

ASPECTOS DE LA REPARACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL

SUMARIO: I. *Introducción: puntos generales sobre la teoría de la reparación.* II. *Formas y modalidades de la reparación.* III. *Alcance de la reparación.* IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN: PUNTOS GENERALES SOBRE LA TEORÍA DE LA REPARACIÓN

Se puede considerar que la casi totalidad de la doctrina está de acuerdo en aceptar, con base en la práctica internacional, que a todo incumplimiento o violación de un deber jurídico-internacional, imputable a un Estado en su calidad de sujeto de derecho internacional, genera a cargo del Estado infractor una obligación de reparar el hecho ilícito cometido.

Sobre este punto preciso, las discrepancias que pueden encontrarse, en gran parte de carácter terminológico, ya sea en la doctrina como en la jurisprudencia o en la práctica de los Estados, no pueden realmente ser calificadas como substanciales por lo que a su contenido se refiere.

Que de conformidad con el derecho internacional, la relación jurídica que se origina como consecuencia de la inobservancia de una obligación internacional, deba contraerse a la relación entre el Estado, o Estados, a los que sea imputable el acto u omisión ilícitos y que están obligados a la reparación, y el Estado, o Estados, que pretenden ser titulares del derecho a obtener reparación, no pudiendo existir otro efecto jurídico, es sin duda la concepción que tradicionalmente ha sido sustentada dentro de la teoría de la responsabilidad internacional.¹

Para otra parte de la doctrina, sin embargo, el hecho ilícito imputable al Estado puede configurarse como susceptible de originar una doble relación jurídica. El Estado que se estimare lesionado como consecuencia del

1 Anziolotti, Dionisio, *Corso di diritto internazionale*, Padova, Società Poligrafica Editoriale, 1955, vol. II, pp. 384, 385 y 421.

comportamiento antijurídico, tendría el *derecho* de exigir una reparación (función de reintegración o compensación) al autor del hecho ilícito, o bien, eventualmente sería titular de la *facultad* jurídica de recurrir a la aplicación de una sanción, que no se identifica con la ejecución forzosa de la obligación. Por sanción se entiende, dentro de esta tesis, una medida que no implica necesariamente un acto de coerción o de empleo de la fuerza, pero que se caracteriza, al menos, por buscar una cierta finalidad de castigo o de naturaleza afflictiva. El acto de expropiación de bienes de un extranjero sin que medie ninguna forma de compensación, como respuesta de un Estado a un hecho análogo cometido por otro Estado, puede ser considerado como un ejemplo de sanción, por su carácter específicamente represivo y por la ausencia de toda idea de reintegración.²

Sin dejar de tomar en cuenta las diferencias que pueden ser constatadas entre las dos concepciones anteriores, tanto una como otra, sin embargo, concuerdan en un punto específico: ambas tesis reconocen la existencia en derecho internacional de una obligación de reparar el hecho ilícito a cargo del Estado transgresor de la norma jurídica.

Una última tesis que merece mencionarse, aunque no fuere sino por su carácter radicalmente divergente, es aquella que niega que el derecho internacional general conozca una norma consuetudinaria que establezca un concreto deber de otorgar reparación por parte del Estado infractor. Según H. Kelsen, para que pueda darse por supuesta la obligación de otorgar una reparación, es necesario que con antelación se llegue a la concertación de un acuerdo sobre la existencia del hecho ilícito y sobre el contenido de la reparación, entre el Estado que se presume lesionado y el Estado infractor.³

Esta última concepción, que concibe la reparación en derecho internacional como una consecuencia meramente eventual de la producción de un hecho ilícito internacional, ha sido poco compartida por el resto de la doctrina, además de haber sido fuertemente criticada como contraria a la práctica internacional de los Estados.⁴

2 Ago, Roberto, "Le Délit International", *Recueil des Cours de l'Academie de Droit Internationale (RCADI)*, París, Recueil Sirey, 1939-III, t. 68, pp. 426-429, 524-531, Giuliano, Mario, *Diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1974, vol. I, pp. 597-599.

3 Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, 2a. ed. (revisado y editado por Robert W. Tucker), USA, Holt, Rinehart and Winston, 1966, pp. 18 y 19.

4 Reitzer, Ladislav, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en Droit international*, Belgique, Georges Thône, 1938, pp. 32 y ss. Uno de los puntos que pone de relieve este autor, es que también en aquellos casos en que el Estado lesionado procedió a una medida de tipo coercitivo, casi invariablemente se adujo el hecho de que se le había negado la reparación debida.

Una vez expuestas las diversas corrientes que sobre el problema de la reparación han sido formuladas, quisiéramos indicar, como punto preliminar, que en los diversos informes sobre responsabilidad de los Estados presentados ante la Comisión de Derecho Internacional por el relator especial Roberto Ago, el hecho ilícito internacional ha sido definido sin tomar en consideración el elemento del “daño”; el comportamiento, por acción u omisión, imputable a un Estado por el derecho internacional, violatorio de una obligación, compromete la responsabilidad de un Estado. En aquellos casos en que la responsabilidad internacional se traduce en una obligación de reparación, es la infracción misma la que es objeto de reparación y no el “daño” eventualmente provocado.⁵

Esta concepción presentada por el profesor Ago, tiene la ventaja de subrayar la *no-identidad* entre el concepto de responsabilidad que se desprende de un hecho ilícito y la obligación jurídica de indemnizar un daño cometido.

Nosotros pensamos que, conforme a la teoría del derecho, esta posición no puede ser objetable; sin embargo, debemos tener presente que, de acuerdo con el derecho internacional positivo, la regla general que parece poder desprenderse consiste en afirmar que una responsabilidad internacional es imputable a un Estado siempre y cuando se aduzca la existencia de un daño, sea éste de naturaleza material o moral (aun en hipótesis, como veremos, en las que en realidad se trate exclusivamente de infracción a la “legalidad objetiva”), por parte del sujeto que pretende ser titular del derecho lesionado o del interés jurídicamente protegido.

II. FORMAS Y MODALIDADES DE LA REPARACIÓN

El derecho internacional reconoce, tanto en la jurisprudencia internacional como en la práctica diplomática, dos formas de reparación que se presentan comúnmente, aunque no necesariamente, en las reclamaciones en que se aducen daños de carácter material: la restitución en especie —*restitutio in integrum*— y la indemnización de daños y perjuicios, pudiendo presentarse ambas formas de manera simultánea.⁶

5 Ver el “Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados”, *Annuaire de la Commission du Droit International (ACDI)*, 1970, vol. II, p. 208; y el “Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados”, *ACDI*, 1972, vol. II, p. 107.

6 El antiguo relator especial, F. V. García Amador, utiliza el término de “reparación propiamente dicha o *stricto sensu*” para referirse tanto a la restitución como a la indemnización, *Documentos oficiales de Naciones Unidas* (Doc. A) Conf. 4/96, en *ACDI*, 1956, vol. II, pp. 206 a 209.

1. *Restitución en especie: restablecimiento del statu quo ante*

La restitución en especie es considerada como el modo de reparación por excelencia.

Este tipo de reparación se traduce esencialmente por un restablecimiento efectivo de la situación que debería haber existido en caso de no haberse producido el hecho ilícito.

Si se piensa que el principio general de la reparación tiende a hacer desaparecer las *consecuencias* producidas por el hecho ilícito imputable al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional, es entonces evidente que la reparación en especie se aprecie, al menos teóricamente, como la forma por excelencia que debe adoptar la reparación.⁷

Esta forma de concebir la restitución en especie en derecho internacional ha sido claramente formulada en el célebre caso relativo a la *Fábrica de Chorzów*. Este caso sometido al conocimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional, es de una importancia considerable, ya que la Corte determinó en detalle una gran parte de los principios que deben regir las consecuencias jurídicas que resultan de la violación de una obligación jurídica en el plano internacional, pues aun cuando en el caso específico se trate de una responsabilidad de tipo contractual, los mismos principios se aplican para cualquier otro tipo de responsabilidad, dado que el derecho internacional no conoce una distinción, por lo que a la reparación se refiere, que atienda al diverso origen del acto u omisión ilícitos.

La demanda presentada por el gobierno alemán pretendía obtener una reparación de parte del gobierno polaco, por el perjuicio sufrido por las sociedades anónimas *Oberschlesische* y *Bayerische*, debido a la actitud tomada por el gobierno de Polonia en relación con dichas sociedades, en el tiempo de la toma de posesión, por este último gobierno, de la fábrica de nitrato situada en Chorzów, actitud que la Corte Permanente de Justicia Internacional había declarado en su fallo número 7, del 25 de mayo de 1926, como no siendo conforme a las disposiciones de la Convención de Ginebra de 1922, celebrada entre Alemania y Polonia, referente a la región de la Alta Silesia.⁸

7 Reitzer, *op. cit.*, pp. 171 y ss.

8 “Affaire relative a l’Usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)”, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CPJI (RAAOCPJI)*, serie A, núm. 17, 13 de septiembre de 1928, pp. 5 y 18.

La Corte debía pronunciarse ahora, no sólo sobre la existencia de la obligación de reparar, sino además sobre los daños que debían servir como base para la evaluación del monto de la indemnización y el alcance de la reparación.

En esta sentencia del 13 de septiembre de 1928, la Corte Permanente enfatiza la idea de considerar a la reparación como el corolario de la violación de las obligaciones, como el complemento indispensable por incumplimiento de un acuerdo, sin que para ello sea necesario que se encuentre expresamente estipulado; prueba de esto, además, es que en el curso de las fases del procedimiento, ninguna de las partes puso en duda que la obligación de reparar fuese un elemento del derecho internacional positivo. Por todo esto, la Corte sostiene que la obligación de reparar no es sólo un principio del derecho internacional sino, además, que el deber de reparación constituye una concepción general del derecho.⁹

Más adelante la Corte, después de señalar la ilegalidad del despoamiento de la empresa por parte de Polonia, acto expresamente prohibido por la Convención de Ginebra, y por consiguiente no pudiendo expropiarse ni aun mediante indemnización, declara:

El principio esencial que se desprende de la noción misma de acto ilícito y que parece derivarse también de la práctica internacional [...] es el de que la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que habría verosímelmente existido si dicho acto no se hubiere realizado. Restitución en especie, o, de no ser ello posible, pago de una suma correspondiente al valor que adquiriría la restitución en especie; concesión, si fuere ello necesario, de una indemnización por pérdidas sufridas y que no quedaren cubiertas por la restitución en especie, o por el pago en su reemplazo...¹⁰

En este caso particular, habiéndose declarado que la Convención prohibía la expropiación de la empresa, la consecuencia que se genera es la obligación de restituirla o, en su caso, conceder una indemnización que reemplace la restitución en especie, lo que en efecto fue establecido por el fallo de la Corte.¹¹

En la práctica internacional, la restitución en especie ha revestido diversas modalidades, pudiendo implicar acciones tales como la restitución

⁹ *Idem*, pp. 27, 28 y 29.

¹⁰ *Idem*, p. 47.

¹¹ *Idem*, pp. 63 a 65.

de la propiedad confiscada, hasta formas como la abrogación, o derogación de medidas legislativas, o aun la anulación o no ejecución de un fallo dictado por algún tribunal nacional en contradicción con una obligación internacional.

En el caso de *Martini* entre Venezuela e Italia, el tribunal de arbitraje rechazó una reparación pecuniaria que la Sociedad Martini reclamaba por los daños, los cuales, según alegaba, le habían sido ocasionados como consecuencia de una sentencia, considerada contraria a una fallo arbitral anterior, pronunciada por la Corte de Casación de Caracas, y la cual concedía una indemnización al gobierno venezolano. En opinión del árbitro Undèn, dicho fallo de la Corte de Caracas no había ocasionado perjuicio material a la Sociedad Martini, ya que no se había acatado y que, por lo tanto, no existía “motivo suficiente” para conceder una reparación pecuniaria.

Sin embargo, el tribunal arbitral, en su sentencia del 3 de mayo de 1930, decretó la anulación de las obligaciones de pago impuestas a la Sociedad Martini por el fallo de la Corte de Caracas, estimado como “manifiestamente injusto”. El tribunal declara:

Aun cuando dicho pago no haya sido jamás efectuado..., las obligaciones de pago existen conforme a derecho. Tales obligaciones deben ser anuladas, a título de reparación. Al decretar su anulación, el tribunal arbitral subraya el hecho de que se ha realizado un acto ilícito y aplica el principio de que las consecuencias del acto ilícito deben ser borradas.¹²

En cuanto a la demanda de anulación de una disposición constitucional violatoria de una obligación internacional, quizá el ejemplo más significativo lo constituya la demanda de derogación del artículo 62, párrafo 2, de la Constitución de Weimar de 1919. Dicha disposición había sido considerada por el Congreso Supremo de las Potencias Aliadas como contrario al artículo 80 del Tratado de Versalles, por el cual Alemania se había comprometido a reconocer la independencia del gobierno austriaco.¹³

Los ejemplos anteriores, por constituir un restablecimiento de la situación anterior (del *statu quo ante*), pueden estimarse como medidas que caracterizan la restitución en especie.

12 “Affaire Martini”, *Requeil de Sentences Arbitrales (RSA)*, vol. II, pp. 1001 y 1002.

13 Citado por Visscher, Charles de, “La responsabilité des États”, *Bibliotheca Visseriana*, Leyden, 1924, p. 96. Este autor denomina la restitución en especie, reparación directa, en contraposición a la indemnización por daños y perjuicios, que llama reparación *indirecta*, p. 118.

En la práctica, aun cuando la restitución en especie sea teóricamente el modo de reparación que debe prevalecer, es raramente aplicable, pues son más bien escasas, por múltiples razones, las situaciones susceptibles de un restablecimiento del estado de cosas anterior al hecho ilícito.

2. *Indemnización por daños y perjuicios: reparación en equivalente*

La indemnización por daños y perjuicios es un modo de reparación que se presenta siempre y cuando la restitución en especie no sea susceptible de ser concedida (por ejemplo, la destrucción del bien objeto del litigio), o cuando existe de por medio un acuerdo entre las partes (la demanda de anulación de una sentencia, o de abrogación o derogación de una disposición legislativa, pueden suscitar problemas de orden constitucional bastante delicados, por lo que se prefiere no recurrir a la restitución en especie), o asimismo es aplicable este modo de reparación en el caso, por demás frecuente, en el que las consecuencias del hecho ilícito no logren ser totalmente resarcibles recurriendo únicamente a la forma de restitución en especie.¹⁴

En el caso relativo a la fábrica de Chorzów, la restitución de la empresa no aparecía como materialmente imposible de conceder y, sin embargo, el gobierno alemán renuncia a ejercer una acción por restitución en especie y presenta en su lugar una demanda de indemnización por daños y perjuicios.

En un principio, el gobierno alemán había presentado una demanda de restitución en especie, pero en el curso de las negociaciones abandonó dicha demanda por considerar que durante el periodo en que el gobierno polaco había explotado la empresa, ésta había sufrido modificaciones tales que, en su estado actual, ya no era posible considerar que constituyera, ni jurídica ni económicamente, el mismo objeto existente en el momento de su desposeimiento, por cuya razón se estima que su restitución era inoperante.¹⁵

Así pues, si el gobierno alemán solicita la indemnización por daños y perjuicios, en vez de ejercitar la acción de restitución, es porque, en realidad, la restitución en especie no habría logrado reparar las consecuencias del hecho ilícito; ante la imposibilidad de restablecer el estado de cosas

14 Ver Guggenheim, Paul, *Traité de Droit International Public*, Genève, Georg, 1954, vol. II, pp. 68 y 69; García Amador, F. V., "Sexto informe sobre responsabilidad del Estado, Doc. A/Conf. 4/134", *Year Book of the International Law Commission*, 1961, vol. II, p. 18.

15 "Affaire relative à l'Usine de Chorzów", *RAAOCPJI*, p. 28; y opinión en disidencia del juez lord Finlay, quien se opone al método de evaluación del daño, seguido por la Corte, *idem*, pp. 70 y ss.

existentes con anterioridad a la verificación del hecho ilícito, se ejercita entonces una acción de indemnización correspondiente al daño sufrido.

Si la restitución en especie se caracteriza por un restablecimiento de la situación anterior, o como dice Bissonnette “por su carácter esencialmente restitutivo”,¹⁶ la indemnización por daños y perjuicios se distingue por su carácter de substitución, pudiendo entonces decirse que se trata de una forma de reparación por equivalente.

3. La satisfacción: reparación del daño inmaterial o “político-moral”

Si conforme a la práctica de los Estados en derecho internacional se ha reconocido a la “satisfacción” como un modo de reparación del hecho ilícito, pudiendo presentarse concurrentemente con las otras dos formas de reparación, cuando ello resulta necesario para subsanar las consecuencias del comportamiento ilícito, es conveniente preguntarnos en qué medida puede justificarse que sea considerada la “satisfacción” como una figura jurídica, teóricamente distinta tanto de la reparación en especie como de la indemnización por daños y perjuicios.

La satisfacción puede diferenciarse de la restitución en especie, en la medida en que la satisfacción no logra un restablecimiento del *statu quo ante*. Por el contrario, el carácter no pecuniario que presenta, por regla general, la satisfacción en derecho internacional no constituye, sin embargo, un elemento esencial de diferenciación respecto de la indemnización por daños y perjuicios, ya que en ocasiones la satisfacción, como forma de reparación, puede llegar a revestir un carácter pecuniario.

Los elementos que pueden suministrar una base para considerar la satisfacción como una forma autónoma de reparación, se encontrarían más bien en que cierta clase de reclamaciones de reparación exigidas por los Estados no podrían, en sentido estricto, ser asimilables a aquellas que se presentan en los casos en que se solicita una reparación en especie o una indemnización por daños y perjuicios; subrayándose además el hecho de que la solución de una controversia puede lograrse recurriendo a esta única forma de reparación.¹⁷

Si tomamos en cuenta que la función esencial que se considera debe revestir la satisfacción es la de reparar el llamado daño moral (*moral*

¹⁶ Bissonnette, P. A., *La satisfaction comme mode de réparation en droit international*, Genève, 1952, p. 22.

¹⁷ *Idem*, pp. 24 y 25.

wrong), denominado también perjuicio “político-moral”,¹⁸ no es difícil comprender entonces la serie de imprecisiones a que puede dar lugar la institución de la satisfacción como modo de reparación en el derecho internacional.

La doctrina, en forma casi unánime, está de acuerdo en apreciar que todo perjuicio que se ocasiona al honor, prestigio o dignidad de un Estado, en su calidad de sujeto de derecho internacional, constituye un daño de carácter moral.¹⁹ Sin embargo, es precisamente en este punto donde la satisfacción como modo de reparación, parece adquirir un alto grado de imprecisión. Dado que la concepción de lo que puede considerarse como el “prestigio”, “honor”, “dignidad”, etcétera, del Estado no se puede encuadrar en una definición de tipo uniforme y de validez objetiva, el único método que puede ser de utilidad, es recurrir al examen de aquello que los Estados han juzgado, en la práctica diplomática o jurisprudencial, constitutivo de un perjuicio al “honor” del Estado.

Entre los actos que comúnmente se han considerado que ocasionan un daño “político-moral” al Estado y que por lo tanto ha generado el derecho de exigir una satisfacción, podemos mencionar en particular: las violaciones al territorio del Estado (terrestre, marítimo o aéreo), es decir, el ámbito dentro del cual posee competencia exclusiva para hacer cumplir su ordenamiento jurídico; injurias cometidas en contra de las personas que son calificadas como órganos o funcionarios representantes del Estado; ataques en contra de embajadas, consulados o delegaciones; ultrajes a los emblemas del Estado o escritos e injurias proferidos en contra de un Estado.²⁰

Las medidas de satisfacción que permiten reparar el daño moral, pueden ser de diversa índole y la vigencia, uso o desuso de las mismas, están condicionadas al recurso que de ellas hacen los Estados, en una época u otra, como a continuación veremos.

A. *La presentación de excusas*

Esta es sin duda la forma de satisfacción que ha sido mayormente utilizada en las relaciones internacionales, y se ha manifestado a través de modos y procedimientos de múltiple orden.

18 Esta última denominación es la utilizada por García Amador en *op. cit.*, vol. II, p. 19.

19 Bissonnette, *op. cit.*, p. 36; Giuliano, *op. cit.*, vol. I, p. 594.

20 Salmon, Jean J. A., *La responsabilité internationale*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963, p. 153. Bissonnette, *op. cit.*, p. 45.

Dentro de este específico modo de satisfacción podemos mencionar el incidente ocurrido en 1949, entre Estados Unidos y la República de Cuba, ocasionado por el comportamiento irrespetuoso de miembros de la marina estadounidense hacia el monumento de José Martí, comportamiento que fue considerado por el gobierno cubano como injurioso para la República de Cuba. Al día siguiente, el embajador de Estados Unidos se presentaba al pie de dicho monumento y daba lectura pública de una carta de pesar y excusas.²¹

Este incidente permite constatar que un gobierno puede considerar que se ha lesionado el honor del Estado, aun cuando el emblema objeto de la injuria no presente un carácter estrictamente oficial.

Un incidente de fecha más reciente, fue el ocurrido entre Estados Unidos y Francia a propósito del viaje del presidente Pompidou a Estados Unidos en calidad de jefe de Estado. Como consecuencia de la simpatía del presidente francés hacia la causa árabe, los grupos sionistas organizaron una serie de manifestaciones injuriosas en contra del presidente Pompidou. R. Ziegler, portavoz oficial de la Casa Blanca, declaró que el presidente Nixon había ya presentado su “pesar y excusas” en nombre propio y del pueblo estadounidense por los sucesos ocurridos.²²

Independientemente del hecho de que éste sea un caso en el que se plantea la cuestión de la responsabilidad del Estado huésped hacia el presidente o jefe de un Estado extranjero en vista oficial y el deber de vigilancia debida, tanto este incidente como el anterior, ejemplifican el carácter especial de “publicidad” que debe mostrar la presentación de excusas, ya que se tiende a la reparación del prestigio y dignidad del Estado.

La presentación de excusas puede también implicar el acto de “rendir honores a la bandera” del Estado ofendido, como una forma típica de conceder satisfacción por reparación del daño moral.

Un ejemplo significativo de esta forma de “presentación de excusas”, es el incidente ocurrido el 14 de julio de 1920 en la ciudad de Berlín. Estando enarbolada en la embajada francesa la bandera de este país, un cierto número de personas agrupadas enfrente de la embajada, comenzó a proferir injurias contra el emblema francés, al mismo tiempo que un individuo se apoderaba de la bandera; todo esto ocurría sin que las autoridades alemanas hubieran intentado siquiera intervenir para impedir la eje-

21 Citado por Bissonnette, *op. cit.*, pp. 67 y 88.

22 “Incidentes en el transcurso del viaje del presidente Pompidou a Estados Unidos”, *Chronique des faits internationaux. Revue Générale de Droit International Public (RGDIP)*, 1971, pp. 177-183.

cución de tales actos. El gobierno francés exigió que la injuria cometida fuera reparada mediante la presentación de honores militares rendidos ante el emblema francés.

Es interesante hacer notar que aun cuando el gobierno alemán accedió a rendir, y en efecto llevó a cabo, los honores exigidos, sin embargo, el gobierno francés rehusó la medida de satisfacción, en razón de que la compañía militar habíase presentado con retraso de la hora oficial, vistiéndose simple uniforme de cuartel y que, al momento de retirarse la compañía, había comenzado a entonar uno de los cantos nacionalistas alemanes, bajo la orden misma del oficial que encabezaba la compañía.²³

Esta última modalidad de la “presentación de excusas”, como forma de reparación del daño “político-moral”, puede considerarse que en la práctica ha venido a caer en desuso, posiblemente como consecuencia del carácter eminentemente espectacular que reviste el rendir honores a los emblemas de un Estado, al igual que han caído en desuso otro tipo de ceremonias similares, como el envío de una misión expiatoria con el fin de presentar en forma oficial las excusas debidas.²⁴

B. *Castigo de la persona autor del daño moral*

La satisfacción, en la práctica internacional, puede también presentarse bajo la forma de la imposición de un castigo al individuo cuyo comportamiento ha originado la responsabilidad imputable al Estado.

Es pertinente señalar que por responsabilidad del Estado derivada de actos de sus particulares entendemos aquí la que se genera por una omisión de las medidas que normalmente deberían haberse adoptado, atentas las circunstancias conforme al derecho internacional, para prevenir la realización de actos lesivos contra un Estado extranjero, lo que significa que no es nunca la conducta de un individuo en su carácter de simple “particular”, lo que puede ser estimado como fuente de responsabilidad internacional.²⁵

23 “Incidente relativo al ultraje a la bandera francesa”, *RGDIP*, 1920, pp. 358-361. Sólo después de recibir en forma oficial una serie de explicaciones por parte del gobierno alemán —excusa implícita— acerca del comportamiento ocurrido, el gobierno francés aceptó que se había reparado el daño moral.

24 Bissonnette, *op. cit.*, pp. 100-101, y 107-108.

25 Sobre este particular, es ilustrativo el pensamiento del juez Winiarski: “...según el derecho internacional, todo Estado es responsable de un acto ilícito si ha cometido tal acto; si ha omitido tomar las medidas necesarias para prevenir un acto ilícito, y si ha omitido tomar las medidas necesarias para la búsqueda y castigo del autor de un acto ilícito”. “Arrêt du 9 avril 1949 dans l’Affaire du Détroit de Corfou”, *RAAOCPJI*, 1949, p. 54. Voto en disidencia del juez Winiarski.

En caso de que el individuo personalmente responsable sea un funcionario u órgano representante del Estado, la medida de reparación que se otorga consistirá, por regla general, en una sanción de carácter disciplinario o administrativo: revocación, destitución, suspensión, reprimenda, etcétera.²⁶

En el incidente ya citado sobre el ultraje a la bandera francesa, se dictó orden de aprehensión en contra del individuo responsable del apoderamiento del emblema, además los ministros del *Reich* destituyeron a varios funcionarios, entre ellos al comandante de la primera división de la milicia de seguridad de Berlín, culpándoseles de no haber dictado las medidas necesarias para evitar los incidentes suscitados lesivos de la dignidad del Estado francés.²⁷

En ocasiones, el Estado responsable otorga satisfacción por propia iniciativa, como fue el caso en el atentado en contra del jefe del Estado de la Ciudad del Vaticano, Pablo VI, el 27 de noviembre de 1970. Al llegar al aeropuerto de Manila, en visita oficial a las Filipinas, el papa Pablo VI fue agredido por un pintor de nacionalidad boliviana. El presidente Marcos expresa excusas por no haberse tomado las medidas de precaución suficientes; al individuo responsable del atentado se le inculpa por tentativa de asesinato premeditado sobre una “personalidad importante en el ejercicio de sus funciones”, condenándosele a una pena de cuatro años y dos meses de prisión, aun cuando se reconoce el carácter “anormal” del espíritu del acusado.²⁸

C. La declaración judicial de la ilegalidad del acto

Además de la presentación oficial de excusas y del castigo de la persona causante del daño moral, algunos autores consideran que la declaración judicial de la ilegalidad del acto no acompañada de ninguna forma adicional de reparación, debe estimarse como otra forma de otorgar satisfacción al Estado que ha sufrido un perjuicio de carácter “político-moral”.²⁹

El artículo 11 del proyecto de artículos presentados ante la CDI por el relator R. Ago, descarta toda idea de considerar el acto u omisión de un individuo, en su carácter de particular, como pudiendo constituir un hecho del Estado en el plano internacional. Ver “Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados”, *ACOI*, pp. 137 y 138.

²⁶ Bissonnette, *op. cit.*, pp. 116 y 117.

²⁷ “Incidente relativo al ultraje de la bandera francesa”, *op. cit.*, p. 359.

²⁸ “Tentativa de atentado en contra de Pablo VI en Manila, 27 de noviembre de 1970”, *Chronique des faits internationaux, RGDIP*, 1971, p. 1173.

²⁹ Salmon, *op. cit.*, p. 173; Guiliano, *op. cit.*, vol. I, p. 594.

El problema de la satisfacción bajo este aspecto, puede ser analizado mediante referencia a la sentencia emitida por la Corte Internacional de Justicia relativa al caso del *Estrecho de Corfú*, entre la República Popular de Albania y la Gran Bretaña. Después del incidente del 22 de octubre de 1946, en el que los buques de guerra británicos, el *Sanmarez* y el *Volage*, sufrieron una serie de daños, perdiendo además la vida varios de sus oficiales y marinos como consecuencia de las explosiones del campo de minas implantado en aguas territoriales de la República de Albania, la marina británica procedió al barrido de dichas minas en las aguas jurisdiccionales albanesas el 12 y 13 de noviembre de 1946.

Mediante notificación del compromiso de 25 de marzo de 1948, por el que las partes someten el litigio a la Corte, la República de Albania va a invocar una violación a su soberanía como consecuencia de las acciones de la marina de guerra británica en aguas albanesas ocurridas el 22 de octubre, 12 y 13 de noviembre de 1946. El gobierno de Albania demanda el otorgamiento de una “satisfacción” como reparación del daño moral causado por la Gran Bretaña.³⁰

La Corte afirma que el carácter dilatorio de las funciones y notas diplomáticas por parte del gobierno albanés al día siguiente de que ocurrieron las explosiones, son circunstancias atenuantes para el Reino Unido, pero que sin embargo, para “asegurar la integridad del derecho internacional”,³¹ debe la Corte constatar la violación a la soberanía de la República de Albania.

En el fallo pronunciado el 9 de abril de 1949, la Corte declara por unanimidad que en virtud de:

“... las acciones de su marina de guerra en las aguas albanesas en el curso de la operación del 12 y 13 de noviembre de 1946, el Reino Unido ha violado la soberanía de la República Popular de Albania, esta constatación por la Corte constituye en sí misma una satisfacción apropiada”.³²

Así pues, la Corte consideró que la medida conveniente para reparar el daño moral alegado por la República de Albania era suficiente con la sola declaración de la ilicitud del acto, no acompañándose de ninguna otra forma de prestación. Posiblemente la Corte estimó que ésta era la medida políticamente más juiciosa; en todo caso, en las motivaciones del fallo no se encuentra una referencia específica de la razón por la que la Corte prefirió otorgar esta forma de satisfacción y no alguna otra.

30 “Affaire relative du Déroit de Corfou”, *RAAOCPJI*, vol. II, 1950, p. 28.

31 *Idem*, p. 35, nota 25.

32 *Idem*, pp. 35 y 36.

D. *La satisfacción de carácter pecuniario*

En la práctica internacional analizada con anterioridad, hemos visto cómo el daño moral ha sido reparado mediante formas y modalidades diversas, sin que ninguna de ellas revista un aspecto pecuniario. No obstante, esta última modalidad no es desconocida en la práctica de los Estados.

Nos parece indudable que el intento de diferenciar la satisfacción de carácter pecuniario, del pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es prácticamente posible más que por referencia al tipo de hecho ilícito que el Estado víctima alega le ha sido cometido y por el que reclama resarcimiento. Es por ello por lo que la doctrina, sin dejar de reconocer el problema de diferenciación, admite a pesar de ello que el término de “satisfacción” aplicado a esta hipótesis sigue siendo justificado en derecho internacional, en tanto que se presume que la finalidad específica de este modo de reparación, independientemente de las modalidades que adopte, es la de resarcir los daños que se consideran exclusivamente como “daños morales”.³³

La satisfacción de carácter pecuniario no parece circunscribirse necesariamente a un cierto y único tipo de daño moral, pudiendo presentarse situaciones de dicha especie, por causa de daños morales sufridos directamente por el Estado como sujeto de derecho internacional (ultrajes a los emblemas nacionales, violaciones al territorio, actos ilícitos contra los representantes del Estado, etcétera), o bien en la persona de uno de sus nacionales, siempre a través del mecanismo de la protección diplomática en este último supuesto.

La jurisprudencia arbitral ofrece un caso interesante por lo que se refiere al problema de la satisfacción pecuniaria: El caso de *F. Mallén*, fallado por la Comisión de Reclamaciones de 1923 entre México y Estados Unidos. México reclamó el pago de 200,000 dólares con intereses, que deberían ser otorgados por Estados Unidos como indemnización y satisfacción por los daños sufridos en la persona de Francisco Mallén, cónsul mexicano en El Paso, Texas, a consecuencia de agresiones y malos tratos perpetrados por un miembro de la policía estadounidense. En la sentencia emitida por el presidente de la Comisión, Van Vollenhoven, después de declarar al gobierno estadounidense responsable por los daños materiales causados a Francisco Mallén, reconoce que debería aumentarse el monto

³³ Bissonnette, *op. cit.*, p. 127.

de la indemnización a título de satisfacción por la afrenta sufrida (*as satisfaction for indignity suffered*), por la falta de protección y por denegación de justicia, debiéndose tener en cuenta la función consular de Mallén, y por tanto, la cuestión de honor de la nación. Tomando en consideración todo lo anterior, el presidente Van Vollenhoven juzga que la cuantía de la indemnización debe ser fijada en 18,000 (*sic*) dólares sin intereses.³⁴

Si bien en casos como los que veíamos con anterioridad, en que la satisfacción se traduce en la imposición de un castigo al individuo, cuya acción está en el origen de la responsabilidad estatal, puede apreciarse un cierto carácter punitivo que puede llegar a presentar la reparación en derecho internacional; por el contrario, esta connotación no podría desprenderse de cualquier hipótesis en que existiere una satisfacción de carácter pecuniario. Así, en el caso *Mallén*, si un elemento de naturaleza penal puede ser aducido, éste no se inferiría de una específica intención de represión por parte del presidente de la Comisión, ni menos aún en razón de que la cuantía fijada estuviere en manifiesta desproporción con el daño inferido. En todo caso, se tendría que aducir que es en virtud de que se toman en consideración ciertos elementos, como el de la “gravedad” del hecho ilícito, para intentar desprender un cierto carácter de penalidad del fallo emitido. Por otra parte, es indudable que en la práctica internacional el carácter represivo que puede presentar una reparación y que puede ser predominante sobre el aspecto meramente compensatorio o de reintegración, este último aspecto no desaparece nunca completamente, como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, para que en realidad pudiera ser visto como típica medida de tipo penal.³⁵

4. *¿Existe en derecho internacional positivo una obligación de reparación por exclusiva inobservancia de la norma jurídica?*

Un reciente estudio relativo al análisis de la reparación en derecho internacional, muestra que el concepto de daño moral podría desempeñar una importante función dentro del marco de un posible control de los ac-

34 “Affaire Mallen (General Claims Convention of 8 sept. 1923)”, *RSA*, ONU, vol. IV, pp. 179-189.

35 Bissonnette, *op. cit.*, p. 154. Es evidente que la idea de una reparación de carácter penal puede ser lógicamente admisible si se parte de la idea de que el derecho internacional positivo conoce una clara distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal, como se advierte en los informes sobre responsabilidad presentados ante la CDI, por el antiguo relator García Amador. “Primer Informe, Doc. A/Conf. 4/96”, *ACDI*, vol. II, en particular pp. 180 y 181, y 207-209.

tos del Estado y su “conformidad” con el derecho internacional, consuetudinario o convencional. Bollecker-Stern ha sustentado la tesis de que, en aquellos casos en que fuera posible constatar una violación de la norma jurídico-internacional sin que medie otro “daño”, que no sea el de la exclusiva transgresión de la norma misma de derecho, en el estado actual del derecho internacional no sería factible realizar una distinción entre esta especie de antijuridicidad, que el autor denomina como “perjuicio jurídico”, y el daño moral propiamente dicho, en lo que concierne a sus consecuencias en el plano de la reparación.³⁶

Dentro de esta línea de pensamiento, la reparación del “perjuicio jurídico”, debería consistir en un restablecimiento del orden jurídico transgredido a través de una anulación del acto jurídico contrario a la norma internacional, o bien de no ser ello posible, en la declaración de ilegalidad del acto antijurídico.³⁷

Así, esta serie de medidas como la abrogación, anulación o declaración de ilegalidad de un acto, no deberían ser consideradas como medidas adecuadas para la reparación del daño moral, sino que su aplicación debería circunscribirse únicamente a la reparación del llamado “perjuicio jurídico”.

Desde un punto de vista de *lege ferenda*, pensamos que no hay razón para no compartir esta concepción de la noción del daño en derecho internacional, pero es indudable que el derecho internacional positivo no ha elaborado todavía tal tipo de distinciones; aun cuando se quisiera desprender de una cierta práctica de los Estados un criterio de diferenciación, por vago que éste fuere, sin embargo, la asimilación entre conceptos tales como daño moral y “perjuicio jurídico”, sería sin duda constatada en el plano de la reparación.

En el caso *Martini*, ya citado con anterioridad, el tribunal arbitral rehusa condenar al gobierno venezolano al pago de una indemnización pecuniaria porque el reclamante no podía, en realidad, aducir ningún daño de naturaleza material que se hubiera ocasionado a la Sociedad Martini; ello no obstante, el árbitro Undèn pronuncia la anulación de la obligación

36 B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (prefacio de Paul Reuter), París, Pédone, 1973, pp. 17 a 49.

37 *Idem*, p. 34. La cuestión de una capacidad jurídica que pudiera ser conferida a un Estado para ejercer una acción en reparación, la analizamos únicamente por lo que se refiere al interés jurídico de un Estado en ver respetada la norma jurídica internacional en lo que a su *propia esfera jurídica afectar*. Esto debe ser, pues, claramente diferenciado del análisis de una posible especie de *actio popularis* en derecho internacional, que autorizare a cualquier Estado a ejercer una acción en reparación por la transgresión de cualquier forma de derecho internacional.

dictada por la Corte de Casación de Caracas (violatoria de un laudo arbitral anterior), que imponía a la Sociedad Martini la obligación de otorgar una indemnización, subrayándose que, aun cuando dicha sentencia de la Corte de Casación nunca hubiere sido ejecutada, las obligaciones existen conforme a derecho y su anulación constituía la reparación adecuada.³⁸

Parece indudable afirmar que, en un caso como el anterior, la institución de la responsabilidad internacional adquiere funciones de contencioso de la legalidad de los actos del Estado, sin embargo, ello no implica que se reconozca la noción de “perjuicio jurídico” como una categoría autónoma cuya sola reclamación pudiera dar lugar a una reparación en derecho internacional. Tal tipo de medidas (anulación, declaración judicial de la ilegalidad de un acto, etcétera), según veíamos, se estiman en la práctica como adecuadas para el resarcimiento de un daño material o moral, aunque se deba admitir que estas nociones no sean del todo correctas para la hipótesis en las que exista en realidad un llamado “quebrantamiento de la legalidad”, del orden jurídico en cuanto tal y en ausencia de cualquier otro daño.

Consideraciones semejantes debieran hacerse por lo que se refiere al caso, igualmente ya citado, del *Estrecho de Corfú*, en el sentido de que se trataría también de un suceso, en el que se muestra la asimilación de las mismas medidas de reparación para hipótesis diversas de daño, lo cual, desde un punto de vista teórico, no parece justificable. El daño moral ocasionado a la República Popular de Albania por violación de la soberanía sobre sus aguas territoriales, a raíz de las acciones de barrido de minas llevadas a cabo por la marina británica, fue reparado, como se vio con anterioridad, mediante una declaración judicial de ilegalidad de las operaciones. La Corte debe “...para asegurar la integridad del derecho internacional del cual es el órgano, constatar la violación por la acción de la marina de guerra británica de la soberanía de Albania”.³⁹

De acuerdo con lo visto hasta aquí, esta medida de reparación dictada por la Corte no sería una medida adecuada, en tanto que la reclamación se hace con base en un daño de carácter moral, y que la aplicación de una medida como la declaración judicial de la ilegalidad del acto debiera quedar circunscrita a aquellos supuestos en los que existe violación de la norma jurídica no acompañada de ningún daño adicional, moral y material.

38 “Affaire Martini”, *RSA*, pp. 1001 y 1002.

39 “Affaire du Détroit de Corfou”, *RAAOCPJI*, p. 35.

Desde el punto de vista de la teoría de la responsabilidad, pensamos que es más coherente esta concepción que trata de hacer una distinción entre el llamado “perjuicio jurídico” y el daño moral propiamente dicho. Sin embargo, una parte de la doctrina estima que, en derecho internacional, la violación de la norma jurídica puede ser considerada como constitutiva de un daño moral, y, según ello, es claro que formas tales como la anulación y la declaración de ilegalidad, pueden concebirse como medidas de reparación adecuadas del daño moral.⁴⁰

En nuestra opinión, del hecho de que la práctica internacional no tome en consideración, como una categoría autónoma, la sola inobservancia del derecho sin que medie otro tipo de daño causado al Estado, es ciertamente una consecuencia de la ausencia de un contencioso de anulación organizado dentro del sistema actual del derecho internacional general, pero de ello no es pertinente concluir que, a nivel de la teoría de la responsabilidad, sea justificado asimilar la simple inobservancia de la norma con la noción del daño moral.

III. ALCANCE DE LA REPARACIÓN

1. *Daños indirectos*

A propósito de los problemas que plantea la reparación en derecho internacional, tanto la doctrina como la práctica se han ocupado de los llamados “daños indirectos” (*consequential damages*), señalándose como uno de los puntos más controvertidos en la materia. Previamente debemos aclarar que dicho problema es sólo una parte dentro de la serie de cuestiones que pueden suscitarse en aquello que la doctrina moderna y jurisprudencia internacional conocen como las “relaciones de causalidad” entre hecho ilícito y daños producidos.

El rasgo que parece caracterizar la teoría de los daños indirectos, es el de que dicha teoría se ha presentado como un medio para eliminar ciertos daños que no aparecen a la consideración del juez como resarcibles.⁴¹

40 Salmon, *op. cit.*, p. 15.

41 Hauriou, André, “Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux”, *RGDIP*, 1924, p. 207.

Es la declaración hecha por el Tribunal de Ginebra en el caso del *Alabama*, la que se considera estar al origen de esta teoría. La Gran Bretaña aducía que los daños que deberían de ser sometidos a la consideración del tribunal no habrían de comprender más que pérdidas individuales, mientras que para Estados Unidos debían abarcar igualmente las pérdidas llamadas nacionales, como aquellas ocasionadas por la prolongación de la guerra, motivada por la asistencia de la Gran Bretaña a los cruceros

Una opinión bastante generalizada en la materia, parece inclinarse por el rechazo de esta noción de daños indirectos, por considerar que se trata de una división artificial —daño directo e indirecto— que puede sólo provocar confusiones e impresiones dentro del terreno de la responsabilidad internacional.

Así, André Hauriou, al analizar este concepto dentro del arbitraje internacional, estimaba que debería de ser proscrito del lenguaje jurídico, en tanto que no era en realidad más que la manifestación de una cierta imposición por determinar la causa precisa de dichos perjuicios.⁴²

Sin duda el examen de la jurisprudencia internacional revela que la terminología de daños indirectos ha sido aplicada no sólo con referencia a aquellos daños considerados como “remotos”, sino también a aquellos estimados como francamente ajenos al hecho ilícito; ello no obstante, por lo general, el término es aplicado cuando a criterio del juez el examen de los hechos no permite trazar una vinculación cierta entre el hecho ilícito y el daño reclamado.

Si reconocemos que el derecho internacional consagra la existencia de una obligación de reparar los daños consecuencia de un acto u omisión ilícitos, la función que desempeña en la práctica la división entre daño directo e indirecto dentro del sistema jurídico internacional, no parece ser otra sino la de pretender fijar un límite a la responsabilidad que le es imputable al sujeto autor del daño; de esta forma, aquella categoría de reclamación de daños en la que no se aprecie una conexión de dependencia cierta en relación con el hecho ilícito, no se estimará que dé lugar a reparación. En realidad, el problema en la práctica sigue residiendo en esa “infinita variedad” de relaciones y circunstancias exteriores que pueden intervenir entre el hecho ilícito y los daños producidos, con el resultado de ser imposible elaborar un criterio único que permitiera deslindar los daños susceptibles de indemnización de aquellos no resarcibles.⁴³

confederados. Estas últimas pérdidas fueron calificadas por Gran Bretaña como daños indirectos. El presidente del tribunal, conde Scolpis, declaró que “...el tribunal estimaba las reclamaciones por pérdidas indirectas, mencionadas en la comunicación de Estados Unidos del 25 de junio, como enteramente excluidas de su consideración”. “Affaire de l’Alabama (entre les Etats-Unis et la Grande Bretagne)”, *Recueil des Arbitrages Internationaux* (de Lapradelle & Polits), París, Pédone, 1923, vol. II, 1856-1872, p. 840.

42 Hauriou, A., *op. cit.*, p. 218. Igual criterio sostenía Reitzer, quien proponía reemplazar el término de daños directos o indirectos por el de causalidad adecuada o jurídicamente pertinente. Reitzer, *op. cit.*, p. 183.

43 Anzilotti, D., *op. cit.*, vol. I, pp. 430-432.

En el caso *H. G. Venable* ante la Comisión General de Reclamación de Estados Unidos y México, el primer acto que implicaba la responsabilidad directa de México según demanda del gobierno de Estados Unidos, era el envío de un telegrama, hecho por un superintendente (Rochín) de los ferrocarriles mexicanos, prohibiendo la salida de territorio mexicano de varias locomotoras propiedad de una compañía estadounidense, de la cual Venable era presidente. El presidente de la Comisión, Van Vollenhoven, sostuvo que si el telegrama era relacionado con toda la situación que posteriormente se había producido, el telegrama podría estimarse como la causa de todos los daños reclamados por el demandante, pero que, sin embargo, era claro que dicho telegrama no podía apreciarse como causa “directa e inmediata” de las pérdidas y daños producidos. La reclamación por indemnización de daños y perjuicios causados fue acordada a Estados Unidos con fundamento, principalmente, en ciertos hechos ilícitos de omisión imputables al gobierno mexicano.⁴⁴

En el caso *Mallén*, esta misma Comisión General de Reclamaciones rehusó tomar en cuenta, para la evaluación de la reparación, cierto tipo de daños sobre el estado de salud del cónsul Mallén, y que en opinión del gobierno mexicano deberían de ser igualmente resarcibles por considerarse como producidos a raíz de los malos tratos sobre la persona de Mallén. La Comisión consideró que no existía una relación “cierta” entre el ataque sufrido y los perjuicios reclamados para poder ser apreciados como daños directos.⁴⁵ Este caso, entre otros, revela la dificultad que existe en la práctica para determinar qué tipo de daños deben ser considerados como consecuencia necesaria del hecho ilícito y por lo tanto resarcibles, sobre todo si tenemos en cuenta la opinión en disidencia del comisionado Fernández Mac Gregor, para quien es evidente que la pérdida de la facultad del oído en Mallén debería estimarse como consecuencia directa de la agresión ilícita por él sufrida,⁴⁶ interpretación ésta completamente divergente como veíamos, con la opinión no sólo del presidente de la Comisión, sino también con la del comisionado Nielsen.⁴⁷

44 “Caso H. G. Venable (entre México y Estados Unidos), General Claims Convention of 8 sept. 1923”, *RSA*, ONU, vol. IV, pp. 219 a 261. En la opinión emitida por el comisionado mexicano Fernández Mac Gregor, el telegrama “Rochín”, además de no poder apreciarse como “causa y origen”, de los daños y pérdidas, su acción no era ilícita conforme al derecho internacional, dado que según él, no actuó en su capacidad de autoridad.

45 “Caso Mallén”, *RSA*, pp. 173 a 187.

46 *Idem*, pp. 187-190.

47 *Idem*, pp. 180-186.

2. Pérdida de utilidades

La categoría de daños susceptibles de indemnización, a través del análisis de la relación entre hecho ilícito y daños reclamados, se plantea en forma diferente si se está en presencia de una demanda de reparación por eventuales ganancias de las que se ha sido privado, es decir, de una reclamación por *lucrum cessans*.

En cuanto a la noción misma en derecho internacional, ésta no ofrece dudas en cuanto a su significación; denota un beneficio no obtenido, pero que eventualmente habría podido obtenerse de no mediar la realización del hecho ilícito.⁴⁸

En términos generales, el principio esencial que parece ser tomado en consideración por la jurisprudencia internacional para otorgar o rehusar una reparación por los beneficios no obtenidos y cuya pérdida es invocada, es un criterio basado en la normalidad o curso ordinario de una sucesión de hechos; una indemnización será negada si se estima que “normalmente”, teniendo en consideración las circunstancias conocidas y presumibles, el beneficio cuya pérdida se reclama no habría tenido probabilidades de realizarse aun en ausencia del hecho ilícito.

Es claro que de la jurisprudencia internacional no podría inferirse un riguroso criterio que permitiera determinar con certeza en qué hipótesis deberá otorgarse una reparación por pérdida de beneficios; siendo el *lucrum cessans*, por definición, una eventualidad, el problema que se plantea al juez internacional es el de la determinación del grado de probabilidad que dicha eventualidad pudiere presentar en el caso específico.⁴⁹

En el caso del *William Lee*, fallado por la Comisión Mixta de Lima, entre Estados Unidos y Perú, un buque ballenero, el *William Lee*, estando por zarpar para una temporada de pesca del puerto de Tumbes, Perú, el capitán de puerto prohíbe en el último momento la salida del buque. Aun cuando el capitán del navío alega que se habían satisfecho todas las demandas legítimas, el capitán de puerto mantiene su oposición; no es sino pasado un periodo de tres meses que se le concede licencia para abandonar el puerto.

Los árbitros en su decisión otorgan por unanimidad, indemnización por pérdida de la temporada de pesca y beneficios que habrían podido ser

48 Reitzer, *op. cit.*, p. 188.

49 Salvioli, Gabriele, “la responsabilité des états et la fixation des dommages et intérêts par les Tribunaux internationaux”, *RCDI*, 1929-III, París, Hachette, 1930, t. 28, p. 256.

obtenidos. Para realizar la evaluación del *lucrum cessans*, la Comisión toma como criterio el número de barriles de aceite que habían sido obtenidos por el navío durante los periodos anteriores a su detención.⁵⁰

En otro arbitraje, el caso del “Canadá”, que guarda con el anterior varios puntos de semejanza, la reparación por pérdida de beneficios fue rechazada. Los hechos eran los siguientes: el “Canadá”, buque ballenero que había partido igualmente para la temporada de pesca, sufre una serie de averías al chocar en contra de unos arrecifes cerca de las costas del Brasil, en gran parte por un comportamiento negligente del capitán. Después de varios días de incesantes maniobras para poner fuera de peligro el navío, y al estar a punto de lograrlo, el capitán y su tripulación son obligados a detener toda maniobra por órdenes de un oficial de la armada brasileña, quien toma por la fuerza posesión del navío, quedando éste completamente destruido al cabo de unas semanas.

El único daño que será tomado en consideración para objeto de la compensación reclamada, será el provocado por la pérdida del navío y algunos otros gastos ocasionados; el árbitro Thoronton, en su decisión, niega toda indemnización relativa a la pérdida de la temporada de pesca y de las eventuales ganancias que pudieran haber obtenido.⁵¹

Si hiciéramos referencia únicamente al rechazo del árbitro en conceder reparación por la pérdida de beneficios, podría parecer como un laudo contradictorio al dictado en ocasión del *William Lee*. En realidad si se niega compensación en el caso del “Canadá” por el *lucrum cessans* reclamado, es porque el árbitro estima que, dadas las circunstancias presentes y presumibles, en particular cierto descuido en la tripulación del navío por parte del capitán, la realización de ganancias que habrían podido obtenerse aparecen como siendo bastante inciertas, aun en ausencia del hecho ilícito.

3. *Repercusión del daño sobre un tercero*

En la hipótesis de un hecho ilícito, por el que se presume, se haya ocasionado por “repercusión”, un perjuicio sobre una tercera persona, física o moral, el problema que se plantea principalmente es el de determi-

50 “Affaire du William Lee (Commission Mixte de Lime)”, *RAI* (de Lapradelle & Politis), París, Pédone, 1923, vol. II, 1856-1872, pp. 282 y ss.

51 “Affaire du Canada”, *RAI* (de Lapradelle & Politis), París, Pédone, 1923, vol. II, 1856-1872, pp. 632 y ss.

nar si, y en qué medida, el orden jurídico internacional confiere un derecho de reparación para aquella persona calificada jurídicamente como tercero en relación al hecho ilícito producido.

Cierta parte de la doctrina⁵² estima que si un hecho ilícito ha ocasionado un daño a una persona A y que a su vez un perjuicio subsiguiente es reclamado por un tercero B como resultado del daño inicial resentido por A, el Estado al cual le es imputable la responsabilidad por el daño sufrido por A deberá también otorgar reparación por el perjuicio reclamado por B, a condición de que exista una relación de causalidad entre ambos tipos de daños. Sin embargo, esta concepción, que no es sino una aplicación directa de los criterios de presunción de causalidad, difícilmente parece encontrar una formulación semejante si nos referimos a la jurisprudencia internacional.

Volviendo de nuevo a la sentencia número 13 (demanda de indemnización) relativa al caso de la *fábrica de Chorzów*, la Corte Permanente de Justicia Internacional, después de sustentar que la violación de todo acuerdo genera una obligación de reparar, pasa al análisis de los daños que, según la demanda interpuesta por Alemania, sufrieron las sociedades *Oberschlesische* y *Bayerische*; constatando la Corte un desacuerdo entre las partes sobre el monto y modalidades de pago referentes a una eventual indemnización, la Corte declara que deberá aplicarse primeramente al examen de los daños reclamados que se consideren sean susceptibles de dar lugar a una reparación.⁵³ A este propósito la Corte sostiene:

Al abordar este examen, es conveniente constatar previamente que, para la evaluación del daño causado por un acto ilícito, se debe tener en cuenta exclusivamente el valor de los bienes, derechos e intereses que han sido infringidos y cuyo titular es la persona en cuyo provecho la indemnización es reclamada [...] Este principio, admitido por la jurisprudencia arbitral, tiene por efecto excluir del monto de la reparación los daños causados a terceros por el acto ilícito [...].⁵⁴

Decir que la Corte en este caso se refiere en realidad a la hipótesis en que un Estado A no estuviere habilitado para presentar una reclamación en nombre de un otro sujeto B, mismo si fuera B quien hubiera resultado

52 Salvioli, *op. cit.*, p. 251.

53 "Caso relativo a la fábrica de Chorzów", *RAAOCPJI*, pp. 29 y 30.

54 *Idem*, p. 31.

directamente lesionado,⁵⁵ es dar una interpretación que no parece encontrar mayor fundamento ni en los hechos mismos origen de la controversia, ni en la motivación de la sentencia; la excepción de incompetencia para entablar una reclamación por parte de un Estado plantea el problema en términos de prueba de la existencia de un *ius standi* como condición previa al análisis de la posible repercusión del daño.

Una aplicación del principio asentado por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en cuanto a la exclusión de terceros para efectos de la reparación, es posible encontrarla en el caso de la *Dickson Car Wheel Company*, fallado por la Comisión General de Reclamaciones entre México y Estados Unidos,⁵⁶ la cual permite ilustrar la hipótesis en que interviene una relación contractual.

En virtud de un contratado celebrado entre la *Dickson Car Wheel Co.* y una compañía ferroviaria mexicana, la *Dickson*, empresa estadounidense, había efectuado varias entregas de mercancías sin recibir ningún pago en cambio por parte de la compañía ferroviaria mexicana, la cual aducía que, por un decreto de 1914, el gobierno constitucional de México había tomado a su cargo la explotación de las líneas ferroviarias pertenecientes a dicha compañía (1914-1925), y que, por tanto, sus obligaciones de pago no podían ser cumplidas dado que no había percibido ingreso alguno. La demanda interpuesta por el gobierno estadounidense pretende imputar la responsabilidad al gobierno mexicano, argumentando que este último se habría substituido en los derechos y obligaciones contraídos por la compañía ferroviaria. La Comisión sostuvo que aun cuando el gobierno mexicano hubiere sido poseedor de la mayoría de las acciones en el momento de la celebración del contrato con la *Dickson*, esto no podía tener por efecto, considerar al gobierno mexicano como parte en el contrato,⁵⁷ y por otro lado, la Comisión precisó que la Compañía ferroviaria mexicana nunca había perdido su personalidad jurídica, por lo que el demandante habría estado siempre en posibilidad de interponer demanda por incumplimiento del contrato ante los tribunales mexicanos.⁵⁸

El razonamiento básico expuesto por la Comisión en sus conclusiones por lo que a nuestro tema se refiere, es el siguiente:

55 Salvioli, *op. cit.*, pp. 251 y 252.

56 "Affaire de la Dickson Car Wheel Company (Estados Unidos y México)", *RSA*, ONU, vol. IV, pp. 669-682.

57 *Idem*, p. 670.

58 *Idem*, pp. 675 y 676.

II. Un Estado no incurre en responsabilidad internacional por el hecho de que un individuo o empresa, con nacionalidad de otro Estado, resienta un daño pecuniario como corolario o resultante de un daño infligido por el Estado demandado sobre un individuo o empresa con independencia de su nacionalidad, cuando las relaciones entre el primero y el ulterior son de naturaleza contractual.⁵⁹

La Comisión rechaza, por lo tanto, la demanda de indemnización por daños y perjuicios, y enfatiza el criterio según el cual el daño o perjuicio reclamado por una persona física o moral, parte en un contrato, como “repercusión” o consecuencia de un daño inicial resentido por la otra parte contratante, no es susceptible de dar lugar a compensación, de conformidad con las reglas del derecho internacional.

En relación con el punto que estamos examinando, uno de los aspectos que presentan mayor actualidad, pero sin duda no menor complejidad, es el referente a las reclamaciones relativas a daños que se pretende han sido resentidos por los miembros de una sociedad en su carácter de accionistas como consecuencia del daño inicial sufrido por la sociedad.

En el supuesto en que el accionista sea considerado como tercero, en relación con el daño ocasionado a la sociedad en cuanto tal, le será negado todo derecho a exigir la reparación, o lo que es lo mismo: el Estado de su nacionalidad no podrá pretender el ejercicio de una capacidad procesal para ejercer la protección diplomática en favor de su nacional.

Para ilustrar lo que puede interpretarse como la orientación actual del problema dentro del derecho positivo, haremos referencia a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, tal y como se desprende del caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*,⁶⁰ circunscribiéndonos al punto referente a la repercusión del daño.

Señalemos sucintamente los antecedentes del caso: la *Barcelona Traction*, sociedad cuya personalidad jurídica había sido constituida de acuerdo con la ley canadiense en 1911 y con domicilio legal (*head office*) en Toronto, Canadá, forma un cierto número de sociedades auxiliares, explotadoras y titulares de concesiones en Cataluña, España, en vistas al desarrollo de una red de producción y distribución de energía eléctrica. Varias

59 *Idem*, p. 681.

60 “CIJ, Sentencia del 5 de febrero de 1970, segunda fase en el caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (España y Bélgica)”, *Recueil des arrêts, avis et ordonnances de la CIJ (RAAOIJ)*.

de dichas filiales se constituyeron igualmente conforme la ley canadiense, poseyendo la *Barcelona Traction* la totalidad de las acciones emitidas.

Posteriormente, con motivo de una demanda por presunto incumplimiento de ciertas obligaciones financieras de la sociedad, demanda ésta presentada por ciudadanos españoles, accionistas recientes de la *Barcelona Traction*, el tribunal de Reus, provincia de Tarragona, por sentencia del 12 de febrero de 1948, declara en estado de quiebra la empresa y se dicta orden de embargo de sus bienes, así como los de sus filiales.

Según declaración del gobierno de Bélgica, algunos años después de la Primera Guerra Mundial, la mayoría de las acciones de la *Barcelona Traction* (el 88% del capital) habían pasado a manos de nacionales belgas, personas físicas o morales. Bélgica demanda la anulación de la sentencia dictada por el tribunal de Reus, por existir error manifiesto en la aplicación del derecho español, denegación de justicia en sentido amplio y por desconocimiento de los derechos de la defensa en el curso del procedimiento, denegación de justicia en sentido estricto (según terminología de la Corte). De no ser práctica ni jurídicamente posible la *restitutio in integrum*, el gobierno belga reclama una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a los nacionales belgas, personas físicas y morales (en particular la Sociedad Sidro, propietaria de más del 75% del capital social) accionistas de la *Barcelona Traction*, como consecuencia de las decisiones tomadas por los órganos judiciales y administrativos del Estado español.

Para el punto que nos interesa, es decir, el problema de la “repercusión” del daño, la Corte examina primeramente si las pérdidas, que se aducen habrían sido resentidas por los accionistas belgas, tienen por causa una violación de obligaciones de las cuales fueren ellos beneficiarios.⁶¹

La Corte no desconoce que exista la posibilidad de que la sociedad anónima pueda sufrir un daño que ocasione también perjuicio o pérdida financiera a los accionistas, pero de esto último no se infiere, según la Corte, el que ambos puedan pretender un derecho a ejercer una acción en reparación:

...la prueba de que un perjuicio haya sido causado no es suficiente para justificar *ipso facto* una reclamación diplomática [...] La responsabilidad no se origina por el hecho de que un simple interés sea afectado; sólo se origina si un derecho es violado, de tal suerte que aquellos actos que no tiendan y

⁶¹ *Idem*, p. 32.

no afecten más que los derechos de la sociedad, no implican ninguna responsabilidad en relación con los accionistas, aun y cuando sus intereses se encuentren afectados.⁶²

Así, en opinión de la Corte, el Estado belga no estaría en capacidad de ejercer una acción de indemnización en favor de los nacionales belgas, accionistas de la *Barcelona Traction*, por la pretendida lesión a sus intereses económicos, “resultante” del daño original cometido en contra de los derechos propios de la sociedad anónima.

Otro problema distinto y que no debe prestarse a confusión, sería el de determinar si la violación de los derechos de la sociedad, que cause un perjuicio a los accionistas, puede asimilarse a una violación de los derechos propios de los accionistas. La Corte no analiza esta cuestión,⁶³ en virtud de que la demanda de Bélgica no se basa en ninguna pretendida violación de los derechos propios de los accionistas, sino en la lesión económica resentida por sus nacionales como “consecuencia” de una pretendida violación de los derechos propios de la *Barcelona Traction*.

Aun cuando el fundamento legal para rechazar la demanda del gobierno belga haya sido una falta de *locus standi* por parte de Bélgica (la Corte estimó que no existía disolución de la sociedad como persona moral y que, por tanto, el ejercicio de la protección diplomática no correspondía más que al Estado de la nacionalidad de la sociedad), no parece haber duda de que en la concepción de la Corte, la naturaleza jurídica del accionista con respecto a la sociedad, es la de poseer un carácter de tercero⁶⁴ y, por lo tanto, sin derecho a reparación cuando el daño lesiona derechos diversos de aquellos que pudiera pretender en su carácter de accionista (derecho de participación a la asamblea general de la sociedad, derecho de ejercicio de voto, etcétera).

IV. CONCLUSIÓN

1. La obligación de reparación, de conformidad con el derecho internacional positivo, puede ser entendida como una noción que abarca el conjunto de medidas que tienen por objeto el restablecimiento

⁶² *Idem*, p. 36.

⁶³ *Idem*, pp. 36 y 37.

⁶⁴ El mismo principio debería aplicarse en el caso inverso, es decir, el supuesto de un daño inicial resentido en los derechos del accionista, muestra a la sociedad con carácter de tercero. Ver Bollerker-Stern, *op. cit.*, pp. 253 y 254.

- to, en especie o por sustitución, del bien lesionado a título de compensación por la situación que debería haberse producido, de no mediar el hecho ilícito generador de un daño de naturaleza material o “político-moral”.
2. Si el principio esencial que se encuentra como fundamento del concepto de la reparación, es eliminar o “borrar” las consecuencias del hecho ilícito, en la medida de lo posible, las diferentes formas de reparación que conoce el derecho internacional —restitución en especie, indemnización y satisfacción— pueden ser empleadas concurrentemente, si ello es indispensable, para el debido resarcimiento de los daños producidos.
 3. En el estado actual del derecho internacional, y en ausencia de un contencioso general de la legalidad de los actos del Estado, la exclusiva inobservancia de una obligación internacional puede dar lugar a reparación —por anulación del acto o declaración judicial de la ilicitud del hecho— *únicamente* a través de la interposición de una reclamación por daño moral entablada por el Estado jurídicamente afectado.
 4. Afirmar que, desde el punto de vista de la teoría de la reparación, la responsabilidad del Estado en derecho internacional es una “responsabilidad limitada”, equivale a afirmar en la práctica que el alcance de la reparación del Estado se extiende exclusivamente sobre el número de daños que, a criterio del juez, son consecuencia necesaria del hecho ilícito imputable al Estado.
 5. El principio general que parece poder desprenderse de la jurisprudencia internacional, por lo que al problema del “tercero” se refiere, consiste en afirmar que el tercero, persona física o moral, no tiene derecho a exigir una reparación por el perjuicio que puede resultar como consecuencia o resultante del daño principal.