, en los casos de restitución que no entrañen la devolución de personas, bienes o territorio del Estado lesionado, el concepto de reposición del *statu quo ante* tiene que aplicarse teniendo en cuenta los derechos y competencias respectivos de los Estados interesados. Así puede ocurrir, por ejemplo, cuando lo que se plantea es una obligación de procedimiento que condiciona el ejercicio de las competencias soberanas del Estado. En tales casos, la restitución no debería otorgar al Estado lesionado más de lo que hubiera tenido derecho a recibir si se hubiera ejecutado la obligación³.

4) El otorgamiento de cada una de las formas de reparación mencionadas en el artículo 34 está sujeto a las condiciones enunciadas en los artículos siguientes del capítulo II. Esa limitación se desprende de las palabras "de conformidad con las disposiciones del presente capítulo". También puede resultar afectado por la elección que válidamente haya hecho el Estado lesionado entre las diferentes formas de reparación. En la mayoría de los casos, por ejemplo, el Estado lesionado está facultado para elegir una indemnización en vez de la restitución. Esta posibilidad de elección se recoge en el artículo 43.

5) A veces se ha expresado la preocupación de que el principio de reparación íntegra pueda dar lugar a exigencias desproporcionadas y hasta excesivas en lo que concierne al Estado

³ Así, en el asunto *LaGrand*, la Corte señaló que el incumplimiento del requisito de notificación establecido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (24 de abril de 1963, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 596, pág. 261), que hubiera dado lugar a una pena severa o prisión preventiva prolongada, exigiría que se reexaminase la imparcialidad de la condena "teniendo en cuenta la violación de los derechos enunciados en la Convención": *Affaire LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Fond*, sentencia de 27 de junio de 2001, párr. 125. Esto sería una forma de restitución que tendría en cuenta el carácter limitado de los derechos de que se trata.

responsable. Lo que hay que determinar es si el principio de proporcionalidad debería configurarse como un elemento de la obligación de prestar íntegra reparación. En el presente articulado, la proporcionalidad se aborda en relación con cada forma de reparación, teniendo en cuenta su carácter específico. Así, la restitución queda excluida si entraña una carga totalmente desproporcionada con relación a la ventaja que el Estado lesionado u otra parte derivaría de la restitución⁴. La indemnización se limita al daño efectivamente sufrido como consecuencia del hecho internacionalmente ilícito y excluye cualquier daño que sea indirecto o remoto⁵. La satisfacción no debe ser "desproporcionada con relación al perjuicio"⁶. Por consiguiente, cada una de las formas de reparación tiene en cuenta esas consideraciones.

6) Las formas de reparación a que se refiere el capítulo II representan las maneras de hacer efectiva la obligación básica de reparación enunciada en el apartado b) del artículo 30. No constituyen, por decirlo así, obligaciones secundarias separadas de restitución, indemnización y satisfacción. En la práctica existe cierta flexibilidad en lo que se refiere a la conveniencia de exigir más bien una forma de reparación que otra, sin perjuicio del requisito de reparación íntegra de la violación de conformidad con el apartado b) del artículo 30⁷. En la medida en que en un caso concreto se prescinde de una forma de reparación, o no se puede recurrir a ella, otras, especialmente la indemnización, serán en consecuencia más importantes.

Artículo 35

Restitución

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

⁴ Véase el apartado b) del artículo 35 y el comentario correspondiente.

⁵ Véase el apartado b) del artículo 30 y el comentario correspondiente.

⁶ Véase el párrafo 3 del artículo 37 y el comentario correspondiente.

⁷ Véase, por ejemplo, el asunto *Mélanie Lachenal* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII, pág. 116 (1954), en págs. 130 y 131), en el que se aceptó la indemnización, en lugar de la restitución originalmente decretada, al convenir la Comisión de Conciliación franco-italiana que la restitución requeriría difíciles procedimientos jurídicos internos. Véase también el comentario al artículo 35, párr. 4).

- a) No sea materialmente imposible;
- b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación a la ventaja que se derivaría de la restitución en vez de la indemnización.

Comentario

- 1) De conformidad con el artículo 34, la restitución es la primera de las formas de reparación de que dispone el Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito. La restitución implica el restablecimiento hasta donde sea posible de la situación que existía antes de la comisión del hecho internacionalmente ilícito, en la medida en que se pueda considerar que los cambios que se han producido en esa situación se remontan a ese hecho. En su forma más simple, ello implica un comportamiento como la liberación de personas detenidas ilícitamente o la devolución de bienes ilícitamente confiscados. En otros casos, la restitución puede constituir un acto más complejo.
- 2) En concepto de restitución no está definido de manera uniforme. Según una definición, la restitución consiste en restablecer el *statu quo ante*, a saber, la situación que existía con anterioridad a la ocurrencia del hecho ilícito. De acuerdo con otra definición, la restitución es el establecimiento o restablecimiento de la situación que habría existido de no haberse cometido el hecho ilícito. La primera definición es la definición estricta; no abarca la compensación que puede deberse a la parte lesionada por la pérdida sufrida, por ejemplo, por la privación de uso de los bienes retenidos ilícitamente pero ulteriormente devueltos. La segunda definición subsume en el concepto de restitución otros elementos de reparación íntegra y tiende a refundir la restitución como forma de reparación en la propia obligación básica de reparar. El artículo 35 adopta la definición más estricta que tiene la ventaja de centrarse en la evaluación de una situación de hecho y de no exigir una indagación hipotética en lo que habría sido la situación si no se hubiera cometido el hecho ilícito.
- 3) No obstante, como la restitución se conforma mejor al principio general según el cual el Estado responsable está obligado a borrar todas las consecuencias jurídicas y materiales de su hecho ilícito mediante el restablecimiento de la situación que habría existido de no haberse cometido este hecho, se coloca en primer lugar entre las formas de reparación. La primacía de la restitución fue confirmada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, cuando dijo que el Estado responsable estaba "obligado a restablecer la

empresa y, de no ser ello posible, a pagar su valor al tiempo de la indemnización, valor que ha de tomar el lugar de la restitución que ha pasado a ser imposible"⁸. La Corte agregó que "la imposibilidad, en la cual las partes están de acuerdo, de restablecer la fábrica de Chorzów no podría por lo tanto tener otro efecto que el de sustituir la restitución por el pago del valor de la empresa"⁹. Tal primacía se desprende de los casos en que los tribunales han tomado en consideración la indemnización sólo después de concluir, por una u otra razón, que no podía procederse a la restitución¹⁰. A pesar de las dificultades con que la restitución puede tropezar en la práctica, los Estados han insistido a menudo en reivindicar con preferencia la indemnización. Incluso en ciertos casos, especialmente los relativos a la aplicación de normas imperativas, puede exigirse la restitución como un elemento del cumplimiento de la obligación primaria.

4) Por el contrario, existen a menudo situaciones en que no se puede recurrir a la restitución o en que el valor de ésta para el Estado lesionado es tan pequeño que otras formas de reparación adquieren primacía. Las cuestiones que plantea la elección entre las diferentes formas de reparación se examinan en relación con la Tercera parte¹¹. Pero aparte de la válida elección por el Estado u otra entidad lesionados, la posibilidad de restitución puede quedar excluida en la práctica, por ejemplo, porque los bienes de que se trata han sido destruidos o se ha modificado fundamentalmente su naturaleza, o porque por algún motivo no se puede reponer el *statu quo ante*. En algunos casos, efectivamente, los tribunales de arbitraje han inferido del tenor del convenio arbitral o de las conclusiones de las partes lo que viene a ser una facultad discrecional para otorgar indemnización en vez de restitución. Por ejemplo, en el asunto *Walter Fletcher Smith*, el árbitro, si bien sostuvo que la restitución no sería inapropiada en principio, interpretó el convenio arbitral en el sentido de que dejaba a su arbitrio la decisión de otorgar una indemnización, y así lo hizo "para atender mejor los intereses de las partes y del

⁸ *Affaire relative à l'usine de Chorzów (Fond)*, 1928, C.P.J.I., série A, N° 17, pág. 48.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Véase, por ejemplo: reclamaciones relativas al asunto *Biens britanniques au Maroc espagnol*, Naciones Unidas, *Recueil de sentences arbitrales*, vol. II, pág. 615 (1925), en págs. 621 a 625, y 651 a 742; *Propriétés religieuses* expropiadas por Portugal, *ibíd.*, vol. I, pág. 7 (1920); *Walter Fletcher Smith*, *ibíd.*, vol. II, pág. 913 (1927), en pág. 918; *Héritiers Lebas de Courmont*, *ibíd.*, vol. XIII, pág. 761 (1957), en pág. 764.

¹¹ Véase artículos 43 y 45 y comentarios correspondientes.

público"¹². En el arbitraje relativo a la *Aminoil*, las partes convinieron en que no sería posible restablecer el *statu quo ante* después de la anulación de la concesión por un decreto de Kuwait¹³.

5) La restitución puede adoptar la forma de una restitución material o la devolución de territorio, de personas o de bienes, o la revocación de algún acto jurídico, o una combinación de esas cosas. Son ejemplos de restitución material, entre otros, la liberación de personas detenidas, la entrega a un Estado de una persona detenida en su territorio¹⁴, la restitución de buques¹⁵ u otros tipos de bienes¹⁶, incluidos documentos, obras de arte, títulos de acción, etc.¹⁷.

La expresión "restitución jurídica" se utiliza a veces en los casos en que la restitución requiere o implica la modificación de una situación jurídica, bien en el marco del ordenamiento jurídico del Estado responsable, bien en el marco de sus relaciones jurídicas con el Estado lesionado. Estos

¹² Naciones Unidas, *Recueil de sentences arbitrales*, vol. II, pág. 915 (1929) en pág. 918. En el asunto *Compagnie grecque des téléphones*, el tribunal arbitral, si bien decretó la restitución, afirmó que el Estado responsable podía sustituirla por una indemnización pecuniaria "por importantes razones de Estado". Véase J.G. Welter y S.M. Schwebel, "Some little known cases on concessions", *B.Y.I.L.*, vol. 40 (1964),. pág. 216, en pág. 221.

¹³ *Government of Kuwait v. American Independent Oil Company* (1982), *I.L.R.*, vol. 66, pág. 529, en pág. 533.

¹⁴ Como ejemplos de restitución material referidos a personas, véase en especial los asuntos "*Trent*" (1861) y "*Florida*" (1864), ambos relativos a la detención de personas a bordo de navíos, en: Moore, *Digest*, vol. VII, págs. 768 y 1090 y 1091; y el asunto relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, en el que la Corte Internacional de Justicia exigió al Irán la liberación inmediata de todos los nacionales de los Estados Unidos detenidos: *Personnel diplomatique et consulaire des Etats Unis à Téhéran*, *I.C.J. Reports 1980*, pág. 3, en págs. 44 y 45.

¹⁵ Véase, por ejemplo, el incidente del "*Giaffarieh*" (1886), que tuvo su origen en la captura por un navío de guerra egipcio de cuatro buques mercantes de Massawa, de matrícula italiana: *La prassi italiana di diritto internazionale*, primera serie (Dobbs Ferry, Oceana, 1970), vol. II, págs. 901 y 902.

¹⁶ Por ejemplo, el asunto *Temple of Préah Vihéar*, *C.I.J. Recueil 1962*, pág. 6, en págs. 36 y 37, en el que la Corte Internacional de Justicia falló en favor de la demanda de Camboya, que incluía la restitución de ciertos objetos que habían sido retirados del templo y de la zona vecina por las autoridades tailandesas. Véase también el asunto del *Hôtel Métropole*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII, pág. 249 (1951).

¹⁷ En el asunto *Chemins de fer de Buzau-Nehoiasi*, el tribunal arbitral decretó la restitución a una sociedad alemana de las acciones en una compañía de ferrocarriles de Rumania, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, pág. 1839 (1939).

casos comprenden la revocación, la anulación o la enmienda de una disposición constitucional o legislativa promulgada en violación de una norma de derecho internacional¹⁸, la anulación o revisión de un acto administrativo de una resolución judicial ilícitamente adoptado con respecto a la persona o a los bienes de un extranjero¹⁹ o la exigencia de que se adopten disposiciones (en la medida en que el derecho internacional lo autorice) para dar por terminado un tratado²⁰. En algunos casos, la restitución puede ser a la par material y jurídica²¹. En otros, un tribunal judicial o arbitral internacional puede definir la posición jurídica con fuerza de obligar para las partes, resolución que equivale a una restitución con otra forma²². Por consiguiente, el término "restitución" del artículo 35 tiene un sentido amplio, que abarca cualquier medida que debe

¹⁸ Por lo que respecta a los casos en que la existencia misma de una ley equivale a la violación de una obligación internacional, véase el comentario al artículo 12, párr. 15).

¹⁹ Por ejemplo, el asunto *Martini*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pág. 973 (1930).

²⁰ En el asunto del *Tratado Bryan-Chamorro (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Corte de Justicia Centroamericana resolvió que "el Gobierno de Nicaragua está obligado, usando para ello todos los medios posibles conforme al derecho internacional, a restablecer y mantener la condición legal que existía antes del Tratado Bryan-Chamorro entre las repúblicas litigantes en cuanto corresponde a las cuestiones examinadas en la presente acción" [*Anales de la Corte de Justicia Centroamericana*, San José, Costa Rica, vol. VI, Nos. 16 a 18 (diciembre de 1916 a mayo de 1917, pág.7)]; *A.J.I.L.*, vol. 11 (1917) pág. 674, en particular págs. 683 y 696.

²¹ Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional resolvió que Checoslovaquia estaba "obligada a devolver a la Real Universidad Húngara Peter Pázmány, de Budapest, los bienes inmuebles que ésta [reclamaba], exonerados de toda medida de transferencia, administración obligatoria o embargo, y en la condición en la cual se encontraban antes de la aplicación de esas medidas": *Appel contre une sentence du Tribunal arbitral mixte húngaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány), 1933, C.P.J.I., série A/B, N° 61*, pág. 208, en pág. 249.

²² En el asunto del *Statut juridique du Groënland oriental*, la Corte Permanente de Justicia Internacional resolvió "que la declaración de ocupación promulgada por el Gobierno de Noruega el 10 de julio de 1931 y cualesquiera medidas adoptadas a este respecto por ese Gobierno, [constituían] una violación de la situación jurídica existente y, en consecuencia, son ilícitas e inválidas": sentencia de 5 de abril de 1933, *C. P.J.I., série A/B, N° 53*, pág. 22, en pág. 75. En el asunto de las *Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, la Corte Permanente resolvió que Francia "debe retirar sus despachos aduaneros de conformidad con las disposiciones de dichos tratados e instrumentos... y que este régimen debe continuar en vigor hasta tanto no se modifique en virtud de acuerdo entre las partes": sentencia de 7 de junio de 1932, *C:P:I:J., série A/B, N° 46*, pág. 96, en 172. Véase asimismo F. A. Mann, "The consequences of international wrong in international and municipal law", *B.Y.I.L.*, vol. 48 (1976-77), pág. 1, en págs. 5 a 8.

adoptar el Estado responsable para corregir la situación resultante de su hecho internacionalmente ilícito.

6) La restitución, como primera de las formas de reparación tiene una importancia especial cuando la obligación violada es de carácter continuo, y aún más cuando emana de una norma imperativa de derecho internacional general. En el caso, por ejemplo, de anexión ilícita de un Estado, el retiro de las fuerzas del Estado ocupante y la anulación del decreto de anexión pueden considerarse más bien como cesación que como restitución²³. Aun así, serán necesarias medidas auxiliares (la devolución de las personas apresadas o los bienes confiscados durante la invasión) como un elemento de la cesación o la restitución.

7) Lo exigido con carácter de restitución dependerá a menudo del contenido de la obligación primaria violada. En los casos que no se refieren a la devolución de personal, bienes o territorio del Estado lesionado, el concepto de restablecimiento del *statu quo ante* tiene que aplicarse habida cuenta de los derechos y competencias respectivos de los Estados interesados.

8) La obligación de restituir no es ilimitada. En particular, el artículo 35 dispone que existe una obligación de restituir "siempre que y en la medida en que" esa restitución no sea materialmente imposible ni totalmente desproporcionada. Las palabras "siempre que y en la medida en que" dejan bien sentado que la restitución sólo puede ser excluida parcialmente, en cuyo caso el Estado responsable estará obligado a restituir en la medida en que ello no sea imposible ni desproporcionado.

9) De conformidad con el apartado a) del artículo 35, no existe obligación de restituir si la restitución es "materialmente imposible". Esto ocurre cuando el bien que tiene que ser restituido se ha perdido o destruido irremediablemente, o se ha deteriorado hasta el punto de perder todo valor. En cambio, la restitución no es imposible por el solo motivo de dificultades jurídicas o prácticas, aunque el Estado responsable tenga que esforzarse especialmente para superarlas. A tenor del artículo 32, el Estado autor del hecho ilícito no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de la obligación de reparar íntegramente

²³ Véase más arriba, comentario al artículo 30, párr. 8).

el daño causado, por lo que el mero hecho de la existencia de obstáculos políticos o administrativos a la restitución no equivale a una imposibilidad.

10) La imposibilidad material no se circunscribe a los supuestos en que el objeto de que se trata ha sido destruido, sino que puede abarcar situaciones más complejas. En el asunto de los *Bosques del Rhodope central*, el demandante no era el único con derecho a realizar operaciones forestales pero los demás participantes no habían formulado ninguna reclamación. Los bosques no estaban en el mismo estado en que se encontraban en el momento de la expropiación ilícita y sería necesario proceder a una investigación detallada para determinar su estado. Después de la expropiación, terceros habían adquirido derechos al respecto. Por esa serie de razones, se denegó la restitución²⁴. Este asunto respalda una interpretación amplia de la imposibilidad de otorgar la restitución, pero versaba sobre cuestiones de derechos de propiedad privada en el marco del ordenamiento jurídico del Estado responsable²⁵. La situación puede ser diferente en los casos en que los derechos y obligaciones de que se trata nacen directamente en el ámbito internacional. En ese contexto, la restitución desempeña una función especialmente importante.

11) En algunos casos, al examinar si la restitución es posible materialmente, habrá que tener en cuenta la posición de los terceros. Así ocurrió en el asunto de los *Bosques de Rhodope central*²⁶. Ahora bien: si la posición de un tercero impide o no la restitución dependerá de las circunstancias, en particular si el tercero, en el momento de concertar el negocio jurídico o de asumir los derechos litigiosos, actuó de buena fe y sin conocimiento de la pretensión a obtener restitución.

²⁴ *Forêts des Rhodope central*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III pág. 1405 (1933), en pág. 1432.

²⁵ Por lo que respecta a las cuestiones de restitución en relación con el arbitraje sobre contratos de Estado, véase *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic*, (1977), *I.L.R.*, vol. 53, pág. 389, en págs. 507 y 508, párr. 109; *BP Exploration Company (Libya) Ltd. v. Government of the Libyan Arab Republic*, (1974) *I.L.R.*, vol. 53, pág. 297, en pág. 354; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, (1977) *I.L.R.*, vol. 62, pág. 140, en pág. 200.

²⁶ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, pág. 1405 (1933), en pág. 1432.

12) Una segunda excepción, a la que se refiere el apartado b) del artículo 35, versa sobre los supuestos en que la ventaja que se derivaría de la restitución es totalmente desproporcionada con relación al costo que entrañaría para el Estado responsable. Concretamente, no existe obligación de restituir si la restitución "entrañ[a] una carga totalmente desproporcionada con relación a la ventaja que se derivaría de la restitución en vez de la indemnización". Esto se aplica sólo cuando existe una grave desproporción entre la carga que la restitución impondría al Estado responsable y la ventaja que podría obtener, bien el Estado lesionado, bien cualquier víctima de la violación. Se basa, pues, en consideraciones de equidad y de lo que es razonable²⁷, aunque otorgando preferencia a la posición del Estado lesionado en los casos en que el cálculo de probabilidades no apunta claramente a la prioridad de la indemnización con respecto a la restitución. El cálculo de probabilidades favorecerá invariablemente al Estado lesionado en los casos en que el incumplimiento de la obligación de restitución ponga en peligro su independencia política o su estabilidad económica.

Artículo 36

Indemnización

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado mediante la restitución.

2. La indemnización cubrirá todo daño evaluable en dinero, incluido el lucro cesante en la medida en que éste se haya acreditado.

Comentario

1) El artículo 36 versa sobre la indemnización del daño causado por un hecho internacionalmente ilícito, en la medida en que ese daño no haya sido reparado mediante restitución. El concepto de "daño" se define de una manera general en el párrafo 2 del artículo 31 como todo daño, tanto material como moral²⁸. En el párrafo 2 del artículo 36 se desarrolla esa definición especificando que la indemnización cubrirá todo daño evaluable en

²⁷ Véase, por ejemplo, J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective* (Leyden, Sijthoff, 1973), parte VI, pág. 744, y la posición adoptada por la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, en *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 156.

²⁸ Véase el comentario al artículo 31, párrs. 5), 6) y 10).

dinero, en particular el lucro cesante en la medida en que haya sido probado en el caso de que se trate. El requisito "evaluable en dinero" tiene por objeto excluir la indemnización de lo que a veces se denomina el "daño moral" a un Estado, es decir, la afrenta o el perjuicio causado por una violación de derechos con independencia de un daño real a las personas o a los bienes, que se repara mediante la satisfacción, a la que se refiere el artículo 37.

2) De las distintas formas de reparación, la indemnización es quizá la forma habitualmente más solicitada en la práctica internacional. En el asunto relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte declaró: "es una norma firmemente establecida de derecho internacional que el Estado lesionado tiene derecho a obtener indemnización del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito por el daño causado por ese hecho"²⁹. Está igualmente bien comprobado que un tribunal judicial o arbitral internacional que es competente para conocer de una reclamación en materia de responsabilidad de los Estados tiene, como un elemento de esa competencia, la potestad de otorgar una indemnización por el daño sufrido³⁰.

3) La indemnización tiene una función bien diferenciada si se compara con la satisfacción y la restitución. Su relación con la restitución queda clara en virtud de las palabras finales del párrafo 1 del artículo 36 ("en la medida en que dicho daño no sea reparado mediante la restitución"). La restitución, a pesar del principio jurídico de su primacía, frecuentemente es imposible o inadecuada. Puede ser excluida total o parcialmente en virtud de las excepciones enunciadas en el artículo 35, o porque el Estado lesionado prefiere la indemnización o por otras razones. Incluso en los casos en que se otorga la restitución, ésta puede ser insuficiente para garantizar una reparación íntegra. La función de la indemnización es llenar las posibles lagunas

²⁹ *Affaire relative au projet de Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Eslovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, pág. 7, en pág. 81, párr. 152. Véase también el pronunciamiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, según el cual "es un principio de derecho internacional que la reparación de un daño puede consistir en una indemnización": *Affaire relative à l'usine de Chorzów, Fond, 1928, C.P.J.I., série A, N° 17*, pág. 27.

³⁰ *Affaire relative à l'usine de Chorzów, Compétence, 1927, C.P.J.I. série A, N° 9*, pág. 21; *Compétence en matière de pêcheries, Fond (Republique fédérale d'Allemagne c. Islande)*, C.I.J. Recueil 1974, pág. 175, en págs. 203 a 205, párrs. 71 a 76; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, Fond, C.I.J. Recueil 1986, pág. 14, en pág. 142.

a fin de lograr la íntegra reparación del daño sufrido³¹. Como afirmó el Superárbitro en el asunto del "*Lusitania*":

"El concepto fundamental de la "indemnización de daños y perjuicios" es... la reparación de una *pérdida* sufrida, una *compensación*, judicialmente determinada de un hecho lesivo. El remedio debe ser proporcionado a la pérdida, a fin de que la parte perjudicada pueda reintegrarse de ella."³²

Análogamente, la Corte Permanente de Justicia Internacional expresó la función de la indemnización en los términos siguientes:

"La restitución en especie o, si esta no fuere posible, el pago de una suma que corresponda al valor que habría representado la restitución en especie; el otorgamiento, si fuere necesario, de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas que no se puedan resarcir mediante la restitución en especie o el pago en su defecto: tales son los principios en que debe inspirarse la determinación de la cuantía de la indemnización debida por un hecho contrario al derecho internacional."³³

El derecho a ser indemnizado por tales pérdidas se apoya en una abundante jurisprudencia, la práctica de los Estados y la doctrina.

4) En comparación con la satisfacción, la indemnización tiene por función remediar las pérdidas efectivas sufridas como consecuencia del hecho internacionalmente ilícito. Por tanto, la indemnización consiste generalmente en el pago de una suma de dinero, aunque se pueda otorgar a veces en forma de otros valores pactados. Es cierto que los pagos en dinero también pueden estar indicados a título de satisfacción en la aplicación del artículo 37, pero cumplen una función distinta de la de la indemnización. La indemnización pecuniaria tiene por objeto

³¹ *Affaire relative à l'usine de Chorzów, Fond, 1928, C.P.J.I., série A, N° 17*, págs. 47 y 48.

³² Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, pág. 32 (1923), en pág. 39 (*en cursiva en el original*).

³³ *Affaire relative à l'usine de Chorzów, Fond, 1928, C.P.J.I. série A, N° 17*, pág. 47, citado y aplicado, en particular, por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el *Affaire du navire "Saiga" (N° 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. la Guinée)*, sentencia de 1° de julio de 1999, párr. 170. Véase también *Papamichalopoulos v. Greece (art. 50)*, *E.C.H.R. Series A, N° 330-B* (1995), en párr. 36 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos); el asunto *Velásquez Rodríguez, Inter.-Am. Ct.H.R., Series C, N° 4* (1989), en págs. 26 y 27, y 30 y 31 (Corte Interamericana de Derecho Humanos); *Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran and Others*, (1984) 6 *Iran-U.S.C.T.R.* 219, en pág. 225.

compensar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por el Estado lesionado como consecuencia de la violación. La satisfacción se refiere a un perjuicio no material, concretamente un perjuicio no material irrogado al Estado, al que sólo se puede atribuir un valor dinerario de manera muy aproximada y teórica³⁴.

5) Como en el caso de otras disposiciones de la segunda parte, el artículo 36 se expresa como una obligación del Estado responsable de reparar las consecuencias dimanantes de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito³⁵. El alcance de esta obligación viene delimitada por las palabras "todo daño evaluable en dinero", es decir, todo daño que puede ser evaluado pecuniariamente. El daño evaluable en dinero abarca tanto el daño sufrido por el Estado mismo (daños a sus bienes o a su personal, o gastos razonablemente realizados para remediar o aminorar los daños dimanantes de un hecho internacionalmente ilícito) como los daños sufridos por los nacionales de ese Estado, sean personas físicas o jurídicas, en cuyo nombre el Estado presenta una reclamación en el marco de la protección diplomática.

6) Además de la Corte Internacional de Justicia, los órganos judiciales o cuasijudiciales internacionales que se ocupan de cuestiones de indemnización comprenden, entre otros, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar³⁶, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos³⁷, los tribunales y otros órganos de derechos humanos³⁸, y los tribunales del

³⁴ Véase el comentario al artículo 35, párr. 3).

³⁵ Por lo que respecta al requisito de un nexo causal o suficiente entre el hecho internacionalmente ilícito y el daño, véase el comentario al artículo 31, párrs. 11) a 13).

³⁶ Por ejemplo, *Affaire du navire "Saiga" (Nº 2)*, (*Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. la Guinée*), Tribunal Internacional del Derecho del Mar, sentencia de 1º de julio de 1999, párrs. 170 a 177.

³⁷ El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha producido una jurisprudencia considerable sobre las cuestiones de determinación del daño y de evaluación de bienes expropiados. Véanse algunos estudios de la jurisprudencia del Tribunal sobre estas materias, en particular en: G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), caps. 5, 6 y 12; C. N. Brower y J. D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (La Haya, Nijhoff, 1998), caps. 14 a 18; Pellonpää, "Compensable Claims Before The Tribunal: Expropriation Claims", en R. B. Lillich y D. B. McGraw (editores), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility* (Irvington-on-Hudson, Transnational Publishers, 1998), págs. 185 a 266; D. P. Stewart, "Compensation and Valuation Issues", *ibíd.*, págs. 325 a 385.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) a tenor de la Convención de Washington de 1965³⁹. Otras demandas de indemnización han sido resueltas por vía de acuerdo, generalmente sin reconocimiento de responsabilidad, siendo una de las condiciones del acuerdo el pago de una indemnización sustancial⁴⁰. Las normas y principios elaborados por esos órganos para determinar la cuantía de la indemnización pueden considerarse como manifestaciones del principio general enunciado en el artículo 36.

7) En cuanto a los tipos de daños que pueden dar lugar a indemnización y a los principios de evaluación que tienen que aplicarse para cuantificarlos, éstos serán distintos según el contenido de cada obligación primaria, la apreciación del comportamiento respectivo de las partes y, de manera más general, la preocupación por llegar a un resultado equitativo y aceptable⁴¹.

Los ejemplos siguientes muestran los tipos de daños que pueden ser resarcibles y los métodos que pueden emplearse para cuantificarlos.

³⁸ Puede verse un examen de la práctica de esos órganos en materia de indemnización en D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Oxford University Press, 1999), págs. 214 a 279.

³⁹ Los tribunales del C.I.A.D.I. tienen competencia para otorgar una indemnización por daños y perjuicios u otros tipos de reparación en las diferencias relativas a inversiones que surjan entre Estados Partes y nacionales de otros Estados. Algunas de esas reclamaciones conllevan la invocación directa del derecho internacional como fundamento de la reclamación. Véase, por ejemplo, *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, (1990) 4 *I.C.S.I.D. Reports* 245.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, el asunto *Certaines terres à phosphates à Nauru*, *C.I.J. Recueil* 1992, pág. 240, y el auto de caducidad de la instancia dictado por la Corte a raíz de un arreglo extrajudicial, *C.I.J. Recueil* 1993, pág. 322; y el asunto *Passage par le Grand Belt (Finlande v. Danemark)*, *C.I.J. Recueil* 1992, pág. 348 (auto de caducidad de la instancia a raíz de un arreglo extrajudicial); el asunto del *Incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran c. États Unis d'Amérique)*, *C.I.J. Recueil* 1996, pág. 9 (auto de caducidad de la instancia a raíz de un arreglo extrajudicial).

⁴¹ Cf. G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), pág. 242. Véase asimismo B. Graefrath, "Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages", *Recueil des cours*, vol. 185 (1984-II), pág. 101; L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international* (París, Sirey, 1938); C. D. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), págs. 33 y 34.

8) Puede causarse un daño al Estado como tal cuando sus aviones son derribados o sus buques hundidos, cuando sus locales y su personal diplomáticos son atacados, cuando otros bienes públicos sufren deterioro, cuando debe sufragar los gastos efectuados para poner remedio a los daños causados por la contaminación o cuando sufre un daño accesorio relacionado, por ejemplo, con la necesidad de pagar pensiones y gastos médicos a funcionarios heridos de resultas de un hecho ilícito. Una lista de esta índole no puede ser exhaustiva y las categorías de perjuicios indemnizables sufridos por los Estados no están predeterminadas.

9) En el asunto del *Estrecho de Corfú* el Reino Unido reclamó una indemnización por tres conceptos: la sustitución del destructor *Saumarez*, que había pasado a constituir una pérdida total, los daños causados al destructor *Volage*, y el daño resultante de muertes y lesiones corporales entre el personal naval. La Corte solicitó un dictamen pericial para la determinación de los daños. En el caso del destructor *Saumarez*, la Corte consideró que "la justa medida de la reparación" era "el valor de reposición de [destructor] en el momento de la pérdida" y declaró que la cuantía de la indemnización reclamada por el Gobierno del Reino Unido (£700.087) estaba justificada. En lo concerniente a los daños causados al destructor *Volage*, los peritos habían calculado una suma ligeramente inferior a las 93.812 libras esterlinas reclamadas por el Reino Unido, lo que "se explica[ba]... por el carácter necesariamente aproximado de la valoración, especialmente en lo que respecta a los pertrechos y el equipo". Además de las sumas otorgadas por los daños causados a los dos destructores, la Corte apoyó la demanda del Reino Unido de que se otorgara la suma de 50.048 libras esterlinas, que representaba "los gastos resultantes de las pensiones y otros subsidios que había abonado a las víctimas o a sus derechohabientes, así como los gastos de administración, tratamiento médico, etc."⁴².

10) En el *Asunto de la motonave "Saiga"*, San Vicente y las Granadinas habían solicitado de Guinea una indemnización por el apresamiento y la inmovilización ilícitos de un buque matriculado en ese país, el "*Saiga*", y su tripulación. El Tribunal del Derecho del Mar otorgó una indemnización de 2.123.357 dólares de los EE.UU., con intereses. Las bases de indemnización comprendían, en particular, los daños sufridos por el buque, incluidos los costos de reparación, las pérdidas relacionadas con el precio del fletamento del buque, los gastos

⁴² *Affaire du Détroit de Corfou (fixation du montant des réparations)*, C.I.J. Recueil 1949, pág. 244 en pág. 249.

relativos a la inmovilización del buque y los daños y perjuicios por la retención del capitán, los miembros de la tripulación y otras personas a bordo del buque. San Vicente y las Granadinas habían pedido una indemnización por la violación de sus derechos respecto de los buques que enarbolaban su pabellón como resultado del apresamiento y la inmovilización del *Saiga*, pero el Tribunal estimó que su declaración de que Guinea había actuado ilícitamente al proceder al apresamiento del buque en las circunstancias del caso y haciendo uso de una fuerza excesiva constituía una reparación adecuada⁴³. También fueron desestimadas las demandas relativas a la pérdida de derechos de matrícula a causa del apresamiento ilegal del buque y a los gastos resultantes del tiempo dedicado por funcionarios a los problemas del apresamiento y la inmovilización del buque y de su tripulación. En el primer caso, el Tribunal sostuvo que San Vicente y las Granadinas no habían aportado ninguna prueba en apoyo de su demanda. En el segundo caso, el Tribunal consideró que sus gastos no eran resarcibles ya que se habían realizado en el marco de las funciones normales del Estado del pabellón⁴⁴.

11) Pagos por concepto de indemnización han sido negociados directamente entre el Estado lesionado y el Estado infractor en algunos casos de ataques ilícitos a buques con un saldo de daños al buque o su hundimiento y, en ciertos casos, de muerte o lesiones entre los miembros de la tripulación⁴⁵. Otros pagos similares han sido negociados en casos de daños causados a aeronaves de un Estado, como por ejemplo el "arreglo extrajudicial completo y definitivo" pactado por el Irán y los Estados Unidos a raíz de una controversia sobre la destrucción de una aeronave iraní y la muerte de sus 290 pasajeros y tripulantes⁴⁶.

⁴³ *Affaire du navire "Saiga" (Nº 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. la Guinée)*, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, sentencia de 1º de julio de 1999, párr. 176.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 177.

⁴⁵ Véase el pago hecho por Cuba a las Bahamas en razón del hundimiento por una aeronave cubana de un buque de las Bahamas en alta mar, con pérdida de vidas humanas entre la tripulación (*R.G.D.I.P.*, vol. 85 (1981), pág. 540); el pago por Israel de una indemnización por el ataque en 1967 del *U.S.S. Liberty*, con resultado de muerte y lesiones entre los tripulantes (*R.G.D.I.P.* vol. 85 (1981), pág. 562); y el pago por el Iraq de una suma de 27 millones de dólares por las 37 muertes causadas en mayo de 1987 cuando aeronaves iraquíes dañaron gravemente al *U.S.S. Stark* (*A.J.I.L.*, vol. 83 (1989), pág. 561).

⁴⁶ *Incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *C.I.J. Reports 1996*, pág. 9 (auto de caducidad de la instancia a raíz de un arreglo extrajudicial).

12) Los Estados también negocian a menudo acuerdos de indemnización después de ataques contra locales diplomáticos, ya sea por los daños causados a la embajada misma⁴⁷, ya sea por los daños causados a su personal⁴⁸. Los daños causados a otros bienes públicos, como carreteras o infraestructuras, también han sido objeto de demandas de indemnización⁴⁹. En muchos casos, esos pagos, se han hecho *ex gratia* o sin reconocimiento de responsabilidad⁵⁰.

13) Otro supuesto en el que los Estados pueden pedir una indemnización por los daños sufridos por el Estado como tal es cuando se realizan gastos para remediar unos daños causados por la contaminación. Después de que el satélite soviético Cosmos-954 se estrellase en territorio canadiense en enero de 1978, el Canadá presentó una reclamación de indemnización por los gastos efectuados para la localización, recuperación, eliminación y análisis de residuos radiactivos y la limpieza de las zonas afectadas que se basaban "conjuntamente o por separado en a) los acuerdos internacionales pertinentes... b) los principios generales del derecho internacional⁵¹. El Canadá afirmó que aplicaba "los criterios pertinentes establecidos por los principios generales del derecho internacional, según los cuales debe pagarse una indemnización

Por lo que respecta al arreglo extrajudicial, véase el Acuerdo General de 9 de febrero de 1996 entre el Irán y los Estados Unidos sobre la solución de ciertos asuntos sometidos al C.I.J. y al Tribunal de Reclamaciones, declarado cosa juzgada por acuerdo mutuo en virtud de providencia dictada por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, de 22 de febrero de 1996 (1996) 32 *Irán-U.S.C.T.R.* 207, pág. 213.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, Acuerdo de 1º de diciembre de 1966 entre el Reino Unido e Indonesia por el que este último país se comprometía a pagar una indemnización, entre otras cosas, por los daños causados durante un tumulto popular (*United Kingdom Treaty Series*, N° 34 (1967)) y el pago por el Pakistán a los Estados Unidos de una indemnización por el saqueo de la Embajada de los Estados Unidos en Islamabad en 1979: *R.G.D.I.P.*, vol. 85 (1981), pág. 880.

⁴⁸ Véase por ejemplo, Reclamación del Cónsul *Henry R. Myers (United States v. San Salvador)*, [1890] *U.S. For. Rels.* págs. 64 y 65; [1892] *U.S. For. Rels.* págs. 24 a 43, 44 y 49 a 51; [1893] *U.S. For. Rels.* págs. 174 a 179, 181 y 182 y 184); Whiteman, *Damages*, vol. I, págs. 80 y 81.

⁴⁹ Véanse algunos ejemplos en Whiteman, *Damages*, vol. I, pág. 81.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, el acuerdo entre Estados Unidos y China en el que se estipulaba un pago *ex gratia* de 4,5 millones de dólares a las familias de las personas muertas y heridas en el bombardeo de la Embajada China en Belgrado el 7 de mayo de 1999, *A.J.I.L.*, vol. 102 (2000), pág. 127.

⁵¹ Canadá, Reclamación presentada contra la URSS por los daños causados por el satélite soviético Cosmos-954, 23 de enero de 1979, *I.L.M.*, vol. 18 (1979), págs. 899 y 905.

justa, incluyendo en su reclamación tan sólo los costos razonables, causados directamente por la intrusión del satélite y el depósito de residuos y que puedan ser calculados con un grado de certeza razonable"⁵². La reclamación se liquidó en abril de 1981, cuando las partes acordaron un pago *ex gratia* de 3 millones de dólares de los canadienses (alrededor del 50% de la suma reclamada)⁵³.

14) La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas ha tenido que examinar demandas de indemnización por los gastos efectuados para combatir la contaminación en relación con la determinación de la responsabilidad del Iraq con arreglo al derecho internacional "por toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales ... resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait" por el Iraq⁵⁴. La decisión 7 del Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización enumera las distintas pérdidas a que se refieren las palabras "los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales"⁵⁵.

15) En los casos en que se ha otorgado o pactado una indemnización a raíz de un hecho internacionalmente ilícito que causa o amenaza causar un daño al medio ambiente, los pagos han tenido como finalidad reembolsar al Estado lesionado los gastos razonablemente efectuados para prevenir o poner remedio a la contaminación, o indemnizarlo por la pérdida de valor de los bienes afectados por la contaminación⁵⁶. Sin embargo los daños al medio ambiente a menudo no se limitan a los que pueden cuantificarse fácilmente como gastos de limpieza o de pérdida de valor de un bien. Los daños causados a esos valores ecológicos (biodiversidad, esparcimiento,

⁵² *Ibid.*, en pág. 906.

⁵³ Protocolo entre el Canadá y la URSS, 2 de abril de 1981, *I.L.M.*, vol. 20 (1981), pág. 689.

⁵⁴ Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, párr. 16.

⁵⁵ Decisión 7, de 17 de marzo de 1992, *Criterios aplicables a categorías adicionales de reclamaciones*, S/AC.26/1991/7/Rev.1.

⁵⁶ Véase el laudo dictado por el Tribunal de Arbitraje en el asunto de la *Fundición de Trail* (*Trail Smelter Arbitration*), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, pág. 1907 (1938, 1941), que dispuso el pago a los Estados Unidos de una indemnización por los daños causados a tierras y bienes por las emisiones de dióxido de azufre procedentes de una fundición situada al otro lado de la frontera en el Canadá. La indemnización se fijó sobre la base de la reducción del valor de las tierras afectadas.

etc. -denominados a veces "valores no de uso") no son, en principio, menos reales e indemnizables que los daños a los bienes, aunque pueda resultar más difícil cuantificarlos.

16) En el campo de la protección diplomática existen bastantes elementos de referencia en cuanto a criterios de indemnización y métodos de valoración, especialmente en lo que respecta a los casos de daño personal y de privación de bienes corporales o de daños a tales bienes. Es un principio bien arraigado que el Estado puede exigir una indemnización por el daño sufrido personalmente por sus agentes o sus nacionales, además de todo perjuicio directo que él mismo haya sufrido en relación con el mismo hecho. Los daños personales indemnizables comprenden no sólo las pérdidas materiales conexas, como el lucro cesante y la disminución del nivel de ingresos, los gastos médicos y otros conceptos similares, sino también el daño inmaterial, o no patrimonial, sufrido por el particular (a veces, aunque no siempre, denominado "daño moral" en los ordenamientos jurídicos nacionales). Por lo general se entiende que el daño inmaterial comprende la pérdida de los seres queridos, el dolor y el sufrimiento, así como cualquier atentado contra la persona, su domicilio o su vida privada. Al igual que el perjuicio material sufrido por el Estado lesionado, el daño inmaterial o no patrimonial puede evaluarse en dinero y puede ser objeto de una reclamación de indemnización, como se puso de relieve en el caso del "*Lusitania*"⁵⁷. En este asunto el superárbitro consideró que el derecho internacional da derecho a obtener reparación por el sufrimiento psíquico, los sentimientos heridos, la humillación, la vergüenza, la degradación, la pérdida de posición social o de crédito moral y la reputación, ya que tales daños son "muy reales, y el mero hecho de que sean difíciles de medir o estimar con criterios monetarios no los hace menos reales para que la persona lesionada no deba ser indemnizada..."⁵⁸.

⁵⁷ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, pág. 32 (1923). Los órganos jurisdiccionales internacionales han otorgado frecuentemente indemnizaciones por el daño moral causado a particulares. Por ejemplo, en el asunto *Chevreau (France c. Royaume-Uni)*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pág. 1113 (1923); *A. J. I. L.*, vol. 27, 1933, pág. 153; el asunto *Gage*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pág. 226 (1903); el asunto *Di Caro*, ibíd., vol. IX, pág. 597 (1903); el asunto *Héritiers de Jean Maninat*, ibíd., pág. 55 (1903).

⁵⁸ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, pág. 32 (1923), en pág. 40.

17) Los tribunales judiciales y arbitrales internacionales han procedido en múltiples ocasiones a determinar la cuantía de la reparación debida por daños personales. Por ejemplo, en el *Asunto de la motonave "Saiga"*⁵⁹, el Tribunal estimó que el derecho de San Vicente y las Granadinas a obtener reparación abarcaba la indemnización por el perjuicio causado a la tripulación, su detención ilegal, la privación de su libertad y otras formas de malos tratos.

18) Tradicionalmente, la cuestión de la indemnización por los daños personales sufridos por un nacional de un Estado extranjero o uno de sus agentes se planteaba principalmente en el contexto de las comisiones mixtas de reclamaciones que habían de conocer de la responsabilidad del Estado por daños ocasionados a nacionales extranjeros. Las comisiones de reclamaciones otorgaban indemnización por un daño personal en caso tanto de muerte como de privación de libertad resultantes de un hecho ilícito. En el caso de reclamaciones por muerte consecutiva a un hecho ilícito, las indemnizaciones por daños y perjuicios generalmente se basaban en una evaluación de las pérdidas de los herederos supervivientes o los sucesores, calculadas de acuerdo con la conocida fórmula del superárbitro en el asunto del "*Lusitania*", en la que se tuvieron en cuenta:

"las sumas a) que la persona fallecida, de no haber sido muerta, hubiera aportado probablemente al reclamante, añadiéndose b) el valor pecuniario que representaban para dicho reclamante los servicios personales de la persona fallecida en lo que respecta al cuidado, la educación o la supervisión del reclamante, y añadiéndose también c) una indemnización razonable por el sufrimiento psíquico o el trauma, si procede, resultante de la ruptura violenta de los lazos familiares que el reclamante pudiera haber padecido a causa de dicha muerte. La suma de esas estimaciones, expresada en su valor actual en efectivo, representará por lo general la pérdida sufrida por el reclamante."⁶⁰

En los casos de privación de libertad, los árbitros algunas veces otorgaron una cantidad fija por cada día de detención⁶¹. A menudo se aumentó la cuantía de la indemnización en los casos en

⁵⁹ *Affaire du navire "Saiga" (N° 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. la Guinée)*, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, sentencia de 1° de julio de 1999.

⁶⁰ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, pág. 32 (1923), en pág. 35.

⁶¹ Por ejemplo, el asunto *Topaze*, ibíd., vol. IX, pág. 387 (1903), en pág. 389; el asunto *Faulkner*, ibíd., vol. IV, pág. 67 (1926), en pág. 71.

que a la detención y prisión ilegales se añadían unas condiciones de detención abusivas que habían ocasionado un daño físico o psíquico particularmente grave⁶².

19) La cuestión de la indemnización por daños personales se ha planteado en los órganos competentes en materia de derechos humanos, en particular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las indemnizaciones otorgadas abarcan tanto las pérdidas materiales (lucro cesante, pensiones, gastos médicos, etc.) como los daños no patrimoniales (*pretium doloris*, dolor psíquico o moral, humillación, pérdida de alegría de vivir y pérdida de relaciones de afecto y amistad), los cuales generalmente se cuantifican sobre la base de una evaluación equitativa. Hasta ahora, la cuantía de la reparación o la indemnización de daños y perjuicios otorgada o recomendada por esos órganos ha sido modesta⁶³. No obstante, las resoluciones dictadas por los órganos de derechos humanos en materia de indemnización se fundan en los principios del derecho internacional general relativos a la reparación⁶⁴.

20) Además de un gran número de acuerdos de indemnización mediante el pago de una suma global o a tanto alzado relativos a reclamaciones múltiples⁶⁵, una amplia variedad de tribunales y comisiones especiales y permanentes conocen desde hace dos siglos de las demandas de indemnización por daños patrimoniales causados a nacionales de los Estados por un hecho

⁶² Por ejemplo, el asunto *William McNeil*, ibíd., vol. V, pág. 164 (1931), en pág. 168.

⁶³ Véase el estudio de D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Clarendon Press, 1999), caps. 8 y 9; A. Randelzhofer & C. Tomuschat (eds.) *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, (La Haya, Nijhoff, 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.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, la resolución dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto *Velásquez Rodríguez*, *Inter-Am.Ct.H.R., Series C, N° 4* (1989), en págs. 26 y 27 y 30 y 31. Cf. también *Papamichalopoulos v. Greece (Artículo 50)*, *E.C.H.R., Series A, N° 330-B* (1995), en pág. 36.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, R. B. Lillich & B. H. Weston, *Internacional Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements* (Charlottesville, University Press of Virginia, 1975); B. H. Weston, R. B. Lillich & D. J. Bederman, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, 1975-1995* (Ardsley, N.Y., Transnational Publishers, 1999).

internacionalmente ilícito. Dada la diversidad de los órganos jurisdiccionales, las sentencias dictadas son muy variadas⁶⁶. No obstante, proporcionan principios útiles para determinar la cuantía de la indemnización por ese tipo de daños.

21) El punto de referencia a efectos de evaluación es la pérdida sufrida por el demandante cuyos derechos patrimoniales han sido conculcados. Generalmente las pérdidas se calculan en relación con determinadas clases de daños: i) la indemnización por el valor en capital; ii) la indemnización por lucro cesante; y iii) la indemnización por gastos accesorios.

22) La indemnización por el valor en capital del bien confiscado o destruido como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito generalmente se calcula con arreglo al "valor normal de mercado" del bien perdido⁶⁷. El método empleado para calcular el "valor

⁶⁶ Persiste la controversia en relación con los casos de expropiación, especialmente con respecto a las normas aplicables en materia de indemnización a la luz de la distinción entre expropiación legal de bienes decretada por el Estado, por una parte, y privación ilícita de bienes, por otra, distinción formulada claramente por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, (*Affaire relative a l'usine de Chorzów, Farel, 1928, C.P.J.I., série A, N° 17*, pág. 47). En varios asuntos, los tribunales han aplicado la distinción para otorgar indemnización por lucro cesante en los casos de privación ilícita de bienes (véase, por ejemplo, las observaciones del árbitro en el asunto *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Gobierno de Libia*, (1982) *I.L.R.*, vol. 62, pág. 141, en págs. 202 y 203; y también el arbitraje relativo a *Aminoil (Gobierno de Kuwait c. American Independent Oil Company*, (1982) *I.L.R.*, vol. 66, pág. 529, en pág. 600, párr. 138; y el asunto *Amoco International Finance Corporation c. Gobierno de la República Islámica del Irán*, (1987) 15 *Irán-U.S.C.T.R.* 189, en pág. 246, pág. 192). Ahora bien, esa distinción entre los principios aplicables en materia de indemnización según la legalidad o ilegalidad de la privación de los bienes no se ha hecho en todos los casos. Véase, por ejemplo, la resolución del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en *Phillips Petroleum Co. Iran v. Government of the Islamic Republic of Iran*, (1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.*, 79, en el que el Tribunal no hizo ninguna distinción según la licitud de la privación de bienes y otorgó una indemnización por lucro cesante.

⁶⁷ Véase el asunto *American International Group Inc. c. Gobierno de la República Islámica del Irán*, en el que el Tribunal decretó que, en derecho internacional general, "la valoración debe efectuarse sobre la base del valor normal de mercado de las acciones": (1983) 4 *Irán-U.S.C.T.R.* 96, en pág. 106. En el asunto *Starrett Hausing Corp c. Gobierno de la República Islámica del Irán*, el Tribunal aceptó la definición de valor normal de mercado formulada por el perito, a saber, "el precio que un comprador de buena fe estaría dispuesto a pagar a un vendedor de buena fe en circunstancias en que ambos poseyeran información adecuada, desearan obtener el máximo beneficio económico posible y ninguno de ellos estuviera sujeto a coacción o amenaza": (1987) 16 *Irán-U.S.C.T.R.* 79, en págs. 119 y 120. Véase también *Banco Mundial, Directrices relativas al Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa* que, en el párrafo 3 de la parte IV, establecen que la indemnización "se considerará adecuada si

normal de mercado" depende, sin embargo, de la naturaleza del bien de que se trate. Cuando el bien de que se trate o un bien comparable sea objeto de libre comercio en el mercado abierto, su valor se puede determinar más fácilmente. En tales casos, la elección y aplicación de los métodos del valor del activo basados en los datos del mercado y las características físicas del bien no plantean muchos problemas, aparte de los relacionados con la prueba en el caso de reclamaciones pendientes desde hace mucho tiempo⁶⁸. Cuando los bienes de que se trata son únicos o raros, por ejemplo, obras de arte u otros bienes culturales⁶⁹, o no han sido objeto de operaciones frecuentes o recientes en el mercado, la determinación del valor es más difícil. Así puede ocurrir, por ejemplo, con respecto a ciertas entidades mercantiles que tienen el carácter de empresas en funcionamiento, especialmente si las acciones no son objeto periódicamente de operaciones en bolsa⁷⁰.

23) Las decisiones de diversos tribunales especiales, en particular después de 1945, versan fundamentalmente sobre reclamaciones concernientes a entidades mercantiles nacionalizadas.

se basa en el valor normal de mercado del bien expropiado, cuando ese valor se determine inmediatamente antes del momento en que se produjo la expropiación o se hizo pública la decisión de expropiar el bien": Banco Mundial, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, 2 volúmenes (Washington, I.B.R.D., 1992), vol. II, pág. 41. Asimismo, con arreglo al párrafo 1 del artículo 13 del Tratado sobre la Carta de la Energía, *I.L.M.*, vol. 33 (1994), pág. 360, la indemnización por expropiación "equivaldrá al valor normal de mercado de la inversión expropiada en el momento inmediatamente anterior a la expropiación...".

⁶⁸ Especialmente cuando se pacta el pago de una suma global, se llega a un acuerdo decenas de años después de la presentación de la reclamación. Véase, por ejemplo, el Acuerdo entre la URSS y el Reino Unido, celebrado el 15 de julio de 1986, concerniente a reclamaciones que se remontaban a 1917, y el Acuerdo entre China y el Reino Unido, de 5 de junio de 1987, con respecto a reclamaciones presentadas en 1949. En esos casos, la elección del método de valoración a veces estuvo dictado por la disponibilidad de pruebas.

⁶⁹ Véase Informe y Recomendaciones formulados por el Grupo de Comisionados en relación con la segunda parte de la primera serie de reclamaciones individuales por daños y perjuicios que exceden de 100.000 dólares, de 12 de marzo de 1998, S/AC.26/1998/3, párrs. 48 y 49, en la que la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas examinó una reclamación de indemnización en relación con la colección de arte islámico de que había sido privado el reclamante por personal militar iraquí.

⁷⁰ Puede utilizarse el precio de las acciones cuando éste constituya prueba suficiente de su valor, como se hizo en el asunto *INA Corporation c. República Islámica del Irán*, (1985) 8 *Irán-U.S.C.T.R.*, 373.

El método más utilizado en esos casos consistió en examinar los activos de la empresa, teniendo en cuenta el fondo de comercio y la rentabilidad, según el caso. Este método ofrece la ventaja de que permite determinar la indemnización en toda la medida de lo posible a partir de una evaluación objetiva del valor de la masa de activos físicos de la empresa. El valor del fondo de comercio y otros indicadores de rentabilidad puede ser incierto, a menos que se derive de datos procedentes de una venta reciente o de una oferta aceptable en condiciones de mercado. Con todo, en el caso de entidades mercantiles rentables en las que el todo es mayor que la suma de las partes, la indemnización resultaría incompleta si no se prestara debida atención a esos factores⁷¹.

24) Otro método de valoración de la pérdida de capital es la determinación del valor contable neto, es decir, la diferencia entre el activo total de la empresa y el pasivo total que figuran en sus libros. Sus ventajas son que las cifras pueden determinarse en función de los costos de mercado, se extraen normalmente de un libro actual y se basan en datos generados para fines distintos del de fundar en ellos la reclamación. En consecuencia, el valor contable neto (o alguna variante de ese método) se ha empleado para calcular el valor de una empresa. Las limitaciones del método estriban en el hecho de basarse en los costos históricos, en el carácter conservador de ciertos principios de contabilidad que tienden a infravalorar los activos, particularmente en períodos de inflación, y en el hecho de que el objetivo que se persigue al calcular las cifras no tiene en cuenta el contexto de indemnización y las normas que le son propias. El balance tal vez contenga un asiento relativo al fondo de comercio, pero la fiabilidad de esas cifras depende de su proximidad al momento de una venta real.

⁷¹ En las primeras reclamaciones se reconocía que incluso cuando la privación de bienes era legal, en el caso de una empresa en plena actividad la indemnización iba más allá del valor de los elementos del patrimonio de la empresa. Así, la Comisión de Reclamaciones entre los Estados Unidos de América y México, al rechazar una reclamación por lucro cesante en un caso de privación lícita, indicó que la cantidad en concepto de pago por los elementos del patrimonio "aumentaría a causa de la existencia de los elementos constitutivos de una empresa en plena actividad": *Wells Fargo & Company c. México (Decisión N° 22-B)*, Comisión de Reclamaciones entre los Estados Unidos de América y México (1926), pág. 153. Véase también la decisión 9 del Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, S/AC.26/1992/9, párr. 16.

25) En los casos en que no se trata de una empresa en funcionamiento⁷², se suele emplear el denominado valor de "liquidación" o de "disolución". En esos casos no se tiene en cuenta ningún valor por encima del valor de mercado de cada uno de los elementos del activo. Se han elaborado técnicas para calcular, a falta de transacciones reales, valores hipotéticos que representan lo que podrían acordar un comprador de buena fe y un vendedor de buena fe⁷³.

26) Desde 1945, se han elaborado técnicas de valoración más complejas para descomponer en factores los diferentes elementos de riesgo y de probabilidad⁷⁴. El método del flujo de efectivo actualizado ha cobrado cierto predicamento, particularmente en el contexto de los cálculos de ingresos durante un período limitado, como ocurre en el caso de los activos consumibles. Si bien fue elaborado para evaluar el valor comercial de un bien, también puede ser utilizado para calcular el valor de un bien a efectos de indemnización⁷⁵. No obstante, la aplicación del método del flujo de efectivo actualizado para determinar el valor en capital a efectos de indemnización puede plantear dificultades. Este método analiza una amplia gama de elementos de índole intrínsecamente especulativa, algunos de los cuales influyen considerablemente en el resultado

⁷² Véase un ejemplo de empresa no considerada en plena actividad en *Phelps Dodge Corp. c. República Islámica del Irán*, (1986) 10 *Irán-U.S.C.T.R.* 121, en el que la empresa no llevaba constituida suficiente tiempo para demostrar su viabilidad. En el asunto *Sedco c. NIOC*, el reclamante únicamente pedía el valor de liquidación: (1986) 10 *Irán-U.S.C.T.R.* 180.

⁷³ El carácter hipotético del resultado se examina en el asunto *Amoco International Finance Corp. c. República Islámica del Irán*, (1987) 15 *Irán-U.S.C.T.R.* 189, en págs. 256 y 257, párrs. 220 a 223.

⁷⁴ Véase, por ejemplo, la metodología detallada elaborada por la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas para evaluar las reclamaciones de sociedades kuwaitíes (informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la primera serie de reclamaciones "E4", 19 de marzo de 1999, S/AC.26/1999/4, párrs. 32 a 62) y las reclamaciones presentadas en nombre de sociedades mercantiles y otras personas jurídicas no kuwaitíes, con exclusión de las reclamaciones de los sectores petrolero, construcción e ingeniería y garantías a la exportación (informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la tercera serie de reclamaciones "E2", 9 de diciembre de 1999, S/AC.26/1999/22).

⁷⁵ La utilización del método de flujo de efectivo actualizado para evaluar el valor de capital fue analizado con cierto detalle en *Amoco International Finance Corp. c. República Islámica del Irán*, (1987) 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189; *Starrett Housing Corp. c. República Islámica del Irán*, (1987) 16 *Irán-U.S.C.T.R.* 112; *Phillips Petroleum Co. Iran c. República Islámica del Irán*, (1989) 21 *Iran-U.S.C.T.R.* 79; y *Ebrahimi (Shahin Shaine) c. República Islámica del Irán*, (1994) 30 *Iran-U.S.C.T.R.* 170.

(por ejemplo, las tasas de actualización, las fluctuaciones monetarias, la tasa de inflación, el precio de los productos básicos, los tipos de interés y otros riesgos comerciales). Esto ha dado lugar a que los tribunales apliquen ese método con cautela. De ahí que, aunque los métodos de evaluación basados en los ingresos hayan sido aceptados en principio, se manifiesta una marcada preferencia por los métodos basados en los activos⁷⁶. Motivo particular de preocupación es el riesgo de doble imputación que resulta de la relación entre el valor en capital de una empresa y sus beneficios de origen contractual⁷⁷.

27) El párrafo 2 del artículo 36 reconoce que en ciertos casos la indemnización por lucro cesante puede ser apropiada. Varios tribunales internacionales han incluido un componente de lucro cesante al fijar la cuantía de las indemnizaciones: por ejemplo, las resoluciones dictadas en el asunto del *Cape Horn Pigeon*⁷⁸ y el asunto *Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Company*⁷⁹. El lucro cesante desempeñó un papel incluso en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, al resolver la Corte Permanente de Justicia Internacional que la parte perjudicada

⁷⁶ Véase, por ejemplo, los asuntos *Amoco International Finance Corp. c. República Islámica del Irán*, 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189 (1987); *Starrett Housing Corp. c. República Islámica del Irán*, 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 112 (1987); *Phillips Petroleum Co. Iran c. República Islámica del Irán*, 21 *Iran-U.S.C.T.R.* 79 (1989). En el caso de las reclamaciones por lucro cesante, existe igualmente una preferencia a favor de tener en cuenta los resultados pasados en vez de las previsiones. Por ejemplo, la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas señala en sus directrices para la valoración de las pérdidas mercantiles, en su decisión 9 (S/AC.26/1992/9), párr. 19), lo siguiente: "Por eso, el método de evaluación debería basarse en el rendimiento pasado y no en previsiones y proyecciones para el futuro".

⁷⁷ Véase, por ejemplo *Ebrahimi (Shahin Shaine) c. República Islámica del Irán*, (1994) 30 *Iran-U.S.C.T.R.* 170, párr. 159.

⁷⁸ *Etats-Unis d'Amérique c. Russie*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, pág. 63 (1902), (incluida una indemnización por lucro cesante como consecuencia del apresamiento de un ballenero estadounidense). Se llegó a conclusiones análogas en el asunto *Delagoa Bay Railway* (1900), Martens, *Nouveau Recueil*, 2ª serie, vol. XXX, pág. 329; Moore, *International Arbitrations*, vol. II, pág. 1865 (1900), el asunto *William Lee*, Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, pág. 3405 a 3407 (1867) y al asunto *Yuille Shortridge and Co. (Great Britain v. Portugal)*, de Lapradelle & Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pág. 78 (1861). Estas resoluciones se diferencian de las adoptadas en el asunto *Canada (United States of America v. Brasil)*, Moore, *International Arbitrations*, vol. II, pág. 1733 (1870) y el asunto *Lacaze*, de Lapradelle & Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pág. 290.

⁷⁹ (1963) *I.L.R.*, vol. 35, pág. 136, en págs. 187 y 189.

debía recibir a título de indemnización de daños y perjuicios el valor que tenían los bienes, no en el momento de la expropiación, sino en el del resarcimiento⁸⁰. En los arbitrajes *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Libia*⁸¹ y en algunos arbitrajes del C.I.A.D.I.⁸² también se otorgó una indemnización por lucro cesante con respecto a las ganancias dejadas de obtener en virtud del contrato. No obstante, las indemnizaciones por las ganancias dejadas de obtener no se han otorgado en la práctica con tanta frecuencia como las indemnizaciones por pérdidas acumuladas. Los tribunales se han mostrado renuentes a otorgar indemnización en casos de reclamaciones con elementos intrínsecamente especulativos⁸³. En comparación con los activos físicos, los beneficios (y los bienes inmateriales cuyo valor se basa en los ingresos) son relativamente vulnerables a los riesgos comerciales y políticos tanto más cuanto más lejos se llega en las proyecciones. Se ha otorgado una indemnización por pérdida de beneficios futuros en los casos en que una corriente de ingresos previstos había adquirido tales características que podía ser considerada un interés legítimo jurídicamente protegido con un grado suficiente de certeza para

⁸⁰ *Usine de Chorzów (Fond)*, 1928, C.P.J.I., serie A, N° 17, págs. 47 y 48, y pág. 53.

⁸¹ (1977), I.L.R., vol. 62, pág. 140.

⁸² Véase, por ejemplo, *Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia*, First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case (1990), 1 I. C. S. I. D. Reports 377; *AGIP Spa v. Government of the People's Republic of the Congo* (1979) 1 I. C. S. I. D. Reports 306.

⁸³ Según el árbitro en el asunto *Shufeldt (USA/Guatemala)*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pág. 1079 (1930), en pág. 1099, "el lucro cesante debe ser el resultado directo del contrato y no demasiado remoto ni especulativo". Véase también *Amco Asia Corp. and Others v. Republic de Indonesia*, (1990) 1 I.C.S.I.D. Reports 569, en pág. 612, párr. 178, donde se dice que las "ganancias no especulativas" son indemnizables. La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas también ha hecho hincapié en el requisito de que los reclamantes aporten "pruebas claras y convincentes de la rentabilidad en ese momento y de la que se esperaba en el futuro" (véase Informe y Recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la primera serie de reclamaciones "E3", de 17 de diciembre de 1998 (S/AC.26/1998/13), párr. 147). Al evaluar las reclamaciones por lucro cesante en relación con contratos de construcción, los Grupos de Comisionados generalmente han exigido que el reclamante tenga en cuenta en su cálculo el riesgo inherente al proyecto (ibíd., párr. 157; Informe y Recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la cuarta serie de reclamaciones "E3", de 30 de septiembre de 1999 (S/AC.26/1999/14), párr. 126.

ser indemnizable⁸⁴. Esto se ha logrado normalmente en virtud de pactos contractuales o, en algunos casos, una larga serie de antecedentes de tratos comerciales⁸⁵.

28) Se pueden distinguir tres categorías de ganancias dejadas de obtener: en primer lugar la pérdida de los beneficios dimanantes de bienes generadores de renta sufrida durante un período en que no se ha producido injerencia alguna en el dominio, distinta de la pérdida temporal del uso o disfrute; en segundo lugar, la pérdida de los beneficios dimanantes de bienes generadores de renta sufrida entre la fecha de privación del dominio y la de la solución del litigio⁸⁶; y en tercer lugar, la pérdida de beneficios futuros en que se otorga una indemnización por los beneficios previstos después de la fecha de solución del litigio⁸⁷.

⁸⁴ Al examinar las reclamaciones por pérdida de beneficios futuros, el Grupo de Comisionados de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas que se ocupaba de la cuarta serie de reclamaciones "E3" expresó la opinión de que, para que una reclamación de esa clase mereciera una recomendación "es necesario demostrar, mediante las debidas pruebas documentales o de otra índole, que las actividades anteriores del reclamante han tenido buen fin (es decir que han sido rentables), y aportar datos que permitan concluir el carácter fundado de la hipótesis de que había firmado otros contratos rentables": Informe y Recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la cuarta serie de reclamaciones "E3", de 30 de septiembre de 1999 (S/AC.26/1999/14), párr. 140.

⁸⁵ Según Whiteman, "para ser resarcibles, los beneficios futuros no deben ser demasiado especulativos, contingentes, inciertos, etc. Debe probarse que habían sido *raisonnablement* previstos; y que los beneficios previstos eran probables y no meramente posibles": Whiteman, *Damages*, vol. III, pág. 1837.

⁸⁶ Se trata generalmente de la privación de bienes, a diferencia de la resolución ilícita de un contrato o una concesión. De concederse la restitución, el otorgamiento de una indemnización por ganancias dejadas de obtener sería análogo a la otorgada en el caso de un desposeimiento temporal. Si no se otorga la restitución, como el *Affaire relative à l'usine de Chorzów (Farel)*, 1928, C.P.J.I. *serie A*, N° 17, pág. 47, y en el asunto *Reclamations des armateurs norvégiens (Norvège/États-Unis d'Amérique)*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I, pág. 307 (1922), el resarcimiento de las ganancias dejadas de obtener se concede hasta el momento en que se otorga una indemnización en lugar de la restitución.

⁸⁷ La indemnización de las pérdidas de beneficios futuros se ha otorgado más bien en el caso de ingresos estipulados en un contrato, como en el asunto *Amco Asia (Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia)*, First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case, (1990) 1 *I.C.S.I.D. Reports* 377, y no basándose en la expropiación de bienes generadores de renta. En el Informe y Recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la segunda serie de reclamaciones "E2" (S/AC.26/1999/6), relativas a la disminución de los beneficios, el Grupo de Comisionados resolvió que las pérdidas derivadas de un descenso de la actividad

29) La primera categoría comprende las reclamaciones de indemnización por ganancias dejadas de obtener a causa de la pérdida temporal del uso y disfrute del activo generador de renta.⁸⁸ En esos casos no hay injerencia en el dominio, y por lo tanto, la pérdida indemnizada en el período correspondiente es la renta a que tenía derecho el reclamante en virtud de su posesión pacífica.

30) La segunda categoría de reclamaciones versa sobre la privación ilícita de un bien generador de renta. En esos casos se ha otorgado una indemnización por las ganancias dejadas de obtener hasta el momento de la solución del litigio. En el asunto relativo a la *Fábrica de Chorzów*⁸⁹, esa indemnización adoptó la forma de reinversión de ingresos, correspondiente a los beneficios calculados para el período comprendido entre la fecha de la expropiación y la fecha de la sentencia. En el asunto de las *Reclamaciones de los armadores noruegos*⁹⁰, la indemnización por las ganancias dejadas de obtener tampoco fue otorgada por un período posterior a la fecha de la resolución dictada. Una vez reintegrado el valor capitalizado de los bienes generadores de renta por medio del mecanismo de la indemnización, las sumas pagadas por ese concepto se pueden volver a invertir para restablecer una corriente de ingresos. Aunque las razones que justifican el otorgamiento de una indemnización por las ganancias dejadas de obtener en estos casos son menos claras, ello puede deberse a que el derecho de goce ininterrumpido del

comercial eran indemnizables aunque no hubieran resultado afectados bienes corporales y la empresa hubiera continuado en funcionamiento durante el período considerado (ibíd. párr. 76).

⁸⁸ Muchos de los primeros asuntos conciernen a buques apresados e inmovilizados. En el asunto del "*Montijo*", un buque de los Estados Unidos apresado en Panamá, el superárbitro otorgó una suma de dinero por día por la pérdida de uso del buque: Moore, *International Arbitrations*, vol. II, pág. 1421 (1875). En el asunto *Betsey*, se otorgó una indemnización, no sólo por el valor del cargamento embargado y retenido, sino también por las demoras debidas por el período correspondiente a la pérdida de uso: Moore, *International Adjudications*, vol. V, pág. 47, en pág. 113 (1794).

⁸⁹ *Usine de Chorzów (Fond)*, 1928, C.P.J.I., série A, N° 17, pág. 47.

⁹⁰ *Réclamations des armateurs norvégiens (Norvège/Etats-Unis d'Amérique)*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I, pág. 307 (1922).

reclamante respecto del bien de que se trata se considera que abarca hasta el momento en que la restitución potencial se convierte en el pago de una indemnización⁹¹.

31) La tercera categoría de reclamaciones por lucro cesante se plantea en relación con las concesiones y otros derechos contractualmente protegidos. También en esos casos, la pérdida de renta futura ha sido a veces indemnizada⁹². En el caso de los contratos, lo que se indemniza es la corriente de ingresos futura, hasta el momento en que concluya el reconocimiento legal del título. En algunos contratos, ello es inmediato, por ejemplo, cuando el contrato puede ser resuelto a instancias del Estado⁹³, o cuando existe otro motivo de resolución del contrato. O puede producirse en una fecha ulterior fijada en las propias cláusulas del contrato.

32) En otros casos, las ganancias dejadas de obtener quedaron excluidas basándose en que no habían sido suficientemente probadas como derecho jurídicamente protegido. Por ejemplo, en el

⁹¹ Por lo que respecta al método adoptado por la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas cuando conoce de las reclamaciones por lucro cesante relacionadas con la destrucción de empresas a raíz de la invasión de Kuwait por el Iraq, véase el Informe y Recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la primera serie de reclamaciones "E4", de 19 de marzo de 1999 (S/AC.26/1999/4), párrs. 184 a 187.

⁹² En algunos casos, la indemnización por las ganancias dejadas de obtener no se otorgó más tarde de la fecha de la resolución, aunque por motivos que no guardaban relación con la naturaleza del bien generador de renta. Véase, por ejemplo, el asunto *Robert May (Estados Unidos c. Guatemala)*, 1900 For. Rel. 648; Whiteman, *Damages*, vol. III, págs. 1704 y 1860, en que la concesión había expirado. En otro asunto, un caso de fuerza mayor tuvo por efecto suspender la ejecución de obligaciones contractuales: véase, por ejemplo, *Gould Marketing, Inc. v. Ministry of Defense*, (1984) 6 *Iran-U.S.C.T.R.* 272; *Sylvania Technical Systems v. Islamic Republic of Iran*, (1985) 8 *Iran-U.S.C.T.R.* 298. En el asunto de *Delagoa Bay Railway Co. (Great Britain, United States of America/Portugal)*, Martens, *Nouveau Recueil*, segunda serie, vol. XXX, pág. 329; Moore, *International Arbitrations*, vol. II, pág. 1865 (1900), y en el asunto *Shufedlt (U.S.A./Guatemala)*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pág. 1079 (1930), se otorgó una indemnización por lucro cesante respecto de una concesión que había vencido. En *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company*, (1963) *I.L.R.*, vol. 35, pág. 136; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, (1977) *I.L.R.*, vol. 62, pág. 140 y *Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia*, First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case (1990), 1 *I.C.S.I.D. Reports* 367, se otorgaron indemnizaciones por las ganancias dejadas de obtener sobre la base de relaciones contractuales.

⁹³ Como en el asunto *Sylvania Technical Systems v. Islamic Republic of Iran*, (1985) 8 *Iran-U.S.C.T.R.* 298.

asunto *Oscar Chinn*⁹⁴ no se reconoció a un monopolio la condición de derecho adquirido. En el asunto *Asian Agricultural Products*⁹⁵, la reclamación en concepto de ganancias dejadas de obtener formulada por una empresa de reciente creación fue rechazada por falta de pruebas acerca de sus ganancias acreditadas. Las reclamaciones en concepto de lucro cesante también están sujetas a la serie habitual de limitaciones del resarcimiento de los daños y perjuicios, como el nexo causal, el grado de proximidad de la causa, los requisitos de prueba y los principios de contabilidad, que tienden a descontar los elementos especulativos de las cifras proyectadas.

33) De otorgarse el resarcimiento de las ganancias dejadas de obtener, no parece apropiado otorgar intereses a tenor de lo dispuesto en el artículo 38 sobre el capital generador de renta durante el mismo período de tiempo, por el mero hecho de que el capital no puede simultáneamente devengar intereses y generar beneficios. La finalidad principal es evitar el doble resarcimiento y garantizar al mismo tiempo una reparación completa.

34) Se reconoce generalmente que los gastos accesorios son indemnizables si se efectuaron razonablemente para reparar el daño y aminorar de otro modo las pérdidas derivadas del incumplimiento⁹⁶. Esos gastos pueden ser los relacionados con el desplazamiento de personal o la necesidad de almacenar o vender con pérdidas productos no entregados.

⁹⁴ *C.P.J.I., série A/B, N° 63*, pág. 65 (1934).

⁹⁵ *Asian Agricultural Products Ltd. v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, (1990) 4 *I.C.S.I.D. Reports* 245.

⁹⁶ Han otorgado indemnizaciones en concepto de gastos accesorios la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas (Informe y Recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la primera serie de reclamaciones "E2" (S/AC.26/1998/7), al otorgar indemnización por los gastos de evacuación y socorro (párrs. 133, 153 y 249), el costo de repatriación de los empleados (párr. 228), los gastos de resolución de los contratos (párr. 214), los gastos de renovación (párr. 225) y los gastos realizados para aminorar el daño (párr. 183)), y el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán (véase *General Electric Company v. Islamic Republic of Iran*, (1991, 26 *Iran-U.S.C.T.R. 148* (1991), párrs. 56 a 60, pág. 68), que otorgó una indemnización por las partidas revendidas con pérdidas y los gastos de almacenamiento).

Artículo 37

Satisfacción

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.
2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.
3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.

Comentario

- 1) La satisfacción es la tercera forma de reparación que el Estado responsable puede tener que proporcionar en cumplimiento de su obligación de dar plena reparación por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito. No se trata de una forma normal de reparación, por cuanto en muchos casos el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de un Estado puede repararse íntegramente por restitución o indemnización. El carácter bastante excepcional del recurso a la satisfacción y su relación con el principio de la reparación íntegra se ponen de relieve en la frase "en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización". Sólo en los casos en que esas dos formas no hayan proporcionado la reparación íntegra puede ser necesaria la satisfacción.
- 2) El artículo 37 se divide en tres párrafos, cada uno de los cuales trata de un aspecto distinto de la satisfacción. El párrafo 1 se refiere al carácter jurídico de la satisfacción y a los tipos de perjuicios por los que puede darse esta satisfacción. El párrafo 2 describe, de manera no exhaustiva, alguna de las modalidades de la satisfacción. El párrafo 3 pone limitaciones a la obligación de dar satisfacción, teniendo en cuenta la práctica anterior en casos en que a veces se pidieron formas de satisfacción no razonables.
- 3) De conformidad con el párrafo 1, el perjuicio que el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente comprende "todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito de un Estado". El daño material y moral resultante de un hecho internacionalmente ilícito podrá evaluarse normalmente en términos financieros y, por consiguiente estará cubierto por el recurso a la indemnización. Por otra parte, la satisfacción es

el remedio para los perjuicios que no pueden evaluarse en términos financieros y que equivalen a una ofensa al Estado. Esos perjuicios son a menudo de carácter simbólico, y dimanar del hecho mismo del incumplimiento de la obligación, independientemente de sus consecuencias materiales para el Estado interesado.

4) La disponibilidad del remedio de satisfacción por un perjuicio de ese tipo, a veces descrito como "perjuicio no material" ("préjudice immatériel")⁹⁷, está bien establecido en el derecho internacional. Por ejemplo, según el laudo dictado en el asunto del Rainbow Warrior:

"Es una práctica de larga data de los Estados y las cortes y tribunales internacionales 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"⁹⁸.

En la práctica de los Estados también hay muchos casos en que se ha exigido satisfacción en circunstancias en que el hecho internacionalmente ilícito de un Estado causa un perjuicio no material a otro Estado. Como ejemplos cabe citar los ultrajes a los símbolos del Estado, por ejemplo la bandera nacional⁹⁹, las violaciones de la soberanía o la integridad territorial¹⁰⁰, los ataques a buques o aeronaves¹⁰¹, los malos tratos o ataques deliberados contra jefes de Estado o

⁹⁷ Véase C. Dominicé, "De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un Etat", en *L'ordre juridique international entre tradition et innovation: Recueil d'études* (París, P.U.F., 1997), pág. 349 en pág. 354.

⁹⁸ *Rainbow Warrior (New Zealand/France) R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990) en págs. 272 y 273, párr. 122.

⁹⁹ Como ejemplo cabe citar el asunto *Magee* (1874) (Whiteman, *Damages*, vol. I, pág. 64), el asunto *Petit Vaisseau* (1863), (Whiteman *Damages*, segunda serie, vol. III, N° 2564) y el asunto que planteó el ultraje a la bandera francesa en Berlín en 1920 (C. Eagleton, *The responsibility of States in International Law* (Nueva York, New York University Press, 1928), págs. 186 y 187).

¹⁰⁰ Como ocurrió en el arbitraje relativo al asunto *Rainbow Warrior*, *R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 17 (1990).

¹⁰¹ Como ejemplos cabe citar el ataque en 1961 contra una aeronave soviética, con el Presidente Brezhnev a bordo, realizado por cazas franceses sobre las aguas internacionales del Mediterráneo (*R.G.D.I.P.*, vol. 65 (1961), pág. 603); y el hundimiento en 1980 de un buque de las Bahamas por un avión cubano (*R.G.D.I.P.* vol. 84 (1980), págs. 1078 y 1079).

de Gobierno o contra representantes diplomáticos o consulares, u otras personas que gozan de protección diplomática¹⁰² y la violación de los locales de embajadas o consulados o de las residencias particulares de los miembros de la misión¹⁰³.

5) Según el párrafo 2 del artículo 37 la satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la infracción, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada. Las formas de satisfacción que se citan en el artículo son sólo ejemplos. La forma de satisfacción adecuada dependerá de las circunstancias y no puede prescribirse de antemano¹⁰⁴. Hay muchas posibilidades, incluida una investigación de las causas de un accidente que provocó un daño o perjuicio¹⁰⁵, un fondo fiduciario para gestionar el pago de indemnizaciones en interés de los beneficiarios, medidas disciplinarias o penales contra las personas cuya conducta causó el

¹⁰² Véase F. Przetacznik, "La responsabilité internationale de l'Etat à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre Etat", *R.G.D.I.P.*, vol. 78 (1974), pág. 951.

¹⁰³ A título de ejemplo cabe citar el ataque por manifestantes en 1851, al Consulado de España en Nueva Orleans (Moore, Digest, vol. VI, pág. 811, en pág. 812) y la fallida tentativa de dos policías egipcios de violar la sede del Consulado de Italia en Alejandría (*La prassi italiana di diritto internazionale*, segunda serie, (Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1970) vol. III, N° 2558). Véanse también los casos de disculpas y expresiones de pesar por las manifestaciones realizadas ante la embajada francesa en Belgrado en 1961 (*R.G.D.I.P.*, vol. 65 (1961), pág. 610), y el incendio de las bibliotecas del Servicio de Información de los Estados Unidos en el Cairo en 1964 (*R.G.D.I.P.*, vol. 69 (1965), págs. 130 y 131) y en Karachi en 1965 (*R.G.D.I.P.*, vol. 70 (1966), págs. 165 y 166).

¹⁰⁴ 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 EE.UU. a un fondo que habría de establecerse con el fin de "promover relaciones estrechas de amistad entre los ciudadanos de ambos países". Véase *R.I.A.A.*, vol. XX (1990), págs. 217 a 274, párrs. 126 y 127. Véase también L. Migliorino "Sur la déclaration d'illicéité comme forme de satisfaction: á propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire du Rainbow Warrior", *R.G.D.I.P.*, vol. 96 (1992), pág. 61.

¹⁰⁵ Véase por ejemplo, la investigación de la marina de los Estados Unidos sobre las causas de la colisión entre un submarino de los Estados Unidos y el buque de pesca japonés *Ehime Maru* en aguas de Honolulu: *New York Times*, 8 de febrero de 2001, sección 1, pág. 1, col. 6.

hecho internacionalmente ilícito¹⁰⁶ o el otorgamiento de daños y perjuicios simbólicos por un perjuicio no pecuniario¹⁰⁷. Las seguridades o garantías de no repetición, que se tratan en los Artículos en el contexto de la cesación, también pueden ser una forma de satisfacción¹⁰⁸. En el párrafo 2 no se trata de enumerar todas las posibilidades pero tampoco de excluirlas. Además, el orden de las modalidades de satisfacción citadas en el párrafo 2 no trata de reflejar ninguna jerarquía o preferencia. El párrafo 2, sencillamente, da ejemplos que no figuran según sean más apropiados o formales. El modo apropiado, de haber alguno, se determinará teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

6) Una de las modalidades de satisfacción más corrientes en el caso de un perjuicio moral o no material causado al Estado es la declaración de la ilicitud del hecho por una corte o tribunal competente. La utilidad del recurso a la declaración como forma de satisfacción en el caso de perjuicio no material a un Estado fue confirmado por la Corte Internacional en el asunto del *Estrecho de Corfú*, 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 apropiada¹⁰⁹."

Esta modalidad de satisfacción se ha aplicado en muchos casos ulteriores¹¹⁰. Sin embargo, aunque la formulación de una declaración por una corte o tribunal competente puede considerarse una forma de satisfacción en un caso determinado, esas declaraciones no están

¹⁰⁶ El castigo de las personas responsables fue exigido en el caso de la muerte en Palestina, en 1948, del Conde Bernadotte cuando estaba al servicio de las Naciones Unidas (Whiteman, *Digest*, vol. 8, págs. 732 y 743) y en el caso de la muerte de dos oficiales de los Estados Unidos en Teherán (*R.G.D.I.P.*, vol. 80, 1966, pág. 257).

¹⁰⁷ Véase por ejemplo, el asunto *"I'm Alone"*, *R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1609 (1935); *Rainbow Warrior*, *R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990).

¹⁰⁸ Véase el comentario del artículo 30 b), párr. 11).

¹⁰⁹ *Corfu Channel, Merits, I.C.J. Reports 1949*, pág. 4, párr. 35, que se repite en la *parte dispositiva*, pág. 36.

¹¹⁰ Por ejemplo, *Rainbow Warrior*, *R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990) en pág. 273, párr. 123.

asociadas intrínsecamente con el remedio de la satisfacción. Cualquier corte o tribunal que tenga jurisdicción sobre una controversia tiene facultades para determinar la licitud del comportamiento de que se trate y presentar sus conclusiones en una declaración, como parte necesaria del proceso que lleva a fallar sobre el asunto. Esa declaración puede ser un preliminar de una decisión sobre cualquier forma de reparación, o bien puede ser el único remedio exigido. Lo que hizo la Corte en el asunto del *Estrecho de Corfú* fue utilizar una declaración como forma de satisfacción en un caso en que Albania no había pedido ninguna otra forma de satisfacción. Además, esa declaración tiene otras ventajas: deberá ser clara y autosuficiente y, por definición, no podrá exceder del ámbito o límites que se imponen a la satisfacción en el párrafo 3 del artículo 37. En el párrafo 2 no se incluye una declaración judicial porque debe emanar de un tercero competente con jurisdicción sobre una controversia, y en los Artículos no se trata de especificar quién ha de ser ese tercero ni tampoco se abordan las cuestiones de jurisdicción. En cambio, el artículo 37 especifica como modalidad de satisfacción el reconocimiento de la violación por el Estado responsable.

7) Otra forma común de satisfacción es una disculpa, que puede darse de palabra o por escrito por un funcionario apropiado o incluso por el Jefe de Estado. En los casos "*I'm Alone*"¹¹¹, *Keller*¹¹² y *Rainbow Warrior*¹¹³, expresiones de pesar o disculpas fueron exigidas por un tercero, y ofrecidas por el Estado responsable en los asuntos *Consular Relations*¹¹⁴ y *LaGrand*¹¹⁵. Las peticiones o los ofrecimientos de disculpas son un aspecto muy frecuente de la práctica

¹¹¹ *R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1609 (1935).

¹¹² *Moore, Digest*, vol. V, pág. 43 (1897).

¹¹³ *R.I.A.A.*, vol. XX, pág. 217 (1990).

¹¹⁴ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (*Paraguay v. United States*), *Request for Provisional Measures*, *I.C.J. Reports 1998*, pág. 248. Véase el texto de las disculpas presentadas por los Estados Unidos en Departamento de Estado de los Estados Unidos, texto de la declaración publicada en Asunción (Paraguay); comunicado de prensa del portavoz James P. Rubin, 4 de noviembre de 1998. Véase la orden por la que se interrumpió el procedimiento en *I.C.J. Reports 1998*, pág. 426.

¹¹⁵ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Request for Provisional Measures*, *I.C.J. Reports 1999*, pág. 9 y *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Merits*, fallo de 27 de junio de 2001.

diplomática y la presentación a tiempo de una disculpa, cuando las circunstancias lo justifican, puede hacer mucho para resolver la controversia. En otras circunstancias, es posible que no haga falta una disculpa, por ejemplo, cuando un asunto se soluciona sobre una base *ex gratia*, o bien las disculpas pueden ser insuficientes. En el asunto *LaGrand* la Corte consideró que "en este caso las disculpas no son suficientes como tampoco lo serían en otros casos en que no se hubiera comunicado sin demora a los nacionales extranjeros sus derechos conforme al párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena o hubieran estado sometidos a una detención prolongada o sentenciados a penas severas"¹¹⁶.

8) Las exigencias excesivas formuladas en el pasado so pretexto de "satisfacción"¹¹⁷ sugieren la necesidad de imponer algún límite a las medidas que pueden reclamarse a título de satisfacción para evitar abusos, incompatibles con el principio de la igualdad de los Estados¹¹⁸. En particular, la satisfacción no debe ser de carácter punitivo y tampoco puede incluir daños y perjuicios punitivos. El párrafo 3 del artículo 37 impone limitaciones a la obligación de dar satisfacción estableciendo dos criterios: primero, la proporcionalidad de la satisfacción con relación al perjuicio; segundo, la exigencia de que la satisfacción no adopte una forma humillante por el Estado responsable. Es cierto que la expresión "humillante" es imprecisa, pero con seguridad hay ejemplos históricos de demandas de ese tipo.

¹¹⁶ *Ibíd.*, párr. 123.

¹¹⁷ Por ejemplo, la nota conjunta presentada al Gobierno chino en 1900 a raíz de la rebelión de los Boxer y la demanda de la Conferencia de Embajadores contra Grecia en el asunto "Tellini" en 1923; véase C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (Nueva York, New York University Press, 1928), pág. 187 y 188.

¹¹⁸ La necesidad de evitar los abusos en materia de satisfacción fue puesta de relieve por tratadistas anteriores como C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, (tercera edición) (Nördlingen, 1878); traducción francesa de C. Lardy, *Le droit international codifié*, (quinta edición revisada) (París, 1895), págs. 268 y 269.

Artículo 38

Intereses

1. Se debe pagar intereses sobre toda suma principal adeudada en virtud del presente capítulo, en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra. La tasa de interés y el modo de cálculo se fijarán de manera que se alcance ese resultado.

2. Los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago.

Comentario

1) Los intereses no constituyen una forma autónoma de reparación; tampoco son en todos los casos una parte necesaria de la indemnización. Por esta razón en el artículo 38 se utiliza el término "suma principal" en lugar de "indemnización". No obstante, en algunos casos puede ser necesaria una adjudicación de intereses para obtener la reparación íntegra del perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito, y esta cuestión se suele tratar por separado en las reclamaciones de indemnización y en los fallos de los tribunales.

2) Como principio general, un Estado lesionado tiene derecho a percibir intereses sobre la suma principal que representa su pérdida, si esa suma se calcula en una fecha anterior a la fecha de la liquidación de la reclamación o del fallo o laudo relativo a la reclamación, en la medida en ello sea necesario para asegurar la reparación íntegra¹¹⁹. En la jurisprudencia internacional hay apoyo en favor de una regla general para el otorgamiento de intereses como elemento de la reparación íntegra¹²⁰. En el asunto relativo al "*Wimbledon*", la Corte Permanente otorgó unos intereses simples del 6% a partir de la fecha de la sentencia, basándose en que sólo eran exigibles

¹¹⁹ Así no se adjudicarán intereses cuando la pérdida se evalúe en términos de valor corriente en la fecha del laudo, véase el arbitraje *Lighthouses*, *R.I.A.A.*, vol. XII, pág. 155 (1956), en págs. 252 y 253.

¹²⁰ Véase por ejemplo, la adjudicación de intereses hecha en el asunto *Illinois Central Railroad* *R.I.A.A.*, vol. IV, pág. 134 (1926); el asunto *Lucas (1966)* *I.L.R.*, vol. 30, pág. 220; véase también *Administrative Decision N° III* de la Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Alemania, *R.I.A.A.*, vol. VII, pág. 66 (1923).

"a partir del momento en que se haya fijado la suma debida y se haya determinado la obligación de pagar"¹²¹.

3) En otros tribunales también se han planteado con frecuencia cuestiones relativas a la adjudicación de intereses, tanto en casos en que la reclamación se refería a perjuicios sufridos por particulares como en casos en que el perjudicado era el propio Estado¹²². A este respecto merece señalarse la experiencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. En el asunto *República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América* (Asunto A-19), el Tribunal Plenario estimó que su competencia general para conocer de las reclamaciones incluía la facultad de otorgar intereses, pero rehusó establecer normas uniformes al respecto, basándose en que ello era de la competencia de cada Sala y correspondía al "ejercicio de las facultades discrecionales que se les dieran para decidir en cada caso particular"¹²³. 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 respeto al derecho". Al hacerlo, ha tratado normalmente los intereses, cuando se solicitaban como parte integrante de la "reclamación" sobre la que estaba obligado a decidir. El Tribunal observa que todas las Salas han otorgado igualmente intereses como "indemnización por 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 a los intereses en el convenio arbitral. Dado que la facultad de otorgar intereses es parte intrínseca de las facultades del Tribunal para resolver

¹²¹ 1923, *P.C.I.J., Series A, N° 1*, pág. 32. La Corte 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". La Corte Permanente también estimó que habían de pagarse intereses en el asunto *Factory at Chorzów, Merits, 1928, P.C.I.J., Series A, N° 17*, pág. 17 ("una suma equivalente a un interés del 5% anual desde la fecha del embargo hasta la del pago"). De hecho no se dictó un laudo porque la cuantía de la indemnización fue convenida ulteriormente entre las partes.

¹²² En el asunto *The M/V "Saiga" (N° 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar adjudicó intereses a diferentes tasas para diferentes categorías de pérdidas: véase la sentencia del 1° de julio de 1999, párr. 173.

¹²³ (1987) 16 *Irán-U.S.C.T.R.* 285, en pág. 290. Como señala G. H. Aldrich, *The jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Claredon Press, 1996) en págs. 475 y 476, la práctica de las tres Salas no ha sido totalmente uniforme.

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."¹²⁴

El Tribunal ha concedido intereses a una tasa distinta y ligeramente inferior en el caso de reclamaciones intergubernamentales¹²⁵. No ha otorgado intereses en algunos casos, por ejemplo cuando consideró que la suma global constituía una indemnización completa, o cuando se daban otras circunstancias especiales¹²⁶.

4) La Decisión 16 del Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas trata de la cuestión de los intereses. Dispone lo siguiente:

"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."¹²⁷

Esta disposición combina una decisión de principio favorable a los intereses cuando sea 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.

5) En ocasiones también han considerado la posibilidad de otorgar intereses las cortes y tribunales de derechos humanos, aunque la práctica de esos órganos en materia de indemnización

¹²⁴ (1987) 16 *Irán-U.S.C.T.R.* 285, en págs. 289 y 290.

¹²⁵ Véase C. N. Brower y J. D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (La Haya, Nijhoff, 1998), en págs. 626 y 627, y con referencias a los distintos asuntos. La tasa de interés adoptada fue del 10%, en comparación con el 12% por las reclamaciones comerciales.

¹²⁶ Véase el análisis detallado de la Sala Tercera en *McCullough & Co. Inc. v. Ministry of Post, Telegraph & Telephone & Others*, (1986) 11 *Irán-U.S.C.T.R.* 3, en págs. 26 a 31.

¹²⁷ "Adjudicación de intereses", Decisión 16 de 4 de enero de 1993 (S/AC.26/1992/16).

es relativamente prudente y las reclamaciones casi nunca están cuantificadas. Esto se hace, por ejemplo, para proteger el valor de las indemnizaciones por daños y perjuicios pagaderas a plazos¹²⁸.

6) En su práctica más reciente, las comisiones y tribunales nacionales de indemnización han otorgado generalmente intereses al fijar la cuantía de la indemnización. Sin embargo, en algunos casos de liquidación parcial en forma de suma global, las reclamaciones se limitaron expresamente al principal, considerando que, dada la limitación de los fondos que deben distribuirse, debía darse prioridad a las reclamaciones del principal¹²⁹. Algunas decisiones de tribunales nacionales también han tratado las cuestiones de intereses conforme al derecho internacional¹³⁰, aunque es más frecuente que las cuestiones relativas a los intereses se traten como parte de la ley del foro.

7. Aunque en las decisiones y la práctica internacionales la tendencia sea hacia una mayor exigibilidad de los intereses como elemento de la reparación completa, un Estado lesionado no tiene automáticamente derecho al pago de intereses. El otorgamiento de intereses depende de las circunstancias de cada caso; en particular, de si el otorgamiento de intereses es necesario para asegurar la preparación íntegra. Este enfoque es compatible con la tradición de varios ordenamientos jurídicos así como con la práctica de los tribunales internacionales.

8) Un aspecto de la cuestión de los intereses es la posible concesión de intereses compuestos. La opinión general de las cortes y tribunales ha sido contraria al otorgamiento de intereses compuestos, lo que es cierto incluso en el caso de los tribunales que consideran que los demandantes tienen normalmente derecho a intereses compensatorios. Por ejemplo, el Tribunal

¹²⁸ Véase por ejemplo, *Velásquez Rodríguez (Compensatory Damages) Inter-Am. Ct.H.R., Series C, N° 7* (1990), párr. 57. Véase también *Papamichalopoulos v. Greece (Article 50), E.C.H.R., Series A, N° 330-B* (1995), párr. 39. En este asunto los intereses sólo eran pagaderos con respecto a la indemnización pecuniaria concedida. Véase asimismo en D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Clarendon Press, 1999), págs. 270 a 272.

¹²⁹ Véase por ejemplo, *Foreign Compensation (People's Republic of China) Orden 1987* (Reino Unido) párrafo 10, que da efecto a un acuerdo de solución de 5 de junio de 1987: *U.K.T.S. N° 37* (1987).

¹³⁰ Véase, por ejemplo, *McKesson Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 116 F. Supp. "d 13 (D.C., D.C., DATE).

de Reclamaciones entre Irán y los Estados Unidos de América ha denegado de forma consecuente las demandas de intereses compuestos, incluso en casos en que el demandante habría sufrido un perjuicio por haber tenido que pagar intereses compuestos o por las deudas relacionadas con la reclamación. En el asunto *R. J. Reynolds Tobacco Co. c. Gobierno de la República Islámica del Irán*, el Tribunal no encontró...

"ninguna razón especial 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."¹³¹

De conformidad con este enfoque, el Tribunal ha interpretado restrictivamente las disposiciones contractuales que parecerían permitir el interés compuesto, a fin de impedir que el demandante obtuviera un beneficio "totalmente desproporcionado con la posible pérdida que podría haber sufrido por no tener las sumas debidas a su disposición"¹³². La mayoría de los autores siguen, pues, apoyando la opinión expresada por el árbitro Huber en el asunto relativo a las *Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos*:

"la jurisprudencia arbitral en lo que se refiere a la indemnización que debe conceder un Estado a otro por daños sufridos por los nacionales de éste en el territorio del primero... es unánime... en rechazar el interés compuesto. En esas circunstancias, harían falta argumentos muy fuertes y muy específicos para admitir el otorgamiento de ese tipo de intereses..."¹³³

Con respecto al interés compuesto, ocurre lo mismo en las reclamaciones de Estado a Estado.

¹³¹ (1984) 7 *Iran-U.S.C.T.R.* 181 en págs. 191 y 192, que cita a Whiteman, *Damages*, vol. III, pág. 1997.

¹³² *Anaconda-Iran, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, (1986) 13 *Iran-U.S.C.T.R.* 199 en pág. 235. Véase también G. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996) págs. 477 y 478.

¹³³ *R.I.A.A.*, vol. II, pág. 615 (1924), en pág. 650. Cf. el arbitraje en el caso *Aminoil*, en que el interés otorgado era compuesto durante un cierto período sin dar ninguna razón de ello. Esto representaba más de la mitad de la suma total definitiva: *Government of Kuwait v. American Independent Oil Co.* (1982) *I.L.R.*, vol. 66, pág. 519 en pág. 613, párr. 178 (5).

9) No obstante, varios autores han pedido que volviera a examinarse ese principio, aduciendo que "el interés compuesto razonablemente devengado por la parte lesionada debe ser exigible como elemento de la indemnización por daños y perjuicios"¹³⁴. Esta prohibición ha contado también con el apoyo de tribunales arbitrales en algunos casos¹³⁵. Pero dada la situación actual de la cuestión, no puede decirse que un Estado lesionado tenga derecho al otorgamiento de intereses compuestos, en ausencia de circunstancias especiales que justifiquen cierto elemento de composición en el marco de la reparación completa.

10) El cálculo efectivo de los intereses sobre cualquier suma principal pagadera a título de reparación plantea una serie de problemas relativos a la fecha de partida (fecha del incumplimiento¹³⁶, fecha en la que hubiera debido hacerse el pago, fecha de la reclamación o demanda), la fecha final (fecha del acuerdo de solución o del laudo, fecha del pago efectivo) y la tasa de interés aplicable (tasa vigente en el Estado demandado, el Estado demandante, tasas de los préstamos internacionales). En el plano internacional no hay un enfoque uniforme de las cuestiones de la cuantificación y evaluación de las sumas pagaderas en concepto de intereses¹³⁷.

¹³⁴ Por ejemplo, F. A. Mann, "Compound Interest as an Item of Damage in International Law", en *Further Studies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1990), pág. 377 en pág. 383.

¹³⁵ Véase, por ejemplo, *Compañía de Desarrollo de Santa Elena SA. v. Republic of Costa Rica, I.C.S.I.D.*, asunto N° ARB/96/1, laudo firme de 1° de febrero de 2000, párrs. 103 a 105.

¹³⁶ La utilización de la fecha del incumplimiento como fecha de partida para el cálculo de los intereses es problemática, dado que puede haber dificultades para determinar esa fecha, y muchos ordenamientos jurídicos requieren que el demandante presente una demanda de pago antes de que empiecen a correr los intereses. La fecha de la demanda oficial se tomó como fecha pertinente en el asunto relativo a *Russian Indemnity, R.I.A.A.*, vol. XI, pág. 421 (1912), en pág. 442, por analogía con la posición general de los ordenamientos jurídicos europeos. En cualquier caso, la presentación oportuna de una demanda de pago es importante cuando se trata de decidir si se han de otorgar intereses.

¹³⁷ Véase, por ejemplo, J. Y. Gotanda, *Supplemental Damages in Private International Law* (La Haya, Kluwer, 1998), pág. 13. Hay que señalar que diversos países islámicos, influidos por el derecho cherámico, prohíben el pago de intereses en sus leyes o incluso en su constitución. Sin embargo, han establecido alternativas a los intereses en el contexto comercial e internacional. Por ejemplo, la Constitución del Irán prohíbe el pago de intereses (Principios 39 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 consideren que estén prohibidos [los intereses]...". Véase *ibíd.*, págs. 39 y 40, y las referencias que cita.

En la práctica, las circunstancias de cada caso y el comportamiento de las partes influyen considerablemente en el resultado. Es muy sensata la observación del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos de que esas cuestiones, si las partes no pueden resolverlas, deben dejarse al "ejercicio de las facultades discrecionales dadas [a los distintos tribunales] para decidir sobre cada asunto determinado"¹³⁸. Por otra parte, la actual confusión de la práctica hace que sea útil incluir una disposición general sobre el cálculo de los intereses. En consecuencia, en el artículo 38 se indica que la fecha a partir de la cual ha de calcularse los intereses es la fecha en que debería haberse pagado la suma principal. Los intereses se devengarán desde esa fecha hasta que se haya cumplido la obligación de pago. Conviene determinar la tasa de interés y el modo de cálculo para conseguir el resultado de dar reparación íntegra del perjuicio sufrido como resultado del hecho internacionalmente ilícito

11) Cuando como parte de la indemnización del perjuicio causado por un hecho ilícito se incluya una suma por lucro cesante, sería inapropiado conceder intereses si el Estado lesionado obtuviera así un doble resarcimiento. Una suma en capital no puede devengar intereses y teóricamente utilizarse al mismo tiempo para obtener beneficios. Sin embargo, pueden pagarse intereses sobre los beneficios que se hubieran realizado pero que el propietario original no ha podido realizar.

12) El artículo 38 no trata como tal de los intereses posteriores a la decisión o los intereses de demora. Sólo trata de los intereses que se incluyen en la suma que una corte o tribunal debe otorgar, es decir, los intereses compensatorios. Es mejor considerar la facultad de una corte o tribunal de otorgar intereses posteriores a la decisión como cuestión de su procedimiento.

Artículo 39

Contribución al perjuicio

Para determinar la reparación, se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio debida a la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación.

¹³⁸ *Islamic Republic of Iran v. United States of America (Case N° A19)*, (1987) 16 *Iran-US C.T.R.* 285, en pág. 290.

Comentario

- 1) El artículo 39 trata de la situación en que un perjuicio ha sido causado por un hecho internacionalmente ilícito de un Estado, que en consecuencia es responsable del perjuicio de conformidad con los artículos 1 y 28, pero en que el Estado lesionado, o la persona víctima de la infracción, ha contribuido materialmente al perjuicio por alguna acción u omisión, intencional o negligente. Se refiere a las situaciones llamadas en los ordenamientos jurídicos nacionales "culpa concurrente", "comparative fault", "faute de la victime", etc.¹³⁹.
- 2) El artículo 39 reconoce que la conducta del Estado lesionado o de cualquier persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación debe tenerse en cuenta para evaluar la forma y la cuantía de la reparación. Esto corresponde al principio de que el perjuicio que es consecuencia del hecho internacionalmente ilícito conlleva la reparación íntegra -pero nada más. También está en consonancia con la equidad en el trato del Estado responsable y de la víctima de la infracción.
- 3) En el asunto *LaGrand* la Corte Internacional reconoció que el comportamiento del Estado demandante podía ser pertinente para la determinación de la forma y la cuantía de la reparación. En ese caso, Alemania había tardado en denunciar el incumplimiento e iniciar un procedimiento. La Corte señaló "que Alemania puede ser criticada por la manera en que inició ese procedimiento y por el momento en que se inició", y declaró que hubiera tenido en cuenta ese factor, entre otros, "si la demanda de Alemania hubiera incluido una reclamación de indemnización"¹⁴⁰.
- 4) La pertinencia de la contribución del Estado lesionado al perjuicio para determinar la reparación adecuada se reconoce ampliamente en las publicaciones¹⁴¹ y en la práctica de los

¹³⁹ Véase C. von Bar, *The Common European Law of Torts* (C. H. Beck, Munich, 2000) págs. 517 a 540.

¹⁴⁰ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Merits*, sentencia de 27 de junio de 2001, párrs. 57, 116. En lo que se refiere a la pertinencia del plazo para la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad véase el artículo 45 b) y su comentario.

¹⁴¹ Véase, por ejemplo, B. Graefrath, "Responsibility and Damage Caused", en *Recueil des cours*, vol. 185 (1984-II), pág. 95; B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (París, Sirey, 1973), págs. 265 a 300.

Estados¹⁴². Aunque las cuestiones relativas a la contribución de un Estado lesionado al perjuicio se plantean con más frecuencia en el contexto de la indemnización, el principio también puede tener su importancia para otras formas de reparación. Por ejemplo, si un buque propiedad de un Estado es detenido ilícitamente por otro Estado y mientras está detenido sufre daños atribuibles a la negligencia del capitán, podrá exigirse al Estado responsable que simplemente devuelva el buque que ha sufrido daños.

5) No todas las acciones u omisiones que contribuyan al perjuicio sufrido son pertinentes en este contexto. Antes bien, el artículo 39 solamente permite que se tengan en cuenta las acciones u omisiones que puedan considerarse intencionales o negligentes, es decir, cuando es manifiesto que la víctima de la infracción no ha ejercido la debida diligencia en relación con sus bienes o derechos¹⁴³. Aunque la noción de acción u omisión negligente no se califica, por ejemplo, exigiendo que la negligencia haya llegado a ser "grave", la pertinencia de cualquier negligencia para la reparación dependerá del grado en que haya contribuido al perjuicio así como de las demás circunstancias del caso¹⁴⁴. La expresión "se tendrá en cuenta" indica que el artículo trata de factores que pueden afectar a la forma de la reparación o reducir su cuantía en caso apropiado.

¹⁴² En el asunto de *Delagoa Bay Railway (Great Britain, USA/Portugal)*, los árbitros señalaron que: "Todas las circunstancias que se pueden alegar en contra de la compañía concesionaria y en descargo del Gobierno portugués atenúan la responsabilidad de este último y justifican... una reducción de la reparación": ((1900), Martens, *Nouveau Recueil*, segunda serie, vol. XXX, pág. 329; Moore, *International Arbitrations*, vol. II, pág. 1865 (1900)). En el asunto del *"Wimbledon"*, 1923, *P.C.I.J., Series A, N° 1* pág. 31, se planteó la cuestión de si el hecho de que el buque hubiera permanecido en el puerto de Kiel durante algún tiempo, al habersele denegado el paso por el Canal de Kiel, antes de tomar una ruta alternativa, había contribuido al perjuicio sufrido. La Corte reconoció implícitamente que la conducta del capitán podía influir en la cuantía de la indemnización pagadera, aunque estimó que el capitán había actuado razonablemente en las circunstancias del caso. Véanse más ejemplos en C. D. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), pág. 23.

¹⁴³ Esta terminología se toma del párrafo 1) del artículo VI del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, 29 de marzo de 1972, *U.N.T.S.*, vol. 961, pág. 187.

¹⁴⁴ Es posible considerar situaciones en que el perjuicio de que se trate pueda atribuirse en su totalidad al comportamiento de la víctima y no al del Estado "responsable". Esas situaciones están cubiertas por el requisito general de la causa inmediata a que se hace referencia en el artículo 31, y no por el artículo 39. Para las cuestiones relativas a la aminoración del daño véase el comentario al artículo 31, párr. 14).

6) La acción u omisión intencional o negligente que contribuye al perjuicio puede ser la del Estado lesionado o de "de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación". Esta fase tiene por objeto cubrir no sólo la situación en que un Estado presenta una reclamación en nombre de uno de sus nacionales en el contexto de la protección diplomática, sino también cualquier otra situación en que un Estado invoque la responsabilidad de otro Estado en relación con un comportamiento que afecta primordialmente a terceros. Según los artículos 42 y 48, pueden darse diversas situaciones diferentes en que tal sea el caso. La idea fundamental es que la posición del Estado que exige la reparación no debe ser más favorable, en lo que se refiere a la reparación en interés de otro, de la que sería si la persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación presentara individualmente una reclamación.
