

59. Acepta el resumen del Relator Especial (*ibid.*, párr. 42) en cuanto a que hay que indemnizar íntegramente los daños y perjuicios que han sido causados exclusivamente por el hecho ilícito, ya sea inmediatamente o no, y por tanto en lo esencial apoya el párrafo 4 del artículo 8, pero insta a que se redacte con mayor precisión.

60. En su exposición oral, el Relator Especial dijo que si el hecho ilícito era una de las múltiples causas del daño, la cantidad pagadera como indemnización debería reducirse en la medida correspondiente, y en el informe ha demostrado el fundamento de una norma que siga esa pauta, agregando (*ibid.*, párr. 46) que no debe intentarse prever criterios para distribuir la responsabilidad entre las múltiples causas y evaluar los daños parciales. Análogamente se llega a la conclusión de que la negligencia concurrente de parte del Estado lesionado, como justificación para reducir la indemnización por el daño, cae dentro de la situación de multiplicidad de causas (*ibid.*, párr. 51). Por tanto, apoya el párrafo 5 del artículo 8.

61. Por último, es de esperar que el Relator Especial considere la posibilidad de introducir en el artículo 8 una disposición expresa en el sentido de que se requiere el pago completo respecto del daño causado exclusivamente por el hecho ilícito.

62. El proyecto de artículo 9 debería suprimirse. Hay cierta relación entre ese artículo y el párrafo 3 del artículo 8, sobre las ganancias dejadas de obtener ya que los intereses son el método utilizado más frecuentemente para indemnizar esa pérdida. A su juicio, la cuestión de si los intereses deben incluirse en la indemnización y, en caso afirmativo, entre qué fechas, a qué tipo y si deben calcularse como interés simple o compuesto, son cuestiones que deben evaluar los árbitros o negociadores que traten de establecer los términos de la indemnización a la luz de todas las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, no es aconsejable intentar formular normas a ese respecto. De hecho, la norma establecida en el párrafo 1 del artículo 9 es demasiado rígida y otras disposiciones del artículo son tan generales que no tendría significado alguno. El párrafo 2 simplemente dice que la indemnización debe ser suficiente, elemento ya comprendido en el artículo 8. Quedaría más claro si en el artículo 8, como ha sugerido, se agregase una disposición sobre la plena indemnización.

63. En cuanto al proyecto de artículo 10, la existencia de la satisfacción como modo de reparación en derecho internacional es apoyada por el examen exhaustivo hecho por el Relator Especial de escritos, decisiones y la práctica de los Estados en el capítulo III del informe. La satisfacción constituye una forma no compensatoria de reparación por el daño moral, político o jurídico causado a un Estado. El Relator Especial enumera varias formas de satisfacción (*ibid.*, párr. 139) y, con una excepción, están claramente dirigidas a la reparación del daño a la dignidad, el honor o el prestigio del Estado. La excepción es el pago de dinero por encima de lo requerido para indemnizar el daño material. Esto debería omitirse por no ser apropiado al daño y también por apuntar hacia los daños punitivos.

64. Aprueba la cláusula descriptiva «que no pueda ser reparado mediante la restitución en especie o una indemnización pecuniaria», que figura en el párrafo 1 del artículo 10, pero la palabra «adecuada» debería sustituirse por «apropiada» para calificar la palabra «satisfacción».

También debería eliminarse la palabra «punitiva». En realidad, tal vez fuera preferible suprimir toda la referencia a «indemnización punitiva o nominal». Debería también dejarse en claro que la lista de las modalidades de satisfacción no es exhaustiva. Al mismo tiempo, cree que las ceremonias de saludo a la bandera o las misiones expiatorias, por ejemplo, no constituyen formas viables de satisfacción en el día y la época actuales.

65. Abriga dudas acerca de la inclusión del elemento de intención dolosa o negligente en el párrafo 2, pese a la conclusión del Relator Especial de que la culpa y la intención dolosa o negligencia influyen en las formas y grados de reparación (*ibid.*, párr. 180) y que la culpa ha influido en las formas y grados de satisfacción (*ibid.*, párr. 187). La Comisión tal vez debería volver a la cuestión tras haber examinado las disposiciones sobre las consecuencias de los crímenes.

66. El párrafo 4 debería suprimirse. Aparte del hecho de que propone limitar el contenido de las demandas más que el de las conclusiones, se refiere a exigencias humillantes, que son una caduca y desafortunada característica de la práctica de los Estados. Deberían mencionarse en el comentario en vez de dignificarlas con una referencia en el texto del artículo, aunque sea para rechazarlas.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2173.ª SESIÓN

*Miércoles 13 de junio de 1990, a las 10 horas*

*Presidente: Sr. Jiuyong SHI*

*Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njengá, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Roucouas, Sr. Solarí Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat.*

**Responsabilidad de los Estados (continuación) (A/CN.4/416 y Add.1<sup>1</sup>, A/CN.4/425 y Add.1<sup>2</sup>, A/CN.4/L.443, secc. C)**

[Tema 3 del programa]

**Segunda parte del proyecto de artículos<sup>3</sup>**

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> La primera parte del proyecto de artículos (Origen de la responsabilidad internacional), cuyos artículos 1 a 35 han sido aprobados en primera lectura, figura en *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

Los artículos 1 a 5 de la segunda parte del proyecto (Contenido, formas

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(continuación)

ARTICULO 8 (Reparación por equivalencia)

ARTICULO 9 (Intereses) y

ARTICULO 10 (Satisfacción y garantías de no repetición)<sup>4</sup>  
(continuación)

1. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/425 y Add.1) no sólo es brillante como estudio teórico, sino que además está impregnado de realismo y de gran sentido común. Hay que felicitar al Relator Especial por ese informe.

2. Antes de referirse al fondo del informe, el Sr. Al-Khasawneh desea señalar a la atención de la Comisión problemas de importancia relativamente menor que podrían corregirse fácilmente para facilitar la lectura del informe. En primer término, las correcciones distribuidas no han salvado todas las erratas que afectaban la versión inglesa mimeografiada. En segundo término, el Relator Especial hace referencias relativamente extensas a obras italianas, en idioma original, lo que impide a quienes no conocen ese idioma comprender algunas cuestiones importantes del informe.

3. Por otra parte, cabe formular una observación de orden general. Durante el debate del tema se ha reprochado al Relator Especial su referencia a asuntos que datan del siglo XIX y comienzos del siglo XX, en particular en la esfera de la satisfacción. El Sr. Al-Khasawneh considera que este procedimiento del Relator Especial se justifica plenamente. En efecto, el hecho de mencionar un asunto en el que se han impuesto a un Estado pequeño o débil medidas abusivas para obtener satisfacción no supone la aprobación de esa práctica. Además, no puede hacerse un estudio apropiado de la satisfacción y de las formas en que puede hacerse uso abusivo de ella sin un examen minucioso e imparcial del pasado. Las diferencias de poderío entre los Estados siguen siendo un factor constante de las relaciones internacionales y por ello en la sesión anterior el Sr. Bennouna ha señalado con toda razón que aun en la esfera de la elaboración de normas secundarias —que según el Relator Especial están más maduras para un desarrollo progresivo que las normas primarias— la existencia de disparidades entre acreedores y deudores, grandes y pequeños, débiles y fuertes, seguirá afectando las relaciones jurídicas entre los Estados. Por ello, al igual que en el siglo XIX, es necesario tener conciencia del impacto de las relaciones de fuerza, pero la existencia de ese género de relaciones, siempre que no tenga un efecto más directo, no invalida las relaciones jurídicas.

y grados de la responsabilidad internacional), que fueron aprobados provisionalmente por la Comisión en sus periodos de sesiones 35° y 37°, figuran en *Anuario 1985*, vol II (segunda parte), pag 26 Para el texto de los restantes proyectos de artículos de la segunda parte, artículos 6 a 16, remitidos al Comité de Redacción por la Comisión en sus periodos de sesiones 36° y 37°, *ibid*, pag 21, nota 66 Para el texto de los nuevos artículos 6 y 7 de la segunda parte remitidos al Comité de Redacción en el 41° periodo de sesiones, véase *Anuario 1989*, vol II (segunda parte), pag 77, párrs 229 y 230

Los artículos 1 a 5 y el anexo de la tercera parte del proyecto (Modo de «hacer efectiva» la responsabilidad internacional y solución de las controversias) fueron examinados por la Comisión en su 38° periodo de sesiones y remitidos al Comité de Redacción Para el texto, véase *Anuario 1986*, vol II (segunda parte), págs 37 y 38, nota 86

<sup>4</sup> Para el texto, véase 2168ª sesión, párr 2

4. En su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 66), el Relator Especial hace referencia al conocido principio establecido por la CPJI en el asunto de la *Fábrica de Chorzów* (fondo), según el cual: «la reparación, en la medida de lo posible, debe cancelar todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si el hecho no se hubiera cometido». La expresión «con toda probabilidad» no deja de tener importancia porque da a entender sin duda alguna que la referencia es a una situación teórica que no ha existido nunca pero que habría existido de no mediar el hecho ilícito. Esta definición, que es la adoptada por el Relator Especial, es distinta de la enunciada en el asunto del *Tratado Bryan-Chamorro (ibid)*, que considera la reparación como el medio para restablecer el *statu quo ante*. En el informe preliminar (*ibid*, párr. 67), el Relator Especial reconoce que ambas definiciones no tienen el mismo efecto en cuanto a los alcances de la indemnización a que se refiere el proyecto de artículo 8 presentado en el segundo informe. Habida cuenta de ese efecto y del hecho de que el proyecto de artículo 7 presentado en el informe preliminar no define la *restitutio in integrum*, el Sr. Al-Khasawneh comparte las dudas expresadas por el Sr. Graefrath (2168.ª sesión) respecto de las dos variantes propuestas por el Relator Especial para el párrafo 1 del artículo 8. Desearía, por lo menos, que el Relator Especial proporcionara explicaciones a este respecto.

5. En un orden diferente de cosas, cabe formular una observación sobre la asimilación de la reparación por equivalencia a la indemnización pecuniaria. En el asunto de las *Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos* (véase A/CN.4/425 y Add.1, nota 234), el árbitro decidió que el Gobierno de España debería poner a disposición del cónsul británico en Tetuán locales en sustitución de aquellos de cuya destrucción ilícita el Gobierno era responsable. Aunque Christine Gray considera que ese asunto es un caso de restitución material, para el Sr. Al-Khasawneh se trataría más bien de una reparación por equivalencia, aunque de carácter no pecuniario. De ser así, el hecho de dar a la reparación por equivalencia un carácter exclusivamente pecuniario podría ser demasiado limitativo.

6. Cabe formular una tercera observación en lo que respecta a las consecuencias que puede tener en la reparación por equivalencia la noción de que la carga impuesta al Estado «autor» sea excesivamente onerosa. Si se leen en conjunto, los proyectos de artículos 7 y 8 dan la impresión de que la excepción basada en el carácter excesivamente oneroso de la carga impuesta al Estado autor está limitada a la restitución en especie o, al menos, que su relación con la reparación por equivalencia es sólo muy tenue. Ahora bien, es evidente que las razones que han llevado al Relator Especial a dar a la noción de carga excesivamente onerosa para el Estado autor el carácter de excepción a la obligación de efectuar la restitución en especie son también valederas respecto de la reparación por equivalencia. Un Estado puede quedar totalmente arruinado por el peso de las obligaciones de carácter pecuniario, tanto más cuanto que el proyecto no establece límites al daño que debe indemnizarse sobre la base de la aplicación del criterio de la causa inmediata y prevé la posibilidad de asignar intereses compuestos para asegurar una compensación total. El Sr. Al-Khasawneh considera, pues, que si en opinión del Relator Especial la excepción relativa al carác-

ter excesivamente oneroso de la carga impuesta al Estado autor debe aplicarse a la reparación por equivalencia, es necesario precisar claramente esa circunstancia.

7. En los párrafos 2 a 5 del proyecto de artículo 8, así como en el proyecto de artículo 9, y en el marco del desarrollo progresivo del derecho, el Relator Especial enuncia algunas normas detalladas sobre el alcance de la reparación por equivalencia y sobre su determinación. Resulta irónico que en este caso el desarrollo progresivo se justifique no porque no haya jurisprudencia, sino porque, pese a ser abundante, es difícil desprender de ella criterios uniformes respecto de la indemnización. En opinión del Sr. Al-Khasawneh, el enfoque adoptado por el Relator Especial en cuanto a la posibilidad y conveniencia de elaborar normas que vayan más allá del llamado principio de *Chorzów* es muy equilibrado, por lo que hace plenamente suya esa parte del segundo informe (*ibid.*, párrs. 26 a 33). Recordando que en el debate el Sr. Graefrath ha señalado que en esta esfera es mejor no entrar en detalles, el Sr. Al-Khasawneh considera más determinante lo expresado por el propio Sr. Graefrath en un curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en 1984, a saber, que la definición de reparación en el asunto de la *Fábrica de Chorzów* es «tan abstracta y tan general que sirve de referencia a todo el mundo»<sup>5</sup>, así como la observación que hace más adelante:

[...] es necesario que la obligación sea suficientemente específica y precisa. En las condiciones actuales de ampliación, desarrollo y modificación aceleradas de las esferas sociales, las relaciones internacionales no pueden regirse únicamente por principios jurídicos generales, por importantes que éstos sean. Son necesarias reglas precisas [...]<sup>6</sup>.

Por otra parte, el grado de precisión de las normas que se han de elaborar es, en definitiva, una cuestión más técnica que científica. El Sr. Al-Khasawneh opina que el legislador debe dejar al juez un margen de maniobra y por ello le parece que la expresión «daño económicamente valorable», que figura en el párrafo 2 del artículo 8, es de una precisión razonable.

8. En el párrafo 3 del artículo 8, el Relator Especial trata la cuestión del lucro cesante. Aunque la doctrina y la práctica son ampliamente partidarias de que se indemnice el lucro cesante, no existe uniformidad en la materia. En dos asuntos mencionados por el Relator Especial, el asunto del *Canadá* y el asunto *Lacaze* (*ibid.*, párr. 64), los tribunales se negaron a otorgar una indemnización por las ganancias dejadas de obtener, en razón, en el primer caso, de que esas ganancias eran inciertas y, en el segundo, del carácter indirecto del daño. En el asunto *Shufeldt* (*ibid.*, párr. 66), el árbitro consideró que para ser indemnizable, el lucro cesante debía ser consecuencia directa del contrato y no excesivamente remoto o especulativo. El Sr. Al-Khasawneh considera que ésta es la solución más equitativa del problema de la indemnización del lucro cesante. La fórmula adoptada en el párrafo 3 es de un alcance demasiado amplio ya que prevé la indemnización de las ganancias, esto es, de «todas» las que se han dejado de obtener.

<sup>5</sup> B. Graefrath, «Responsability and damages caused: relationship between responsibility and damages», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984-II*, La Haya, Nijhoff, 1985, vol. 185, pág. 69.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pág. 37.

9. En el párrafo 4, el Relator Especial introduce la noción de «nexo causal ininterrumpido», y al parecer, la fórmula algebraica de Bollecker-Stern (*ibid.*, párr. 43) lo ha llevado a adoptar esta metáfora en lugar de recurrir a la noción de causa inmediata. El Sr. Al-Khasawneh no tiene el propósito de analizar la idea de la causalidad en el derecho. Se limita a subrayar que es necesario formular una disposición de principio a los efectos de imponer límites razonables al daño que debe indemnizarse y no una noción filosófica que, en el mejor de los casos, es insatisfactoria. Si bien el Relator Especial señala (*ibid.*, párr. 41) con toda razón que el adjetivo «próxima» no deja de presentar cierto grado de ambigüedad, el término debería dar suficiente precisión a la norma, que sin duda será interpretada y adaptada según los casos por los tribunales.

10. En lo que respecta al párrafo 5, el Sr. Al-Khasawneh dice, en primer término, que no le parece conveniente, como sugirió el Sr. Hayes en la sesión anterior, incluir una disposición para señalar que, de no haber causas concomitantes, entre las cuales podría figurar la negligencia del Estado lesionado, la reparación debe ser íntegra. En opinión del Sr. Al-Khasawneh, esa norma se deduce de las variantes A o B del párrafo 1, o, *a contrario*, del párrafo 5. El principio de la reducción parcial de la indemnización en razón de causas concomitantes parece una norma bien establecida: se ha aplicado tanto en el asunto *S. S. «Wimbledon»* fallado por la CPJI (*ibid.*, párr. 50), como en los asuntos «*Costa Rica Packet*», *Ferrocarril de la Bahía Delagoa* (*ibid.*, párr. 48) y *John Cowper* (*ibid.*, párr. 49), y es notable observar que si bien los tratadistas pueden no estar de acuerdo sobre sus orígenes, todos reconocen la existencia de la norma.

11. En lo que respecta al proyecto de artículo 9, el párrafo 2 parece desmentir la tendencia determinada por el Relator Especial. Su carácter extremadamente obligatorio y los resultados no equitativos a los que puede dar lugar son de tal naturaleza que convendría suprimir la disposición. De hecho, y considerado en su conjunto, el Sr. Al-Khasawneh es partidario de que se suprima todo el artículo 9, por estimar que el cálculo de los intereses depende en tal medida de las circunstancias del asunto que debe examinarse caso por caso.

12. En lo que respecta a la satisfacción, no se puede desconocer totalmente que la justicia tiene en general un aspecto punitivo. Es cierto que ha solido afirmarse que la indemnización punitiva no es realmente compatible con la noción de igualdad soberana de los Estados y es fácil que se utilice de una manera abusiva, habida cuenta de la desigualdad de hecho existente entre los Estados en materia de tamaño y poderío, pero el Sr. Al-Khasawneh opina que esos temores, aunque no dejen de tener fundamento, son exagerados. En lo que respecta a los abusos, se debería poder prevenir o al menos reducir la posibilidad de que se cometan, incluyendo en el proyecto garantías apropiadas y, en lo que respecta a la igualdad soberana, no cabe olvidar que el objeto de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional ha de ser consagrar la primacía del derecho en las relaciones internacionales. El argumento que opone la soberanía a la justicia no es convincente en opinión del Sr. Al-Khasawneh, quien comparte en gran medida las observaciones de Lauterpacht citadas en el informe (*ibid.*, nota 264). Eagleton, también citado en el informe, resume elocuentemente esta cuestión (*ibid.*, nota 263), diciendo:

[...] el derecho internacional tiene mucha necesidad de esas sanciones. Ya no se puede sostener que el Estado soberano está por encima de la ley y no parece que haya ninguna razón por la que no deba ser castigado por su conducta culposa, de conformidad con las normas y con las limitaciones adecuadas.

13. Ha tenido gran eco la declaración del árbitro Edwin B. Parker en el asunto del «*Lusitania*», a saber, que «entre naciones soberanas, la cuestión del derecho y la potestad de imponer penas, de extensión ilimitada, es de naturaleza más política que jurídica» (*ibid.*, párr. 114). Por su parte, el Sr. Al-Khasawneh hace suya la interpretación dada a este asunto por el Relator Especial: el árbitro quiso dar a entender que se trataba de una cuestión que los Estados debían resolver en el plano de las relaciones diplomáticas ordinarias, pero no que el concepto de satisfacción en su conjunto quede al margen de la norma de derecho. De hecho, esta interpretación parece confirmarse en otros asuntos mencionados en el informe. Así, en el asunto *Miliani*, el árbitro declaró que «una comisión internacional, salvo que se le haya dado ese mandato específico, raramente tasaré en dinero un ultraje a la bandera, como quizás hagan los diplomáticos» (*ibid.*, nota 278).

14. Por todas estas razones, el Sr. Al-Khasawneh considera que la satisfacción tiene cabida en el proyecto. Ni el comienzo del proyecto de artículo 10, ni la introducción en el texto del concepto de negligencia o de intención dolosa suscitan a su juicio dificultades. Sin embargo, en su conjunto, le parece prudente una nueva reflexión sobre esas cuestiones a la espera de que se hayan examinado las cuestiones relativas a los delitos y los crímenes particularmente graves.

15. El Sr. BARBOZA dice que desea felicitar al Relator Especial por la notable calidad de su segundo informe (A/CN.4/425 y Add.1), que trata de manera exhaustiva un tema tan complejo e interesante.

16. En lo que respecta al párrafo 1 del proyecto de artículo 8, el Sr. Barboza prefiere la variante A, al igual que la mayoría de los miembros de la Comisión. El Relator Especial parece adoptar el principio respecto a la reparación enunciada en el asunto de la *Fábrica de Chorzów* (fondo)<sup>7</sup>, cosa que no había hecho expresamente en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1). Tal vez deseaba evitar todo pronunciamiento antes que la Comisión hubiese examinado la cuestión. De cualquier manera, el Sr. Barboza se felicita de que se consagre en el artículo 8 el principio de *Chorzów*, que le parece preferible al *statu quo ante* adoptado por el anterior Relator Especial.

17. Por otra parte, el Sr. Barboza opina que la variante A se superpone en parte con el párrafo 4 del proyecto de artículo 7, presentado en el informe preliminar, que dispone: «El Estado lesionado podrá reclamar, a su debido tiempo, que se sustituya total o parcialmente la restitución en especie por [la reparación por equivalencia] [una indemnización pecuniaria]...». En su opinión, se podrían refundir ambas disposiciones, o incorporar al artículo 8 el párrafo 4 del artículo 7, para que el texto sea el siguiente:

«El Estado lesionado podrá, en forma oportuna, demandar al Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito la indemnización pecuniaria en sustitución de la restitución en especie, de la cuantía

necesaria para establecer la situación que existiría de no haberse cometido el hecho ilícito, siempre que esa elección no dé lugar a una ventaja injusta en detrimento del Estado que cometió el hecho internacionalmente ilícito o involucre el incumplimiento de una obligación derivada de una norma imperativa de derecho internacional general.»

El Sr. Barboza hace notar que ha suprimido las palabras «total o parcialmente» que figuran en el párrafo 4 del artículo 7 porque, de aceptarse el principio de *Chorzów*, la restitución en especie equivale a una restitución total que, por definición, no puede ser parcial. Además, según ha hecho notar el Sr. Graefrath (2168.ª sesión), como no se trata de restablecer una situación anterior, sino de establecer una situación que nunca ha existido, se ha sustituido el verbo «restablecer» por «establecer».

18. El Sr. Barboza señala que el párrafo 2 del artículo 8 no le suscita dificultades: en efecto, la expresión «económicamente valorable» refleja la jurisprudencia y la práctica internacionales. Aun cuando las evaluaciones económicas sean diferentes según los casos, es un hecho que en todos los asuntos mencionados se ha tratado de evaluar el daño en términos económicos considerándose que es «económicamente valorable».

19. En lo que respecta al párrafo 3, relativo al lucro cesante, la expresión «las ganancias dejadas de obtener» le parece muy vaga, aun cuando su alcance esté algo limitado por el párrafo 4, que dispone que la pérdida o daño debe estar relacionada con el hecho internacionalmente ilícito mediante un nexo causal ininterrumpido.

20. En lo que respecta al párrafo 4, que establece como criterio para limitar el alcance del daño y del lucro cesante que debe valorarse el nexo causal ininterrumpido, el Relator Especial parece haber adoptado la norma aplicada en la decisión administrativa N.º II de la Comisión Mixta de Reclamaciones germano-estadounidense, de 1.º de noviembre de 1923 (A/CN.4/425 y Add.1, párr. 39), y parece así extrañamente no tener en cuenta la opinión favorable que había expresado (*ibid.*) sobre el criterio de la previsibilidad. Esta noción de previsibilidad es muy importante y convendría introducirla en el texto.

21. Por otra parte, el Sr. Barboza se felicita de que el Relator Especial haya dejado de lado la alternativa de los métodos *in abstracto* o *in concreto* en lo que respecta a la apreciación del lucro cesante, así como la noción de «empresa en funcionamiento». En efecto, el principio de *Chorzów* es suficiente.

22. En cuanto al párrafo 5 del artículo 8, el Sr. Barboza lo aprueba en su totalidad.

23. En relación con el proyecto de artículo 9, que se refiere a los intereses y respecto de los cuales el Relator Especial ha señalado que forman parte del lucro cesante (*ibid.*, párr. 78), el Sr. Barboza considera que se puede suprimir para indicar solamente, tal vez al final del párrafo 3 del artículo 8, que se deberán pagar intereses cuando se adeude una indemnización por la pérdida de una suma de dinero. El juez debe poder interpretar libremente la norma sobre indemnización total según las circunstancias del caso y determinar las modalidades de cálculo de los intereses.

24. El proyecto de artículo 10, relativo a la satisfacción, le parece muy importante. En particular, el Sr. Barboza

<sup>7</sup> Véase 2168.ª sesión, nota 6.

aprueba la parte inicial del texto del párrafo 1, porque considera que el daño moral causado al Estado es distinto del daño material o del daño moral causado a los nacionales de un Estado. De no ser así, no habría motivos para prever un artículo relativo a la satisfacción. En lo que respecta a los Estados, se habla de daño «moral» o «político» cuando se ofende la dignidad del Estado. Esta es una noción fundamental y, por lo demás, la jurisprudencia y la práctica diplomática muestran que el daño moral causado a un Estado no puede ser objeto de valoración económica.

25. Haciendo una observación de orden general sobre la satisfacción, el Sr. Barboza se pregunta si ésta reviste carácter punitivo o compensatorio. De hecho, ambos aspectos están íntimamente ligados en derecho internacional. La satisfacción entraña siempre un aspecto punitivo porque ciertamente es difícil que el Estado que ha cometido el hecho ilícito cumpla determinadas obligaciones que, *a priori*, no le parecía que fueran de su responsabilidad. Pero la satisfacción tiene también un aspecto compensatorio. En efecto, lo que para el Estado autor es de carácter retributivo, para el Estado lesionado es de carácter compensatorio. De todos modos, por razones prácticas, el Sr. Barboza preferiría que no se insistiera demasiado en el aspecto punitivo.

26. En relación con la segunda parte del párrafo 1, que enuncia diversas formas de satisfacción, el Sr. Barboza observa que si bien las disculpas existen en la práctica diplomática, los ejemplos que se encuentran en la jurisprudencia internacional son muy pocos. En general, los Estados no demandan «satisfacción». Es especialmente interesante a este respecto remitirse a decisiones recientes. Por ejemplo, los Estados Unidos de América no demandaron disculpas en el asunto de los rehenes estadounidenses en Irán. Pero aun si se buscan ejemplos más remotos, en el asunto del *Estrecho de Corfú*, la CIJ opinó que la afirmación de la Corte, según la cual el Reino Unido había violado la soberanía de la República Popular de Albania, constituía en sí satisfacción apropiada para el Estado lesionado<sup>8</sup>. Por ello, tal vez no sea del todo conveniente incluir esta noción de disculpas en un proyecto concebido como contribución al desarrollo progresivo del derecho internacional. Una solución consistiría tal vez en suavizar los términos refiriéndose a «expresiones de pesar». Sin embargo, en general no parece necesario prever diferentes grados de satisfacción. El Sr. Barboza también se opone a la idea de la indemnización punitiva.

27. El párrafo 2 del artículo 10 le parece el más original y audaz de todas las disposiciones propuestas. Sin embargo, al optar por incluir la noción de «intención dolosa» en ese párrafo, el Relator Especial ha adoptado una decisión que reviste graves consecuencias. Se concluye claramente del informe (*ibid.*, nota 399) que la primera parte del proyecto de artículos debería modificarse. Ahora bien, llegar a un consenso sobre la primera parte ha sido ya difícil y si se desea introducir la noción de falta, habría que examinar todo sobre nuevas bases.

28. El Sr. Barboza considera que el párrafo 3 enuncia una norma dirigida a un tribunal internacional y le parece que esa disposición estaría mejor ubicada al final del párrafo 1.

29. Por último, en lo que respecta al párrafo 4, está de acuerdo con otros miembros en cuanto a que la noción de «exigencias humillantes» es demasiado subjetiva y no debería figurar en el texto.

30. El Sr. PELLET, haciendo uso de la palabra por primera vez en la Comisión, agradece a los miembros la cordial bienvenida que le han dispensado y rinde homenaje a la memoria de Paul Reuter, a quien tiene el gran honor de reemplazar.

31. Dejando de lado por el momento la cuestión de los intereses, a que se refiere el proyecto de artículo 9, el Sr. Pellet desearía formular algunas observaciones sobre los proyectos de artículos 8 y 10, para lo cual debe hacer ciertos comentarios generales sobre la noción misma de reparación.

32. Aunque no es su deseo examinar en detalle el amplio debate teórico relativo a la naturaleza de la responsabilidad internacional, el Sr. Pellet no puede dejar de subrayar que el enfoque adoptado por el Relator Especial, tanto en su informe preliminar (A/CN.4/416 y Add.1) como en el segundo informe (A/CN.4/425 y Add.1), le parece algo ambiguo. En efecto, considera que toda la lógica de la primera parte del proyecto de artículos, en la que se basaba el enfoque del anterior Relator Especial, Sr. Ago, que el Sr. Pellet comparte plenamente, es la idea de que la reparación es una de las consecuencias de la responsabilidad, y a su vez, la responsabilidad dimana exclusivamente de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. En otros términos, la responsabilidad existe desde el momento en que se puede atribuir a un Estado una infracción al derecho internacional y siempre que no concorra una circunstancia que excluya la ilicitud. Esta es la primera fase del tema y es también el objeto de la primera parte del proyecto.

33. En una segunda fase, que es el objeto de la segunda parte del proyecto de artículos, cabe preguntarse cuáles son las consecuencias de esa responsabilidad. Una de ellas es la reparación que, como acertadamente explica el Relator Especial en su informe preliminar, debe diferenciarse de la otra consecuencia de la responsabilidad que es la cesación del hecho ilícito y que, en opinión del Sr. Pellet, también debería diferenciarse de las garantías de no repetición. Estas garantías tendrían que figurar en un artículo y, tal vez, en una subsección separada, como el propio Relator Especial había previsto en el esquema tentativo presentado en su informe preliminar en 1988 (A/CN.4/416 y Add.1, párr. 20). En efecto, el objeto de esas garantías no es la reparación; su finalidad es la de impedir que ocurran nuevos hechos internacionalmente ilícitos o impedir que continúen esos hechos. Por ello, sería conveniente separar la cuestión de las garantías de no repetición y preguntarse si en todos los casos ellas son efectivamente una consecuencia de la responsabilidad por el hecho internacionalmente ilícito. Por otra parte, las modalidades de garantía requerirían tal vez un tratamiento más detallado.

34. Después de librar a la reparación de sus «impurezas», que son la cesación y las garantías de no repetición, pero también de la sanción —a la que el Sr. Pellet se referirá más adelante—, parecería que todo su contenido consiste exclusivamente en «borrar» las consecuencias perjudiciales del hecho internacionalmente ilícito, que es el objetivo manifiesto de todas las formas de reparación enunciadas: restitución en especie, indemnización pecu-

<sup>8</sup> *Estrecho de Corfú (fondo)*, fallo de 9 de abril de 1949, C.I.J. Recueil 1949, pág. 4, en especial pág. 36.

niaría o satisfacción. Pero, y aquí es donde radica la ambigüedad a la que quiere referirse el Sr. Pellet, el Relator Especial parece, en ciertos casos, considerar la reparación no tanto como una consecuencia de la responsabilidad sino como su elemento central. Por una parte, es evidente que, en su opinión, la reparación no está destinada solamente a «borrar» las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito sino que ella entraña también un elemento de sanción, en el sentido «punitivo» del término. Por otra parte, el Relator Especial distingue diferentes modalidades de reparación, no sólo en razón de la forma que reviste la reparación sino también del objeto de la misma, esto es, en razón de la naturaleza del daño sufrido. En opinión del Sr. Pellet, la indemnización y la satisfacción son en realidad dos formas de la reparación por equivalencia, destinadas ambas a borrar las consecuencias perjudiciales del hecho internacionalmente ilícito cuando la restitución en especie resulta imposible o insuficiente. La indemnización equivale a la forma pecuniaria de la reparación por equivalencia y la satisfacción a las demás formas de reparación no pecuniarias. De ser correcto, su análisis entraña varias consecuencias de orden práctico.

35. En primer término, el artículo 8 no debería titularse «Reparación por equivalencia», dado que el artículo 10 trata también de una forma de reparación por equivalencia, pero más bien, «Indemnización»: lo que correspondería plenamente al contenido del artículo 8 porque ese término figura en las dos variantes del párrafo 1, y en los párrafos 2 y 3. En segundo término, los daños deberían vincularse, en todos los casos, a la indemnización, esto es, al artículo 8 y no al artículo 10 relativo a la satisfacción, y de ese modo se razonaría únicamente en razón de la forma de la reparación.

36. El Sr. Pellet reconoce que este enfoque, cuyo mérito es sin duda la sencillez, presenta un inconveniente. En efecto, si bien en ciertos casos la indemnización puede fijarse «objetivamente», por ejemplo, cuando corresponde al valor de un bien, también puede entrañar consideraciones mucho más «subjetivas», cuando se trata de reparar la ofensa al honor de un Estado o a los sentimientos de una persona. Sin embargo, si se paga una indemnización, ello se debe a que en ambos casos el daño se considera «económicamente valorable»: ¿acaso Grocio no considera que el dinero es la medida de todas las cosas? A este respecto, el Sr. Pellet no considera que la formulación propuesta en el párrafo 2 del artículo 8 deba limitarse a la reparación del daño material y no comprende bien por qué los daños materiales sufridos por los nacionales serían más —ni menos, por lo demás— susceptibles de evaluarse económicamente que los sufridos por el propio Estado.

37. De cualquier modo, aun aceptando el razonamiento del Relator Especial, de su segundo informe parece desprenderse claramente que la indemnización es el modo de reparar el daño material, y la satisfacción el modo de reparar el daño moral. En ese caso, tal vez se debería reexaminar el texto del artículo 8 y, sobre todo, el del artículo 10, para expresar más claramente esta circunstancia.

38. En relación con ambos artículos cabe formular también otras dos observaciones importantes. En primer término, el Sr. Pellet no considera que se pueda hablar de daño «jurídico». Desde el momento en que existe responsabilidad, todo daño resultante de un hecho internacio-

nalmente ilícito tiene necesariamente un elemento «jurídico». Pero, a partir del momento en que media la reparación, bajo cualquiera de sus formas, ese daño queda reparado *ipso facto*. El daño «jurídico» que, en última instancia, está presente en todo daño internacional no reviste, pues, carácter autónomo y, en todo caso, no hay motivo para hacer hincapié especialmente en él en el proyecto de artículo 10 más que en el proyecto de artículo 8 o el proyecto de artículo 7 (Restitución en especie).

39. En segundo término, el Sr. Pellet está de acuerdo con la mayoría de los miembros de la Comisión al parecer, en que la noción de indemnización «punitiva» no tiene buena acogida. Si bien es cierto que toda satisfacción y, en realidad, toda forma de reparación tiene un carácter «retributivo», ello no es razón para emplear un vocabulario con matices penales. Aunque la doctrina anglosajona y algunas raras sentencias arbitrales se refieren a la «indemnización punitiva» (*punitive damages*), la doctrina francesa es mucho más reservada a este respecto por varias razones: en primer término, por la antigua máxima de que «el rey [el Estado] no puede hacer mal». Indudablemente, el Estado puede estar obligado a reparar las consecuencias perjudiciales de un hecho internacionalmente ilícito, pero ese objetivo corresponde a una necesidad social y no se basa en un juicio de valor. Además, por razones psicológicas, políticas y diplomáticas, el Sr. Pellet no considera razonable iniciar de una manera subrepticia una verdadera revolución en los conceptos tradicionales del derecho de gentes. Sin embargo, el Sr. Pellet aclara que, a diferencia de ciertos miembros de la Comisión, no se opone por principio a la idea de que, en caso necesario, el Estado sea objeto de sanciones de orden penal. Pero ello no pertenece ya a la esfera de la reparación. Sin duda, esta idea de sanción debería abordarse en otra parte del proyecto de artículos, probablemente en la relativa a los crímenes, porque esa consecuencia de la responsabilidad internacional del Estado es sin duda sólo de carácter muy excepcional y sólo surgirá en ciertos casos que deberán delimitarse con todo cuidado.

40. Sin embargo, el Sr. Pellet no es insensible a los argumentos del Relator Especial, quien, con numerosos ejemplos, muestra que las indemnizaciones pagadas para reparar un daño moral son muy variadas y su cuantía va desde un franco simbólico hasta sumas muy importantes. Sin embargo, no considera que se deba recurrir a los conceptos de culpa o de sanción penal para explicar esas variaciones. En su opinión, ellas obedecen más bien a la gravedad del daño sufrido: evidentemente, la violación anodina de una norma anodina no causará un daño tan grave como la infracción grave de una norma de importancia fundamental. En tal caso, existe una diferencia de grado, pero ella no depende de la importancia de la culpa sino de la importancia del daño sufrido por el Estado lesionado. Por otra parte, el Sr. Pellet observa que si se admite la idea, por lo demás atractiva, de que existe una suerte de escala continua de la gravedad del delito, que va desde la falta más leve hasta el crimen, se deberá abandonar necesariamente una de las ideas matrices del informe preliminar del Relator Especial, que parece haberle sido impuesta por el conjunto de los miembros de la Comisión; en efecto, no habrá ya ninguna razón para hacer un examen separado de las consecuencias dimanantes de un delito internacional de las consecuencias dimanantes de un crimen internacional.

41. Pasando a continuación a referirse a la cuantía de la indemnización como reparación, el Sr. Pellet dice que de las dos variantes propuestas para el párrafo 1 del artículo 8 y, a diferencia de la mayoría de los miembros de la Comisión, prefiere sin duda la variante B porque la idea expresada en la variante A, de que la indemnización podría calcularse en razón de lo que se necesita «para restablecer la situación que existiría de no haberse cometido el hecho ilícito», le parece incompatible con la distinción entre la «restitución», que significaría restablecer la situación anterior, y la «indemnización», que se debe precisamente cuando el restablecimiento de la situación anterior es imposible. En este caso, existe una contradicción.

42. En cambio, al Sr. Pellet no le extraña la idea expuesta en el párrafo 4 de que lo único importante es el nexo causal ininterrumpido entre el hecho ilícito y el daño. Todo daño que tenga un nexo directo con el hecho internacionalmente ilícito o, mejor aún, un nexo «transitivo», debe indemnizarse en principio y, como ha demostrado el Relator Especial, ello corresponde a la práctica internacional; sin embargo, el Sr. Pellet está de acuerdo con otros oradores en que sería sin duda útil a este respecto introducir la noción de previsibilidad además de la de causalidad.

43. Algunos ejemplos más recientes que los mencionados por el Relator Especial y de naturaleza muy diferente confirman, por lo demás, que el lucro cesante también se puede indemnizar en el caso de que exista el nexo causal con el hecho ilícito a que se refieren los párrafos 3 y 4 del proyecto de artículo 8. A este respecto, el Sr. Pellet lamenta que el segundo informe mencione sobre todo los casos tradicionales de problemas dimanantes del daño causado a bienes de particulares. Es importante no tener una visión demasiado restrictiva del concepto de lucro cesante. Poniendo como ejemplo las incursiones hechas en el pasado por Sudáfrica contra sus vecinos, condenadas por el Consejo de Seguridad y la Asamblea General de las Naciones Unidas, observa que ese país está jurídicamente obligado a reparar las consecuencias perjudiciales de esas incursiones y a indemnizar a los países vecinos, no sólo por las pérdidas de vidas humanas, sino también por las cosechas perdidas y el perjuicio —aún perjuicio a largo término— causado a sus economías. En este caso también existe lucro cesante. El lucro cesante también parece estar estipulado en los términos del párrafo 292 (13) y (14) del fallo emitido el 27 de junio de 1986 por la CIJ en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*<sup>9</sup>.

44. Pero, en términos generales, está de acuerdo con el análisis del Relator Especial sobre el problema de la causalidad y el lucro cesante y, salvo algunos cambios de redacción de menor importancia, apoya los párrafos 3 y 4 del artículo 8. La referencia a la equidad que ha propuesto agregar el Sr. Bennouna (2174.ª sesión) tal vez no sea muy útil porque esa noción ha demostrado ser de una eficacia relativa, especialmente en la esfera del derecho del mar.

45. Sin embargo, el Sr. Peller expresa su perplejidad ante una cuestión relativa a los daños causados a particulares. Aparte de los problemas de terminología (más que de daños «indirectos» convendría hablar de daños «mediatos»

en oposición a los daños inmediatos causados al propio Estado), lamenta que no haya una referencia al mecanismo de la protección diplomática en el artículo 8 —lo que es normal— o en el informe —que es menos—. Aun cuando en apariencia ésta es una cuestión de procedimiento y debe abordarse en el marco de la tercera parte del proyecto, ese mecanismo tiene de todos modos repercusiones directas en los problemas que se examinan. Es sabido que, según la famosa formulación de la CPJI en el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*:

[ ] Al tomar el partido de uno de los suyos, al poner en movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial internacional, ciertamente ese Estado hace valer su propio derecho, el derecho que tiene de hacer respetar en la persona de sus nacionales el derecho internacional<sup>10</sup>

Esta formulación se basa en una ficción jurídica que ya es discutible en sí, pero que resulta inadmisibles en un aspecto al menos de las cuestiones que se examinan: en efecto, en la práctica, el importe de la indemnización debida al Estado por los daños causados a los particulares se calcula siempre en relación con el daño sufrido por estos últimos. El párrafo 2 del artículo 8 propuesto por el Relator Especial hace una referencia muy indirecta a los daños sufridos por los particulares, pero el Sr. Pellet se pregunta si no sería necesario abordar directamente esta cuestión adoptando una posición clara sobre el problema de la indemnización debida en caso de daño «mediato» causado a los particulares: ¿se debe o no calcular esa indemnización sobre la base del daño sufrido por el particular o sobre la base del daño sufrido por el propio Estado lesionado? Ambas situaciones distan mucho de ser iguales y habría que encontrar una solución. Pero ello no podrá hacerse si no se aborda el problema de la protección diplomática que es, por lo demás, en gran medida, paralelo al problema de la atribución a que se refiere la primera parte del proyecto.

46. Por otro lado, el Sr. Pellet no comprende por qué en las dos variantes del párrafo 1 del artículo 8 el Relator Especial ha optado por lo que se podría llamar una formulación «activa»: «El Estado lesionado tiene derecho a reclamar...», «...tiene derecho a reclamar...». En efecto, le parece que ello rebasa el presente ámbito y entra en la esfera de las cuestiones de procedimiento que deben tratarse en la tercera parte, por lo que a su juicio sería preferible adoptar una formulación pasiva, del siguiente estilo: «El Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito estará obligado a pagar una indemnización...». Por otra parte, el proyecto de artículo 10 está redactado de ese modo, lo que corresponde a la posición adoptada por el propio Relator Especial en el anterior período de sesiones cuando se debatió el proyecto de artículo 6 (Cesación de un hecho internacionalmente lícito de carácter continuo) presentado en su informe preliminar.

47. Finalmente, está de acuerdo con la idea expresada en el párrafo 4 del proyecto de artículo 10, que parece ser una garantía necesaria —aunque tal vez insuficiente— para los Estados débiles contra las demandas excesivas de los Estados fuertes. Quizás el párrafo se debería reforzar y separar del resto del artículo.

48. El Sr. THIAM felicita en primer término al Relator Especial por su segundo informe (A/CN.4/425 y Add.1),

<sup>9</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique) fond, C.I.J. Recueil 1986, pag 14, en especial pag 149*

<sup>10</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions, fallo N° 2 de 30 de agosto de 1924, C.P.J.I. Serie A N° 2, pag 12*

en el que se exponen con gran maestría los hechos, los acontecimientos, las decisiones de la jurisprudencia y las controversias doctrinales sobre la responsabilidad de los Estados.

49. El orador suscribe el informe en general. Las soluciones en él sugeridas y que se reflejan en los proyectos de artículos 8, 9 y 10 expresan principios generales del derecho internacional, formulados reiteradamente por los tribunales internacionales. En primer término, el principio de que todo hecho internacionalmente ilícito comporta la obligación de reparar; en segundo término, el principio de que la reparación debe abarcar todas las consecuencias del hecho ilícito de manera de restablecer la situación que habría existido de no haberse cometido dicho hecho, y en tercer término, el principio de que si no se puede restablecer esa situación, lo conveniente es la compensación o, más concretamente, la indemnización. El Sr. Thiam no desea referirse en detalle a esta modalidad subsidiaria de la reparación que es la indemnización, aunque es la más corriente y se basa en el principio de la reparación íntegra o parcial del daño, según si el hecho ilícito es o no la causa exclusiva de ese daño.

50. El Relator Especial analiza las condiciones de la reparación, a saber, el nexo causal que debe existir entre el hecho ilícito y el daño, haciendo hincapié especialmente en el caso en que el nexo causal es parte de una cadena de acontecimientos en la cual el hecho ilícito puede o no ser el único que ha causado el resultado perjudicial. A continuación, el Relator Especial analiza el concepto en sí de reparación —esto es, los elementos que la integran— y observa que, como la reparación debe abarcar todo el daño, se ha de tener en cuenta no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante; además, examina la cuestión de los intereses y, en particular, de los intereses compuestos. A este respecto, el Sr. Thiam expresa dudas en cuanto a que se deban asignar intereses compuestos en todos los casos. En efecto, la condena al pago de intereses se basa en el supuesto optimista de que el beneficiario de la reparación habría administrado con la debida diligencia el capital que se le ha pagado. Pero esto no es evidente. En la sociedad de los Estados, al igual que en la sociedad humana, hay Estados pródigos. El Sr. Thiam no desea entrar en mayores detalles.

51. En cambio, desea examinar detenidamente la cuestión del daño moral sufrido directamente por el Estado, con exclusión del daño sufrido por los particulares, y la satisfacción como modalidad específica de reparación. La satisfacción es ciertamente una de las instituciones más originales del derecho relativo a la responsabilidad internacional y, sobre todo, una de las más apropiadas en razón de la naturaleza de los sujetos de derecho de que se trata, esto es, los Estados. Históricamente, la reparación del daño moral ha suscitado grandes controversias, y en particular críticas contra quienes buscan aliviar sus dolores morales reclamando una suma de dinero. En los últimos tiempos, en lugar de concederse indemnizaciones simbólicas se ha pasado a asignar sumas de dinero cada vez más importantes como compensación por el daño moral.

52. La reparación del daño moral sufrido por el Estado suscita problemas todavía más complejos que en el caso de los particulares. En efecto, es evidente que los Estados no tienen el sentimiento de afecto: son entidades frías, animadas por la sola voluntad de poder, y cuya acción

tiene por única motivación la razón de Estado. En cambio, existe un género de sentimientos propio de la naturaleza del Estado, al que el Relator Especial hace referencia en varias oportunidades: el sentimiento del honor, la dignidad y el prestigio del Estado.

53. Sin embargo, el Sr. Thiam considera que esas tres nociones no están situadas a un mismo nivel en la escala de valores. El prestigio está vinculado a la idea de grandeza, que es menos importante que la noción de honor y, sobre todo, que la noción de dignidad. El prestigio está vinculado al poderío del Estado. Antiguamente, el prestigio se medía en términos de conquista. Desde luego, en la actualidad ello no es así. La influencia del Estado no se basa ya en el poderío sino en su respeto por determinados valores como la justicia, la paz y los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Cuanta más importancia asigna un Estado a esos valores, más influencia ejerce en el mundo. Sin embargo, ello no significa que la noción de prestigio en su antiguo significado haya desaparecido completamente. Esa expresión mantiene todavía su sentido original.

54. En cambio, la situación es diferente en lo que respecta a la dignidad y el honor. Para todo Estado, ya sea pequeño o grande, rico o pobre, la dignidad y el honor son una necesidad. Se trata de valores intangibles e inherentes a la naturaleza del Estado, cualesquiera sean por lo demás los incidentes y los problemas a que deba hacer frente este último en el transcurso de su historia. En consecuencia, el problema de la reparación del daño moral sufrido por el Estado ante una ofensa a su dignidad o a su honor revisten un carácter muy delicado. En tiempos felizmente pasados, la ofensa a esos valores se reparaba mediante la guerra: en esa época, el Estado se confundía con la persona del soberano y esas nociones correspondían a los valores de la caballería. En un cierto sentido, todavía lo son, porque cada Estado considera como ofensa todo ataque a esos valores. He aquí que entra en juego la reparación por esa ofensa. A pesar de la evolución de las costumbres y de un cierto espíritu de compromiso que caracterizan la época actual, la reparación del daño moral sufrido por el Estado no puede tener una evolución análoga a la que se registra en la reparación del daño moral sufrido por los particulares, pues en este último caso existe una tendencia creciente a la compensación mediante el pago de indemnizaciones cada vez más sustanciales. Esta cuestión es más compleja. A este respecto le parece que la máxima de Grocio mencionada por el Sr. Pellet no es también realmente aplicable a esta esfera. No está seguro de que la reparación por una ofensa al honor o la dignidad de un Estado pueda reducirse al simple pago de una suma de dinero. En este caso justamente tiene cabida la satisfacción.

55. El derecho interno dispone de suficientes medios cuando se trata de reparar un daño moral y, en particular, un daño moral causado por una ofensa al honor de las personas y al respecto que se les debe. Para castigar los delitos de injurias y calumnia, el derecho ofrece dos posibilidades: la acción civil para el logro de una indemnización y la acción penal para la imposición de una sanción; además, en el plano del procedimiento, ambas acciones pueden estar vinculadas y por ello se podrá imponer al autor una obligación de reparación y, al mismo tiempo, una sanción penal. Generalmente, ello sucede en el caso de los

delitos de la prensa. El derecho internacional está mucho menos preparado para sancionar esas ofensas. Es imposible aplicar en el ámbito de los Estados la sanción penal tal como se aplica a los individuos. Esa es la razón por la cual el Relator Especial, consciente del hecho, emplea la expresión «indemnización punitiva» —que ha sido criticada— en relación con la satisfacción. Sin embargo, en opinión del Sr. Thiam, la satisfacción es la solución más apropiada en el presente caso. Debido a su naturaleza híbrida, la satisfacción comporta a la vez reparación y sanción: la satisfacción es reparación en cuanto consiste en la asignación de una cantidad de dinero simbólica o de un monto limitado; la satisfacción reviste el carácter de sanción penal o retributiva en cierto modo en cuanto contribuye subsidiariamente a reparar un daño material. Sin embargo, si la satisfacción entraña una indemnización cuantiosa que está más allá de la capacidad y de los medios del Estado, ella deja de cumplir su cometido.

56. Pero, por otra parte, el Sr. Thiam no considera que en cuanto sanción penal, la satisfacción pueda ir más allá, por ejemplo, de las disculpas o las expresiones de pesar. Las disculpas no son algo del pasado: aunque no son corrientes en la práctica judicial o arbitral sobre arreglo pacífico de controversias, lo son en la práctica diplomática. En tiempos recientes, Israel presentó disculpas, aclarando que se trataba de una forma de reparación, cuando secuestró a Eichmann y, asimismo, Francia presentó disculpas en el asunto del «*Rainbow Warrior*» (véase A/CN.4/425 y Add.1, párr. 134). El Sr. Thiam está de acuerdo con el Relator Especial en que la satisfacción, en la medida en que permite remediar la insuficiencia de la reparación, es una forma de sanción que, si bien no es la sanción penal tradicional, es de todos modos una forma de penitencia que el Estado se impone a sí mismo, o que le imponen los tribunales. Pero la satisfacción no puede equipararse a la «indemnización punitiva».

57. Por otra parte, la satisfacción parece ser la forma de reparación apropiada en caso de delito internacional, pero no así en caso de crimen internacional, pues este último, en cuanto infracción de una gravedad especial, requiere una sanción especial. A pesar de lo dispuesto en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos, que trata de los crímenes internacionales cometidos por los Estados, el Sr. Thiam no considera que se deba tratar de atribuir responsabilidad penal al Estado. En el caso de los crímenes internacionales de la índole de los enumerados en el artículo 19, no cabe ya hablar de satisfacción. Es necesario ir más allá de la responsabilidad del Estado para determinar la responsabilidad penal de una persona. En efecto, es evidente que la responsabilidad sólo puede atribuirse a una persona y nunca al Estado, y que si un individuo se vale de los medios que el Estado pone a su disposición porque actúa en su nombre y en calidad de su representante o agente, lo que debe tratar de establecerse es la responsabilidad penal de esa persona y no la del Estado.

58. La noción de culpa es inseparable de las nociones de crimen de Estado y de responsabilidad de los Estados. El Relator Especial se ha referido a la culpa señalando que, en su opinión, la primera parte del proyecto sólo se refiere a ella de una manera implícita. El Sr. Thiam no considera acertada esta observación. La culpa es un elemento del hecho internacionalmente ilícito y es imposible diferenciar

el hecho internacionalmente ilícito, por una parte y, por la otra, la culpa. Toda culpa entraña necesariamente una infracción a una obligación internacional. Ella puede ser más o menos grave y, en todo caso, influye en la forma de reparación.

59. Pasando a referirse a los proyectos de artículos, el Sr. Thiam declara compartir muchas de las objeciones formuladas por algunos miembros de la Comisión. Le sorprende observar cierto desequilibrio entre el contenido del informe en sí y el de los proyectos de artículos. Ello no significa que desee introducir una serie de nociones en el texto de los proyectos. En materia de codificación y sobre todo en el caso de la responsabilidad de los Estados, la Comisión debería limitarse a enunciar principios generales, en la forma de máximas o fórmulas sintéticas y breves. Todo lo demás entra en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia. Por ello, el Sr. Thiam no considera absolutamente necesario especificar en el proyecto de artículo 8 que sólo existirá responsabilidad cuando exista un nexo causal entre el hecho ilícito y el daño: ello no puede ser más evidente. Lo mismo es aplicable en lo que respecta al concepto de previsibilidad. También es aplicable al concepto de lucro cesante: basta enunciar el principio de la reparación íntegra, ya que ésta abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante. En caso necesario, se podría hacer un examen detallado de cada concepto en el comentario, que tiene por lo demás esa finalidad. En consecuencia, el Sr. Thiam prefiere la variante A y no la variante B del párrafo 1 del artículo 8 y está de acuerdo con el Sr. Pellet en que sería preferible cambiar la disposición utilizando la forma pasiva.

60. En cuanto al proyecto de artículo 9, relativo a los intereses, el Sr. Thiam es partidario de que se suprima.

61. En cambio, le parece que un artículo sobre la satisfacción es absolutamente necesario. Por ello, aprueba el proyecto de artículo 10 aunque considera que en él no se debe hacer referencia al concepto de «indemnización punitiva». Sin embargo, está de acuerdo en que es importante precisar en ese texto que la satisfacción no debe entrañar exigencias humillantes. En efecto, la satisfacción perdería toda su función pacificadora en los conflictos internacionales si va acompañada de condiciones financieras o morales excesivas.

62. El Sr. BEESLEY opina que el Relator Especial ha elegido acertadamente los asuntos abordados en su dilatado segundo informe (A/CN.4/425 y Add.1) esforzándose por hacer una clara distinción entre la práctica de los Estados anterior a la primera guerra mundial, la práctica seguida entre las dos guerras mundiales y la seguida con posterioridad a la segunda. Aunque ha citado también el antiguo asunto de la rebelión de los bóxers, no lo ha hecho como un ejemplo que hay que seguir; se ha distanciado claramente de las circunstancias que originaron ese asunto.

63. Ello refleja claramente el problema básico a que hace frente la Comisión: es difícil examinar la práctica actual de los Estados, sobre todo si no está sistemáticamente consagrada en sentencias arbitrales y porque numerosos asuntos se solucionan en forma amistosa. La Comisión corre el peligro de empantanarse en la jurisprudencia pasada, en tanto que su mandato es codificar normas para el futuro, no necesariamente de sentido idealista, sino de acuerdo con la evolución real del mundo contemporáneo.

64. Pasando a referirse a los proyectos de artículos 8 a 10 presentados por el Relator Especial, el Sr. Beesley expresa su acuerdo con el sentido general de esos textos. En primer término, en lo que respecta al artículo 8, la variante A propuesta para el párrafo 1 le parece poco feliz, al menos en inglés. Existe una contradicción interna puesto que, por una parte, señala que puede haber un «daño no reparado mediante la restitución en especie» y, por la otra, que la indemnización puede «restablecer la situación que existiría de no haberse cometido el hecho ilícito». La variante B es mucho mejor, pese a las dudas que por las mismas razones suscita la parte de la oración que señala «si la restitución en especie... no alcanza a restablecer la situación...». Esa variante refleja un mayor sentido común y presenta un aspecto práctico que la otra no tiene. El hecho de que esté redactada en forma pasiva o activa no tiene en definitiva mucha importancia. La Comisión debe tener cuidado de no usar la compensación pecuniaria como equivalente a un sustituto por algo que quizás no se preste a simple reparación pecuniaria.

65. En el párrafo 2 del artículo 8, la expresión «cualquier daño económicamente valorable» ha suscitado muchos comentarios. Sin embargo, por más que sea criticable, parece imposible por el momento reemplazar esa expresión. Por otra parte, la expresión «daño moral» es también bastante vaga y, en la forma en que se usa en esa disposición, podría referirse a cualquier cosa. En este contexto, cabe entender sin duda por daño moral todo daño que no puede ser objeto de una indemnización pecuniaria.

66. El párrafo 3 se refiere a las ganancias dejadas de obtener de resultas del hecho internacionalmente ilícito. Parece inútil incluir una disposición separada sobre este caso específico, que tal vez podría verse mejor en el párrafo 4, en los siguientes términos: «... daño, con inclusión de las ganancias dejadas de obtener y la pérdida de otros beneficios, resultante de un hecho internacionalmente ilícito...». La referencia de «beneficios» daría un alcance todavía mayor al concepto de ganancias dejadas de obtener, porque las ganancias obtenidas en una actividad no son necesariamente de carácter pecuniario.

67. Por otra parte, el párrafo 4 plantea la cuestión de la causalidad. Indudablemente, la Comisión deberá reflexionar más a este respecto, aun cuando deba formular completamente de nuevo esta disposición. Una precisión acerca del término «ininterrumpido» es indispensable, y tal vez pueda hacerse en el comentario. En efecto, cabe imaginar casos de interrupción transitoria que sin duda no afectan al nexo causal. De todos modos, es ciertamente preferible el enfoque del «nexo causal» y no el de una distinción entre daño directo y daño indirecto.

68. El párrafo 5 plantea el problema de la «negligencia» y así, indirectamente, el de la culpa y la responsabilidad. Estas cuestiones parecen caer dentro de la esfera de la culpa extracontractual, que pertenece más bien al tema sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. De todos modos, la precisión es tanto más necesaria cuanto que las situaciones previstas pueden ser muy variadas. Por ejemplo, ¿cabe imputar negligencia al Estado que sufre una ofensiva sorpresiva en sus fronteras porque sus guardas han dejado pasar al atacante?

69. El proyecto de artículo 9, relativo a los intereses, no suscita ninguna dificultad especial. Tal vez la cuestión de

los intereses compuestos sería mejor tratada en el comentario. Pero el Relator Especial ha señalado acertadamente a la atención de la Comisión esas cuestiones técnicas, obligándola a reflexionar al respecto.

70. Algunos miembros de la Comisión se han opuesto al concepto de «indemnización punitiva», a que hace referencia el párrafo 1 del proyecto de artículo 10, relativo a la satisfacción y garantías de no repetición. No obstante, el Sr. Beesley opina que se debe prever esta forma de indemnización, aun cuando ello suponga entrar en la esfera del derecho penal. En efecto, el proyecto de artículo se refiere a casos que pueden ser extremadamente graves y moralmente indefendibles. En un asunto muy reciente en que murió una persona, el «*Rainbow Warrior*» (*ibid.*, párr. 134), se impuso ese tipo de reparación, lo que parece perfectamente apropiado.

71. Las formas de la satisfacción no deben depender tal vez de la importancia del daño a que se refiere el párrafo 2. Evidentemente, el Relator Especial podrá formular aclaraciones sobre esta cuestión, que ha suscitado muchos comentarios. Por otra parte, el «grado de intención dolosa» a que se refiere el mismo párrafo remite una vez más al concepto de culpa y de responsabilidad de los Estados. Es necesario, pues, ser muy prudentes.

72. Como se señala en el párrafo 3, la declaración de la ilicitud del hecho por un tribunal internacional competente puede efectivamente constituir una modalidad de satisfacción. Si bien en este sentido los asuntos no son muy numerosos, no dejan de ser una realidad. ¿Es necesario que esa situación se señale en una disposición separada? Este caso específico bien podría incluirse también en el comentario.

73. Nadie es partidario de «exigencias humillantes para el Estado que haya cometido el hecho ilícito», como se señala en el párrafo 4. Ese texto guarda relación con el concepto de «disculpas» que se ha tratado ya en el párrafo 1. El Sr. Beesley señala varios ejemplos para demostrar que esta forma de satisfacción no es algo totalmente obsoleto en el mundo contemporáneo y que no procede eliminarla completamente. En efecto, en diversos casos ocurridos recientemente tanto en Asia como en Europa del Este, las disculpas se han considerado completamente apropiadas. También hace referencia a una serie de casos ocurridos en el Oriente Medio, en los que se han demandado disculpas que no fueron presentadas, lo que demuestra toda la validez que siguen teniendo las disculpas en las relaciones entre Estados. También podría señalarse que la actitud adoptada actualmente por Sudáfrica entraña en cierto modo una disculpa, o un cierto reconocimiento de su culpa. También cabe mencionar las disculpas oficiales presentadas por un Estado después de abatir un avión de pasajeros en el golfo Pérsico. Por último, el Sr. Beesley recuerda un asunto de menor importancia, pero que le parece ilustrativo: estando de visita en el Canadá el Jefe de Gobierno de la URSS, un enfermo mental se precipitó sobre el huésped oficial y al forcejear le rompió el abrigo. El Gobierno del Canadá consideró conveniente presentar disculpas, que fueron aceptadas. A esta forma de satisfacción se sumó evidentemente la restitución en especie, a saber, un abrigo nuevo.

74. Por último, el Sr. Beesley ruega a la Comisión que no se apresure en rechazar los ejemplos del pasado con el pretexto de que debe establecer normas para el futuro.

A diferencia de otros miembros, no considera que haya un desequilibrio entre la amplitud y erudición de los análisis del Relator Especial y los proyectos de artículos que ha presentado. Por el contrario, el Relator Especial ha sabido precisamente destacar los problemas que plantea la responsabilidad de los Estados señalando a la atención de la Comisión las cuestiones fundamentales del tema.

75. El Sr. ROUCOUNAS dice que la reparación es el punto de aplicación de la responsabilidad internacional en el plano concreto. La reparación muestra, más que la atribución de responsabilidad, la eficacia del sistema y la manera en que los Estados se proponen borrar las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito. Un elemento político importante ha sido durante mucho tiempo un factor de confusión en la búsqueda de soluciones y ha significado en cierto modo mantener la reparación, al igual que la propia responsabilidad internacional, en el ámbito de una concepción del derecho internacional actualmente obsoleta. El proyecto sobre el cual trabaja la Comisión está orientado al presente y al futuro, como bien entienden el Relator Especial y la Comisión.

76. Pese a las consideraciones expuestas por el Relator Especial en el párrafo 140 de su segundo informe (A/CN.4/425 y Add.1), todavía cabe esclarecer la diferencia entre la reparación y la satisfacción, por una parte y, por la otra, las medidas de carácter punitivo y seudopunitivo. Estas últimas no tienen cabida en los mecanismos jurídicos internacionales de que se ocupa la Comisión. Por ejemplo, el asunto *Tellini* (*ibid.*, párr. 124) sólo puede considerarse como un ejemplo más de la arrogancia con que han actuado algunos países poderosos respecto de otros más pequeños.

77. Los materiales reunidos por el Relator Especial merecen un comentario. Según la práctica arbitral examinada, evidentemente, las distintas aplicaciones del derecho de reparación hacen hincapié, según las épocas, en un determinado aspecto de la responsabilidad internacional, como los daños materiales causados a los nacionales de un Estado, inversiones, etc. En la generalización que debe hacer para tener una visión de conjunto de la práctica internacional, la Comisión se basa necesariamente en los materiales que le presenta el Relator Especial. Por ello, éste debe evitar una inclinación marcada hacia las soluciones elaboradas en una determinada esfera porque otras soluciones, que tal vez no han dado lugar a que se elabore una verdadera jurisprudencia, también deben ser materia de reflexión para la Comisión.

78. Los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial regulan la cuestión del daño en la esfera de la responsabilidad de los Estados. El nexo que une a las partes primera y segunda del proyecto, la primera relativa al «origen de la responsabilidad internacional» y la segunda al «contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional», es sin duda tan sólido como parece, pero el hecho de que la violación de una norma internacional comporte automáticamente la responsabilidad del Estado junto con el hecho de que varios Estados pueden presentarse declarándose lesionados, hacen preguntarse acerca de la posición que esos Estados ocupan, respectivamente, en el mecanismo de la reparación. Como el Sr. Graefrath (2168.<sup>a</sup> sesión) ha demostrado, además de la demanda de cesación, y aun en el caso de restitución, se debe probar el daño respecto de cada uno de los Estados lesionados. Es posible

que una disposición encaminada especialmente a regular esta cuestión ayude a evitar incoherencias.

79. Pasando luego a referirse al proyecto de artículo 8, el Sr. Roucounas dice que prefiere la variante A del párrafo 1. Le parece que constituye una sólida base de trabajo para el Comité de Redacción. En el párrafo 2, la expresión «cualquier daño económicamente valorable» parece inútil, sobre todo si se considera que ese párrafo hace referencia, con toda razón, al daño moral.

80. El párrafo 3 se presenta en términos muy rígidos y convendría darle mayor flexibilidad, en la forma señalada por el Sr. Mahiou (2171.<sup>a</sup> sesión). Esto vale también para el párrafo 4, que podría incluir una formulación equilibrada entre los requisitos de «normalidad» y de «previsibilidad», examinados por el Relator Especial en el informe (A/CN.4/425 y Add.1, párrs. 37 y ss.).

81. En términos más generales, durante el debate sobre la reparación se ha hecho referencia al lugar que correspondería a la equidad. A este respecto, se debe adoptar la posición del Relator Especial, quien opina que toda norma de derecho expresa y abarca en sí la equidad. Pero cabe agregar que fuera del ámbito de la norma de derecho, la equidad es completamente aleatoria. En un proyecto como el que examina la Comisión, no basta señalar el principio de la equidad como directriz para el juez. Se debe orientar a éste, que deberá aplicar las futuras disposiciones, señalándole el papel que deben desempeñar los mecanismos de reparación. Si sólo se hace una referencia al principio de la equidad, también se podría eliminar toda la parte del proyecto que trata de la reparación.

82. En lo que respecta al proyecto de artículo 9, convendría fijar como fecha a partir de la cual se devengan los intereses el día en que la reclamación pertinente se presenta al órgano competente. En cuanto al párrafo 2, relativo a los intereses compuestos, entra en detalles que no son apropiados para todas las situaciones.

83. El proyecto de artículo 10 se refiere a la satisfacción y a las garantías de no repetición. En lo que respecta a estas últimas, se debería, en efecto, prever un texto más detallado. En cuanto a la satisfacción en general, ¿conviene acaso señalar en el párrafo 1 que se debe dar satisfacción «cuando un hecho internacionalmente ilícito cause... un daño... que no pueda ser reparado mediante... una indemnización»? Parecería que la satisfacción puede demandarse aun cuando haya habido reparación por equivalencia, esto es, la satisfacción se sumaría a esta última. Es cierto que la satisfacción supone el asentimiento del Estado lesionado, en todo caso cuando se trata de las disculpas o del castigo de los responsables. Pero no se debe dar la impresión de que ese castigo es sólo una cuestión de satisfacción y no una obligación diferente que tiene el Estado de que es nacional el autor del hecho internacionalmente ilícito.

84. Por último, el párrafo 4 del artículo 10, encaminado a prohibir la demanda de satisfacción que entrañe exigencias humillantes, no es necesario. Esa disposición podría suscitar dudas sobre la pertinencia del principio de la satisfacción, aun en la época contemporánea.

*Se levanta la sesión a las 13 horas.*