

Distr.
LIMITADA

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

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL
45° período de sesiones

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

Capítulo IV

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

Adición

Página

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

Artículo 7 2

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

Artículo 7

Restitución en especie

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

- a) no sea materialmente imposible;
- b) no entrañe la violación de una obligación nacida de una norma imperativa de derecho internacional general;
- c) no entrañe una carga totalmente desproporcionada en relación con el beneficio que se derivaría para el Estado lesionado de la obtención de la restitución en especie en vez de la indemnización; o
- d) no comprometa gravemente la independencia política o la estabilidad económica del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, siendo así que el Estado lesionado resultaría afectado del mismo modo si no obtuviese la restitución en especie.

Comentario

- 1) La restitución en especie es el primero de los métodos de reparación de que dispone el Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito.
- 2) Su concepto no está definido de manera uniforme. Según una definición, la restitución en especie consistiría en restablecer el statu quo ante, a saber, la situación que existía con anterioridad a la ocurrencia del hecho ilícito, a fin de restaurar la relación entre las partes a su estado original ^{1/}.

^{1/} Entre los autores partidarios de esta definición figuran C. de Visscher, "La responsabilité des Etats", Biblioteca Visseriana (Leyden, 1924), vol. II, pág. 118; Pl A. Bissonnette, La satisfaction comme mode de réparation en droit international (tesis, Universidad de Ginebra) (Annemasse, Impr. Grandchamp, 1952, pág. 20); A. Verdross, Völkerrecht, quinta edición (Viena, Springer, 1964), pág. 399; K. Zemanek, "La responsabilité des Etats pour faits internationaux illicites ainsi que pour faits internationaux licites", Responsabilité internationale (París, Pedone, 1987), pág. 68; y K. Nagy, "The problem of reparation in international law", Questions of International Law: Hungarian Perspectives, H. Bokor-Szego ed. (Budapest, Akadémiai Kiadó, 1986), vol. 3, pág. 178.

De acuerdo con otra definición, la restitución en especie es el establecimiento o restablecimiento de la situación que existiría, o habría existido, de no haberse cometido el hecho ilícito ^{2/}. La primera definición considera a la restitución en especie stricto sensu y per se y excluye el concepto de la compensación que puede deberse a la parte lesionada por la pérdida sufrida en el plazo transcurrido durante la comisión del hecho ilícito y a partir de entonces hasta que se adoptan las medidas correctivas.

La segunda definición, por otra parte, absorbe en el concepto de restitución en especie no sólo el restablecimiento del statu quo ante (restitutio in pristinum), sino también la compensación integrativa. Según se desprende de la definición del párrafo 1 del artículo 7, la Comisión ha optado por el concepto puramente restitutivo de la restitución en especie que, aparte de ser el que tiene mayor aceptación en la doctrina, tiene la ventaja de limitarse a la evaluación de una situación de hecho que no implica una interpretación teórica de la situación que se hubiera presentado de no haberse cometido el hecho ilícito. La Comisión ha optado por este concepto teniendo presente que de conformidad con el párrafo 1 del artículo 6, el Estado lesionado podrá obtener en todo caso la "íntegra reparación" del daño causado como resultado de un hecho internacionalmente ilícito y que, como se desprende claramente de la frase "indistintamente o por varias de esas formas", la restitución en especie y la compensación pueden aplicarse conjuntamente. En otras palabras, la Comisión considera que la restitución debe limitarse a restablecer el statu quo ante (que puede determinarse claramente) sin perjuicio de la posible compensación del lucro cesante.

3) La restitución en especie es la modalidad de reparación que se conforma mejor al principio general del derecho de la responsabilidad, de acuerdo con el cual el Estado autor está obligado a "cancelar" todas las consecuencias

^{2/} Apoyan esta definición, entre otros, el Dr. Anzilotti, Cours de droit international, traducción francesa de la tercera edición italiana por G. Gidel (París, Sirey, 1929), pág. 524; Jiménez de Aréchaga, "International Responsibility" en Manual of Public International Law, Max Sorensen ed. (Londres y Basingstoke, The Macmillan Press Ltd., 1968), pág. 565 y B. Graefrath, "Responsibility and damages caused: responsibility and damages", Collected courses..., 1984-II, vol. 185, pág. 77.

jurídicas y materiales de su hecho ilícito mediante el restablecimiento de la situación que habría existido de no haberse cometido este hecho; por tal razón, se coloca en primerísimo lugar respecto de cualquier otra forma de reparación lato sensu y, especialmente, respecto de la reparación por equivalente 3/. La primacía lógica y temporal de la restitución en especie queda confirmada, en primer lugar, por la práctica, no sólo por la aplicación de la norma por parte de la CPJI en el asunto de la Fábrica de Chorzow 4/,

3/ Véase, en este sentido J. Personnaz, La réparation du préjudice en droit international public (París, Sirey, 1939), pág. 83; P. Reuter, "Principes de droit international public", Recueil des cours... 1961-II (Leyden, Sijthoff, 1962), pág. 596; G. Ténékidés, "Responsabilité internationale", en Dalloz, Répertoire de droit international (París, 1969), vol. II, pág. 790, párr. 82; K. Nagy, loc. cit. (nota 1 supra), pág. 173; H. Lauterpacht, Private Law Sources and Analogies of International Law (Londres, Longmans, Green, 1927), pág. 149; P. A. Bissonnette, loc. cit. (nota 1 supra), pág. 19; G. Schwarzenberger, International Law, tercera edición (Londres, Stevens, 1957), págs. 556 y 557; E. Jiménez de Aréchaga, loc. cit. (nota 2 supra), pág. 567; B. Graefrath, loc. cit. (nota 2 supra), pág. 77; M. B. Alvarez de Eulate, "La restitutio in integrum en la práctica y la jurisprudencia internacionales", Anuario Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional (Madrid), vol. 4 (1973), pág. 283; G. Dahm, Völkerrecht (Stuttgart, Kohlhammer, 1961), vol III, pág. 233.

4/ Con respecto a esta fábrica, la Corte decidió que el Estado autor estaba "obligado a restablecer la empresa y, de no ser ello posible, a pagar su valor al tiempo de la indemnización, valor que ha de tomar el lugar de la restitución que ha pasado a ser imposible" y que "la imposibilidad", en la cual las Partes están de acuerdo, de restablecer la Fábrica de Chorzow no podría, por lo tanto tener otro efecto que el de sustituir la restitución por el pago del valor de la empresa (CPJI, Serie A, N° 17, pág. 48.).

Debe mencionarse, con todo, una tendencia diferente de la jurisprudencia que negó toda primacía o prioridad a la reparación naturalis. Un ejemplo es la decisión de 11 de noviembre de 1912 de la Corte Permanente de Arbitraje en el asunto de la Indemnización rusa, en que la Corte, como expresó Jiménez de Aréchaga, "trató de limitar la reparación por incumplimiento del derecho internacional a la compensación monetaria" (loc. cit. (nota 10 supra), pág. 566), diciendo que:

"toda responsabilidad del Estado, sea cual fuere su origen, se valora, por último, en dinero y se transforma en una obligación de dar una suma de dinero: todo termina o puede terminar, en último análisis, en una deuda pecuniaria" (Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. XI, pág. 440).

sino también en los asuntos en los cuales los Estados o los órganos arbitrales han recurrido a la reparación por equivalente únicamente después de una comprobación más o menos explícita de que por una u otra razón, no podía efectuarse restitutio 5/. En segundo lugar, lo que es aún más importante, la primacía de la restitución en especie queda confirmada por las actitudes de las partes. Por conscientes que hayan estado de las dificultades con las que podría tropezar la restitución en especie, y a veces de la improbabilidad de obtener reparación en esa forma, las partes a menudo han insistido en exigir esa reparación en lugar de la reparación por equivalente 6/. Dicho esto, sería teórica y prácticamente inexacto definir la restitución en especie como

Por cuanto es anterior al asunto de la Fábrica de Chorzow podría considerarse que la CPJI dejó esta opinión de lado en virtud de esta última decisión.

5/ Al respecto véanse los siguientes asuntos: reclamaciones relativas a Biens britanniques au Maroc espagnol, sentencia de 1º de mayo de 1925 (Naciones Unidas, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, págs. 621 a 625 y 651 a 742); Propriétés religieuses expropiadas por Portugal (véase nota 210 supra); Walter Fletcher Smith (véase nota 189 supra); IVEM (véase nota 203 supra); Héritiers Lebas de Courmont, decisión N° 213 de 21 de junio de 1957 de la Comisión de Conciliación Francoitaliana (Naciones Unidas, Recueil..., vol. XIII, pág. 764).

6/ Puede recordarse la demanda inicial de Alemania en el asunto de la Fábrica de Chorzow (CPJI., serie A, N° 9, fallo de 26 de julio de 1927); la demanda de Grecia en el asunto Forêts du Rhodope central (Naciones Unidas, Recueil..., vol. III, pág. 1407); la demanda del Reino Unido en el Différend pétrolier mexicain (véase B. A. Wortley, "The Mexican oil dispute 1938-1946", The Grotius Society, Transactions for the year 1957, Londres, vol. 43, pág. 27); la petición del Reino Unido en el asunto Anglo-Iranian Oil Co. de anulación de la nacionalización de la compañía y su restablecimiento "a la situación que existía antes de la [...] Ley de nacionalización del petróleo" de 1º de mayo de 1951 (C.I.J. Mémoires, Anglo-Iranian Oil Co., pág. 124); y la demanda de Bélgica en el asunto Barcelona Traction de que el Estado autor debía estar obligado "en principio, y en primer lugar, a cancelar las consecuencias de las actividades ilícitas de sus autoridades restableciendo el statu quo ante (restitutio in integrum)" [C.I.J. Mémoires, Barcelona Traction Light and Power Company, Limited (nouvelle requête: 1962), vol. I, pág. 183, párr. 373].

Son también importantes, aunque no dimanaron de Estados, las demandas de anulación de las medidas de nacionalización y restablecimiento de la situación preexistente entabladas contra el Gobierno de Libia por las compañías extranjeras nacionalizadas.

la forma de reparación incondicional o invariablemente ideal o más apropiada a la que ha de recurrirse, por así decirlo, en todos los casos y circunstancias. El recurso o recursos más apropiados sólo pueden determinarse en cada caso con miras a lograr la más completa satisfacción posible del interés del Estado lesionado en "cancelar" todas las consecuencias perjudiciales del hecho ilícito, con cabal respeto, por supuesto, de los derechos del Estado autor. Ocurre con bastante frecuencia que el Estado lesionado o las partes, de común acuerdo, deciden sustituir la compensación, en su totalidad o en parte, por la restitución en especie. Sin embargo, no hay contradicción entre reconocer que la reparación por equivalente es la modalidad más frecuente de reparación, por un lado y reconocer al propio tiempo que la restitución en especie, justamente calificada de naturalis restitutio, es el recurso al que debe recurrirse en primerísimo lugar con miras a restablecer la situación original o la situación que habría existido de no haber ocurrido la violación. La flexibilidad con la cual ha de concebirse la restitución en especie en su relación con las demás modalidades de reparación en modo alguno contrasta con la primacía que corresponde conferir a este recurso como consecuencia de su derivación más directa o inmediata del principio fundamental mencionado antes.

4) La formulación del párrafo 1 del artículo 7 refleja la preocupación por la flexibilidad por lo que se ha redactado habida cuenta del derecho del Estado lesionado y hace depender el cumplimiento de la obligación de restitución en especie de la reclamación correspondiente por parte del Estado lesionado.

5) El vínculo de la obligación de restitución en especie con la obligación primaria original del Estado autor y el correlativo derecho original del Estado lesionado suscitan cierta controversia. Según una doctrina, la obligación de restitución en especie sería no tanto una de las modalidades de reparación -y como tal una de las facetas de la nueva relación nacida como consecuencia del hecho ilícito- sino más bien un "efecto" continuo de la relación jurídica original ^{7/}. La opinión de la

^{7/} Expuesta hace algún tiempo por Balladore Pallieri (Gli effecti dell'atto illecito internazionale, Rivista de Diritto Pubblico, Roma, año 23°, serie II, primera parte, 1931, págs. 64 y ss.), esta tesis parece haber sido adoptada recientemente por Dominicé ("Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite" en Droit international 2 (París, Pedone, 1982 págs. 25 a 31). Ambos autores estiman que la restitutio in integrum difiere de las diversas formas o modalidades generalmente

mayoría 8/, que la Comisión comparte, es sin embargo que la restitución en especie constituye una de las modalidades de una obligación secundaria de ofrecer reparación en sentido amplio- una obligación que según las palabras de un autor, "no se sustituye a la obligación primaria del vínculo jurídico fundamental, sino que se añade solamente a la obligación originaria, por el hecho de la no ejecución de ésta, como consecuencia o resultado de la no ejecución de la obligación originaria" 9/. Este enfoque, que mantiene la idea de que la obligación originaria sobrevive a la violación, es compatible con la posición de la Comisión de que la cesación y la restitución en especie deben mantenerse como dos recursos distintos contra la violación de las obligaciones internacionales.

6) En la doctrina se hace, en general, una distinción de acuerdo con la índole del daño por el cual corresponde efectuar la reparación, entre

adscritas a la reparación en sentido lato, y que la diferencia consistiría en que si bien la compensación pecuniaria (*dommages-intérêts*) y la satisfacción atenderían a las exigencias de la nueva situación constituida por el perjuicio material o el daño moral sufridos por el Estado lesionado -una situación no comprendida por la relación jurídica original afectada por el hecho ilícito-, la *restitutio in integrum* continuaría respondiendo a la relación jurídica original tal como ésta existía, en términos de un derecho, por un lado y de una obligación, por el otro, antes de la ocurrencia del hecho ilícito; relación original que sobreviviría intacta (sin innovación o alteración) a la comisión de la violación.

8/ Sostenida, por ejemplo, por P. Reuter (*loc. cit.* (nota 3 *supra*), pág. 595) en los siguientes términos:

"Sin duda, la imputación de responsabilidad hace nacer una obligación nueva, la de reparar, pero ésta consiste principalmente en volver las cosas a su estado anterior, *restitutio in integrum*, es decir asegurar la ejecución lo más perfecta posible de la obligación originaria."

Con una opinión similar, Graefrath (*loc. cit.* (nota 2 *supra*) pág. 77), después de recordar que la *restitutio in integrum* tiene por objeto restablecer la situación que habría existido de no haberse producido la violación, especifica:

"Eso significa, en verdad, una obligación de eliminar las consecuencias de la violación de los derechos."

9/ C. Cepelka, *Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain* (Praga, Karlova University, 1965) pág. 18 (*CIJ, Recueil*, 1980, págs. 44 y 45).

restitutio material y restitutio legal o jurídica. Como ejemplo de restitución material cabe señalar la liberación de una persona detenida o la entrega al Estado de una persona detenida en su territorio 10/, la restitución de buques 11/ u otros tipos de bienes 12/ incluidos documentos, obras de arte

10/ Entre los ejemplos de restitución material relativos a personas figuran los asuntos "Trent" (1861) y "Florida" (1864) relacionados ambos con la detención de personas a bordo de buques (J. B. Moore, A Digest of International Law (Wáshington D.C. 1906), vol. VII, págs. 768 y ss. y págs. 1090 y 1091) y el asunto del Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, en el que la CIJ ordenó al Gobierno de Irán que pusiera en libertad inmediatamente a todos los [nacionales de los Estados Unidos] mantenidos como rehenes en Irán (CIJ, Recueil, 1980, págs. 44 y 45).

11/ Como ejemplo cabe señalar el asunto "Giaffarieh" (1986) que tuvo su origen en la captura por el navío de guerra egipcio "Giaffarieh", en el mar Rojo, de cuatro buques mercantes de Massawa, de matrícula italiana. El Ministro de Relaciones Exteriores de Italia dio instrucciones al Cónsul General de Italia en El Cairo de que "el acto cometido por el Giaffarieh es una depredación arbitraria y [que Italia tiene] justo derecho de exigir, además de la compensación de los daños, la restitución o el reembolso de lo que se haya tomado" (La prassi italiana di diritto internazionale, primera serie (Dobbs Ferry, N. Y., Oceana, 1970), vol. II, págs. 901 y 902.

12/ Un ejemplo de restitución material de objetos es el asunto del Templo de Preah Vihear: en su fallo de 15 de junio de 1962 (CIJ, Recueil, 1962, pág. 6, especialmente págs. 36 y 37) la CIJ decidió en favor de la demanda de Camboya, que incluía la restitución de ciertos objetos que habían sido retirados del templo y de la zona vecina por las autoridades tailandesas. También se hace referencia al asunto Aloisi (1881) que tuvo su origen en la confiscación de bienes de comerciantes italianos por las autoridades militares chilenas de ocupación de la ciudad peruana de Quilca durante el conflicto entre Chile y Perú (véase La prassi italiana de diritto internazionale..., (op. cit.) (nota 11 supra) págs. 867 y 868). Pueden mencionarse asimismo algunos otros casos de restitución decididos por la Comisión de Conciliación Franco-Italiana, instituida por el Tratado de Paz de 1947, incluido el asunto del Hotel Métropole (Decisión N° 65 de 19 de julio de 1950) (Naciones Unidas, Recueil des arbitrages internationaux, vol. XIII, pág. 219), el asunto Ottoz (Decisión N° 85 de 18 de septiembre de 1950 (ibid., pág. 240) y el asunto Enon (Decisión N° 109 de 31 de octubre de 1951) (ibid., pág. 249). Sin embargo, como esas decisiones se basaban en normas convencionales vinculadas con la restitución de objetos, es dudoso, claro está, que sean aplicables a los fines de determinar el contenido de una norma de derecho (consuetudinario) general.

e incluso sumas de dinero 13/. Se califica de "restitución jurídica" la restitución que requiere o involucra la modificación de una situación legal, ya sea dentro del ordenamiento jurídico del Estado autor o dentro del marco de las relaciones jurídicas internacionales entre el Estado autor y uno o más Estados. Entre las hipótesis de restitución jurídica figuran la revocación, la anulación o enmienda de una disposición constitucional o legislativa promulgada en violación de una norma de derecho internacional 14/, la rescisión de una medida administrativa o judicial

13/ Entre los ejemplos cabe citar el asunto "Macedonian" (1863), en que el Rey Leopoldo de Bélgica, que había sido elegido árbitro, decidió que "el Gobierno de C. [Chile] debe restituir a los EE.UU. [Estados Unidos] tres quintas partes de las 70.400 piastras o dólares incautados", más el 6% de interés, a saber, la suma confiscada a un nacional de los Estados Unidos por los insurgentes chilenos (A. de Lapradelle y N. Politis, Recueil des arbitrages internationaux (París, Pedone, 1923), vol. II, pág. 182, especialmente pág. 204); el asunto "Presto" (1864) en el que el Ministro de Relaciones Exteriores de Italia, admitiendo el error del despacho de aduanas de Licata al imponer el pago de un peaje al buque noruego Presto, dispuso la restitución de la suma pagada indebidamente (La prassi italiana... op. cit. (nota 11 supra), págs. 878 y 879); y el asunto Emanuele Chiesa (1884), en el que el Gobierno chileno devolvió, con intereses, la suma incautada a una nacional de Italia que había sido arbitrariamente acusado de colaborar con el Perú durante el conflicto entre Chile y Perú (ibid., págs. 899 y 900). Pueden encontrarse otros muchos ejemplos en la prácticas de las Comisiones Mixtas de Reclamaciones: véanse, entre otros, los asuntos Turnbull and Orinoco Company (Naciones Unidas, Recueil des arbitrages internationaux, vol. IX, págs. 26 y ss., el asunto Compagnie générale des asphaltes de France (ibid., págs. 389 y ss.), el asunto Palmarejo and Mexico Gold Fields (ibid., vol. V (págs. 298 y ss.)); el asunto Società Anonima Michelin Italiana (ibid., vol. XIII, pág. 625) y el asunto Wollenberg (ibid., vol. XIV, pág. 291).

También se ha considerado que las acciones son susceptibles de restitutio. Se puede citar al respecto la sentencia arbitral de 7 de julio de 1939 en el asunto Chemin de fer de Buzau-Nehoiasi, entre Alemania y Rumania. El tribunal arbitral dispuso la restitución a una sociedad alemana (Berliner Handelsgesellschaft) de 1.196 acciones de la compañía rumana Chemin de fer de Buzau-Nehoiasi, como consecuencia de la reclamación del Gobierno de Alemania a ese efecto (ibid., vol. III, pág. 1839).

14/ Puede mencionarse en este contexto la abrogación del artículo 61 2) de la Constitución de Weimar (Constitución del Reich de 11 de agosto de 1919) que, en violación del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919, preveía la participación de delegados austriacos en el Reichsrat alemán; a raíz de las protestas de Francia, Alemania anuló esa disposición (véase British and Foreign State Papers, 1919, vol. 112, pág. 1094).

adoptada ilegalmente con respecto a la persona o los bienes de un extranjero 15/ o la anulación de un tratado 16/.

15/ Como ejemplo cabe señalar el asunto Martini, en el que el tribunal arbitral decidió (decisión de 3 de mayo de 1930) que el Gobierno de Venezuela estaba obligado a anular el fallo del Tribunal Federal y de Casación de Venezuela que había anulado la concesión ferroviaria y minera de una compañía italiana (Naciones Unidas, Recueil des arbitrages internationaux, vol. II, págs. 973 y ss.

16/ En el asunto del Tratado Bryan-Chamorro, El Salvador solicitó que:

"se expida el decreto pertinente estableciendo la situación jurídica que ha de mantener el Gobierno de Nicaragua en el asunto que es objeto de esta demanda, a fin de que las cosas en torno de las cuales gira el presente litigio puedan preservarse en la condición en que se encontraban antes de la conclusión y ratificación del Tratado Bryan-Chamorro."

Luego de expresar su opinión sobre la condición jurídica de la Bahía de Fonseca, la Corte de Justicia Centroamericana resolvió:

...

"Tercero. Que, por la concesión de una base naval en el Golfo de Fonseca, el Tratado Bryan-Chamorro de 5 de agosto de 1914 constituye una amenaza para la seguridad nacional de El Salvador y viola sus derechos de condominio en dicho Golfo...;

Cuarto. Que dicho tratado viola los artículos II y IX del Tratado de Paz y Amistad, celebrado por los Estados centroamericanos en Wáshington el 20 de diciembre de 1907;

Quinto. Que el Gobierno de Nicaragua está obligado, usando para ello todos los medios posibles conforme al derecho internacional, a restablecer y mantener la condición legal que existía antes del Tratado Bryan-Chamorro entre las repúblicas litigantes en cuanto corresponda a las cuestiones examinadas en la presente acción...". (Anales de la Corte de Justicia Centroamericana (San José, Costa Rica), vol. VI, Nos. 16 a 18 (diciembre de 1916 a mayo de 1917), pág. 7; The American Journal of International Law (Wáshington D.C.) vol. 11 (1917), págs. 674 y ss. en particular pág. 683 y 696).

Otro ejemplo es el asunto del Statut juridique du Groenland oriental, en el que Dinamarca pidió a la CPJI que fallase en el sentido de que:

"la promulgación de la declaración de ocupación antes mencionada y cualesquiera medidas adoptadas a este respecto por el Gobierno de Noruega constituyen una violación de la situación legal existente y, en consecuencia, son ilícitas e inválidas."

7) La Comisión no ha considerado necesario reflejar en el texto del artículo 7 la distinción doctrinal entre restitutio material y legal que a su parecer, desde el punto de vista de las relaciones emanadas de un hecho internacionalmente ilícito, es una distinción relativa. En primer lugar, difícilmente puede concebirse una restitución que haya de efectuar un Estado -ya sea de territorio, bienes muebles o personas- que involucre actos puramente materiales. Para devolver un territorio ocupado o anexado ilegalmente, para retirar despachos aduaneros avanzados ilegalmente, para poner en libertad a una persona arrestada y detenida ilegalmente o para restablecer en su territorio patrio a un grupo de personas ilegalmente expulsadas y expropiadas, se deben adoptar medidas de carácter legal a nivel constitucional, legislativo, judicial y/o administrativo. Desde ese punto de vista, la restitutio será esencialmente legal. La restitutio material será meramente en esos casos una traducción a los hechos de disposiciones legales. Salvo en raros casos, como en un caso trivial en que los guardafronteras, sin premeditación y de buena fe, violan el territorio extranjero o en un caso de hostigamiento de un diplomático por agentes de la policía municipal en un embotellamiento de tránsito (dos casos que probablemente ni siquiera llegarían al umbral del hecho internacionalmente ilícito) sería bastante difícil imaginar casos de restitutio internacional puramente material. En la práctica, toda restitución internacional en especie será esencialmente una restitutio jurídica dentro del ordenamiento jurídico del Estado autor que

La Corte decidió:

"que la declaración promulgada por el Gobierno de Noruega el 10 de julio de 1931 y cualesquiera medidas adoptadas a este respecto por ese Gobierno constituyen una violación de la situación legal existente y, en consecuencia, son ilícitas e inválidas."

CPJI., Series A/B, N° 53, fallo de 5 de abril de 1933, pág. 22 y en particular págs. 23 y 75.

acompañará o precederá a la restitutio material 17/. En segundo lugar, debe tenerse presente que desde el punto de vista del derecho internacional -de conformidad con la separación generalmente reconocida entre sistemas jurídicos- las normas del derecho nacional, así como las decisiones administrativas o judiciales deben considerarse como meros hechos. Es útil recordar lo que a ese respecto dijo la CPJI cuando tuvo ante sí la cuestión relativa a saber si sería apropiado que, en un marco judicial internacional, se ocupara de una parte de la legislación nacional de un Estado y también en qué sentido sería apropiado que lo hiciera:

"Podría preguntarse si no se plantea una dificultad por el hecho de que la Corte tendría que ocuparse de la Ley polaca de 14 de julio de 1920. Este, sin embargo, no parece ser el caso. Desde el punto de vista del derecho internacional y de la Corte que es su órgano, los derechos nacionales son meramente hechos que expresan la voluntad y constituyen las actividades de los Estados, de la misma manera que las decisiones legales o medidas administrativas. La Corte ciertamente no es llamada a interpretar el derecho polaco como tal; pero nada le impide abrir juicios sobre la cuestión de si, al aplicar ese derecho, Polonia está o no actuando de conformidad con sus obligaciones respecto a Alemania en virtud del Convenio de Ginebra." 18/

8) La Comisión concluye que, en la medida en que la distinción entre restitutio material y legal puede ser pertinente dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado autor, meramente destaca las diferentes categorías

17/ Un ejemplo en el que los elementos legales y materiales están estrechamente ligados es el asunto de la Universidad Pedro Pázmány, en el que la CPJI decidió, contrariamente al argumento de Checoslovaquia (que de acuerdo con el Tratado del Trianón de 4 de junio de 1920 no había derecho a la restitución),

"b) que el Gobierno de Checoslovaquia está obligado a devolver a la Real Universidad Húngara Pedro Pázmány de Budapest los bienes inmuebles que ésta reclama, exonerados de toda medida de transferencia, administración obligatoria o embargo, y en la condición en la cual se encontraban antes de la aplicación de las medidas en cuestión."

(Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány), fallo de 15 de diciembre de 1933, CPJI., Series A/B, N° 61, pág. 208). Es evidente que aquí la restitutio implicaría medidas tanto jurídicas como materiales.

18/ Asunto relativo a Certains intérêts allemands en Haute-Silesie polonaise (fond), fallo de 25 de mayo de 1926, CPJI., Serie A N° 7, pág. 19.

de operaciones que los órganos del Estado autor debieran realizar para lograr la restitución en especie. Un conjunto de acciones, que puede ubicarse en la categoría de restitutio material, son las acciones de los órganos del Estado que, desde el punto de vista del derecho nacional, no requieren ninguna modificación de naturaleza jurídica. Otro conjunto estaría compuesto de las acciones de los órganos legislativos, administrativos o judiciales en cuanto tuvieran pertinencia legal desde el punto de vista del derecho nacional del Estado autor y en ausencia de las cuales la restitución no sería viable. De ello se sigue que, como norma general, la restitutio material y la restitutio legal no se han de considerar como recursos distintos, sino como aspectos diferentes de un solo y mismo recurso.

9) En la hipótesis en la cual la restitutio involucra sólo aspectos legales internacionales (en lugar de aspectos legales meramente nacionales), la distinción podría aparentemente ser de mayor importancia, pues las operaciones legales necesarias entrañarían la modificación de un vínculo, situación o norma legales internacionales. Un ejemplo podría ser el caso en que la restitutio del Estado autor A en favor del Estado lesionado B involucrara la anulación de una relación dimanada de un tratado con el Estado C. Otro ejemplo sería un caso en el cual la restitutio del Estado A en favor del Estado B involucrara la renuncia a un reclamo o la anulación o retractación de un acto unilateral. En este contexto, se plantea la cuestión de en qué medida y en qué condiciones la decisión de un tercero (de un órgano internacional permanente o especial) podría operar directamente -por la modificación o anulación de situaciones, actos o normas legales- una forma de restitutio legal dentro del ordenamiento interno del Estado autor o del propio derecho internacional. Con respecto al ordenamiento jurídico interno, se encuentran por cierto referencias en la doctrina a la "invalidez" o "nulidad" que ha de imponerse a los actos administrativos y judiciales o a las disposiciones legislativas o constitucionales en el ámbito nacional conforme al derecho internacional ^{19/}. En la práctica, el asunto del Statut juridique du

^{19/} Véase por ejemplo F. A. Mann, "The consequences of an international wrong in international and municipal law", The British Year Book of International Law, 1976-1977, vol. 48, págs. 5 a 8.

Groenland oriental 20/ constituye el ejemplo más conocido de utilización de conceptos similares. La Comisión estima que todo lo que el derecho internacional y los órganos internacionales ordinariamente pueden hacer o están en condiciones de hacer respecto de los actos, disposiciones o situaciones legales internos, es declararlos en violación de las obligaciones internacionales y, como tales, declararlos fuentes de responsabilidad internacional, y declarar además que existe la obligación de reparación, reparación que requerirá, según el caso, la invalidación o anulación de actos legales internos por parte del propio Estado autor 21/. Con respecto a la posibilidad de que un tribunal internacional anule directamente normas, actos, transacciones o situaciones legales internacionales con el fin de efectuar reparación en la forma de restitución en especie 22/, la Comisión se inclina a

20/ Citado en la nota 16 *supra*.

21/ En un contexto similar, Graefrath (*loc. cit.* (nota 2 *supra*), pág. 78) declara lo siguiente:

"En general, sin embargo, la eliminación de un hecho internacionalmente ilícito requiere una nueva acción, pues la ilicitud conforme al derecho internacional no entraña, en general, invalidez en el ordenamiento jurídico interno".

22/ Un caso que parece aproximarse bastante a la restitución legal internacional efectuada directamente en virtud de una declaración judicial es el asunto de las Zonas francas de la Alta Saboya y del distrito de Gex, en el que la CPJI después de decidir, conforme al artículo 1 del Compromiso Arbitral entre Suiza y Francia, que el párrafo 2 del artículo 435 del Tratado de Versalles "no ha abrogado ni tiene por objeto hacer abrogar las estipulaciones" de los instrumentos internacionales preexistentes respecto de "las aduanas y el régimen económico" de ambas zonas, concluyó (respecto de la otra cuestión que se había sometido a su consideración en virtud del artículo 2 del Compromiso):

"En cuanto a la cuestión que se ha sometido a su consideración en virtud del artículo 2, párrafo 1, del Compromiso:
Que el Gobierno de Francia debe retirar sus despachos aduaneros de conformidad con las disposiciones de dichos tratados e instrumentos; y que este régimen debe continuar en vigor hasta tanto no se lo modifique en virtud de acuerdo entre las Partes" (CPJI, Series A/B, No. 46, fallo de 7 de junio de 1932, pág. 96).

Aunque la Corte no dijo expresamente que su decisión implicara una obligación de *restitutio* para Francia, la retirada prevista implica obviamente, además de la cesación de una situación que no se conforma al

responder en forma afirmativa, pero observa que en vista de que los efectos de las decisiones de los tribunales internacionales normalmente se limitan a las partes, un acto o situación cuyos efectos se extendieran más allá de las relaciones bilaterales entre las partes no podría modificarse o anularse salvo por decisión de los Estados mismos, a menos que en el instrumento o instrumentos pertinentes se dispusiera otra cosa.

10) El derecho del Estado lesionado a la restitución en especie no es ilimitado. Está sujeto a las excepciones enumeradas en los apartados a) a d). La frase "con tal que", que precede a la enumeración de las excepciones indica claramente que si la restitución en especie se excluye sólo parcialmente en virtud de cualquiera de las excepciones, habrá obligación de restituir la parte cuya restitución sea posible.

11) La primera excepción a la restitución en especie es la imposibilidad, y en primer lugar la imposibilidad fáctica o material a que se refiere el apartado a). En el caso de la restitución material, la imposibilidad total o parcial se deriva de que la naturaleza del hecho y sus efectos perjudiciales han hecho físicamente imposible la restitutio 23/. Esto puede ocurrir cuando el objeto que ha de restituirse ha perecido o se ha deteriorado irremediablemente, o cuando el estado de cosas pertinente ha sufrido una

derecho internacional, el restablecimiento del statu quo ante, que es por lo menos, el elemento principal del contenido esencial de la restitutio.

23/ La doctrina es unánime en observar que "no hay dificultad en cuanto a la imposibilidad física o material; es evidente que no puede concederse la restitutio in integrum, por ejemplo si una nave incautada ilegalmente se ha hundido" (Jiménez de Aréchaga, loc. cit. (nota 2 supra), pág. 566) o si el objeto se ha perdido o destruido en forma permanente (Balladore Pallieri, loc. cit. (nota 8 supra) pág. 720) o, como ha sugerido Salvioli, "si no hay otros de igual especie" (G. Salvioli, "La responsabilité des Etats et la fixation des dommages-intérêts par les tribunaux internationaux, Recueil de Cours..., 1929-III (París, Hachette, 1930) vol. 28, pág. 237). Alvarez de Eulate habla de "situaciones irreversibles" y menciona algunas hipótesis: "falta de identidad entre la situación original y el estado actual, singularmente a causa del transcurso del tiempo... desaparición de los bienes y destrucción de los bienes". (Alvarez de Eulate, loc. cit. (nota 3 supra), págs. 268 y 269). Para opiniones similares, véanse D. P. O'Connell, International Law, segunda edición (Londres, Stevens, 1970), vol. II, pág. 1115 y G. Schwarzenberger, International Law, tercera edición (Londres, Stevens, 1957), págs. 655 y 658). También se encuentran referencias a la imposibilidad material o física en la práctica, en particular después del asunto de la Fábrica de Chorzów.

alteración fáctica que hace imposible la restitutio física. La regla es evidentemente una consecuencia ineludible del principio ad impossibilia nemo tenetur.

12) Una segunda excepción, de la que se ocupa el apartado b), se refiere al caso en que la restitución en especie tropiece con el obstáculo de una norma imperativa de derecho internacional. Como se ha señalado ya, la cuestión general de la imposibilidad legal de hacer la restitución incluye la imposibilidad nacida de obstáculos legales internacionales y la imposibilidad derivada de obstáculos del derecho interno. Este último aspecto se ha examinado ya en relación con el artículo 6 bis 24/, ya que, según se indica en el párrafo 7 del comentario a dicho artículo, puede plantearse en relación con cualquier forma de reparación aunque, en la práctica, generalmente se presenta en relación con la restitución en especie. Con respecto a la imposibilidad derivada de obstáculos del derecho internacional, el apartado b) del presente artículo le da un alcance restringido, limitado al caso en que la restitución en especie violase una norma imperativa de derecho internacional. En los otros casos de la llamada imposibilidad legal "derivada del derecho internacional" no se trata realmente de una "imposibilidad" que afecta a las obligaciones legales de facilitar la restitución en especie. La imposibilidad se deriva más concretamente de la relatividad de las situaciones jurídicas internacionales. Evidentemente, si el Estado que ha de hacer la restitutio sólo puede hacerla incumpliendo una de sus obligaciones internacionales con un "tercer Estado, ello no afecta realmente a la relación de responsabilidad entre el Estado autor del hecho ilícito y el Estado lesionado que tiene derecho a reclamar la restitutio al Estado lesionado por una parte y al "Tercer" Estado por otra.

13) En este contexto, la Comisión ha examinado la cuestión de la relación entre la norma general que impone al Estado autor la obligación de efectuar la restitutio in integrum y el concepto de la jurisdicción interna. Y ha llegado a la conclusión de que este concepto no podría ni debería poner en cuestión ninguna otra obligación (primaria o secundaria) derivada del derecho

24/ En virtud del párrafo 3 del artículo 6 bis, el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de su obligación de reparar íntegramente el daño causado.

internacional. La existencia misma de una obligación internacional impide que su cumplimiento por un Estado constituya un atentado contra la jurisdicción interna de ese Estado. En lo que concierne en especial al derecho nacional del Estado autor, debería tenerse presente que apenas si existe una norma internacional cuyo cumplimiento no tenga alguna repercusión sobre el derecho nacional del Estado obligado por la norma. La creencia de que la jurisdicción interna y el principio de no injerencia en la jurisdicción interna pueden oponerse en alguna forma a la obligación de efectuar restitución en especie u otra forma de reparación o, por lo mismo, a la mera cesación o el abandono de una conducta ilícita, se deriva de la confusión del derecho del Estado lesionado a obtener restitutio (u otra forma de reparación distinta de la restitutio) desde el punto de vista del derecho sustantivo, por un lado, y el derecho del Estado ilícitamente lesionado "insatisfecho" a adoptar medida encaminadas a obtener la cesación y/o reparación, por el otro. A diferencia de los derechos sustantivos a la cesación o reparación, estas medidas deben estar sujetas, salvo en el caso de crímenes por determinar, al límite de la jurisdicción interna. El respeto por la jurisdicción interna, en otras palabras, es una condición de la licitud de una acción del Estado o de un órgano internacional. No es, ni podría evidentemente ser, una condición de licitud de una norma u obligación legales internacionales.

14) La tercera excepción a que está sujeto el derecho a obtener restitutio, de la que se ocupa el apartado c), se basa en lo que se considera equitativo y razonable y trata de lograr un equilibrio justo entre el onus que ha de soportar el Estado autor para efectuar la restitución en especie y el beneficio que obtendría el Estado lesionado al obtener este tipo concreto de reparación en vez de una indemnización. Este concepto encuentra su apoyo en la doctrina y en la práctica. Algunos tratadistas sostienen, en verdad, que si bien el restablecimiento del statu quo ante o de la situación que habría existido si no se hubiera cometido el hecho ilícito sería física y/o jurídicamente imposible, según las palabras de un autor "no sería razonable dar lugar a una demanda de restitutio in integrum si este modo de reparación impusiera una carga desproporcionada al Estado culpable y si la ilicitud

podiera también expiarse mediante indemnización pecuniaria" 25/. Refleja un enfoque similar el párrafo 3 del artículo 9 del proyecto de convención sobre la responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, preparado en 1930 por la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht 26/ que dice así:

"3. No podrá pedirse el restablecimiento si tal petición resulta excesiva y, en particular, si las dificultades del restablecimiento no guardan relación con las ventajas que suponga para el damnificado."

El apartado c) se basa igualmente en una comparación entre la situación del Estado que ha cometido el hecho ilícito y la del Estado lesionado. La Comisión no ignora que para algunos autores esta comparación debe hacerse entre la carga para el Estado que ha cometido el hecho ilícito y la gravedad de este hecho 27/. Considerada desde esta perspectiva, la limitación de la carga excesivamente onerosa asumiría una gravitación distinta de acuerdo con la dimensión cualitativa y cuantitativa del hecho ilícito por el cual se demanda reparación. A decir verdad, en el caso de los actos ilícitos más graves, como la agresión o el genocidio, no sería equitativo que el esfuerzo de reparación impuesto al Estado autor -incluida específicamente la más completa restitución en especie- se considerara excesivo en proporción a la violación cometida por el Estado. Este es un aspecto que la Comisión

25/ J. H. W. Verzijl, International Law in Historical Perspective (Leyden, Sijthoff, 1973), parte VI, pág. 744. Adoptan una posición similar Personnaz (loc. cit. (nota 3 supra) págs. 89 y 90; y Nagy, loc. cit. (nota 1 supra) pág. 177.

26/ Reproducido en Anuario..., 1969, vol. II, págs. 155 y ss., documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VIII.

27/ Según Personnaz, por ejemplo, "no se debe exigir al autor del acto indemnizable un esfuerzo excesivamente grande, desproporcionado a la gravedad de su incumplimiento" (op. cit. (nota 3 supra), págs. 89 y 90). En el mismo sentido, el artículo 7 del proyecto de tratado sobre la responsabilidad de los Estados por actos ilícitos internacionales, preparado en 1927 por Karl Strupp estipula:

"Los recursos de que pueden hacer uso los Estados damnificados no son ilimitados. La gravedad de tales recursos habrá de guardar proporción con el daño original, y su naturaleza no podrá ser humillante."

(véase Anuario..., 1969, vol. II, pág. 157, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo IX.

examinará a fondo cuando proceda a analizar las consecuencias jurídicas de los crímenes internacionales.

15) Cabe considerar que la excepción formulada en el apartado c) se basa en una serie de decisiones arbitrales, incluidas en particular las mencionadas en el párrafo 12 del comentario al artículo 6 bis. También podría mencionarse en este contexto el asunto Forêts du Rhodope central, en el que el árbitro, si bien admitió en principio una preferencia por la restitutio, estimó que sería menos viable que la indemnización, no obstante las dificultades que esta última también entrañaría 28/.

16) La frase "totalmente desproporcionada" indica claramente que el Estado que comete el hecho ilícito sólo se ve liberado de su obligación de efectuar restitución si hay una gran desproporción entre la carga que impondría a dicho Estado esta forma de reparación y el beneficio que obtendría el Estado lesionado de la misma. La Comisión es consciente de que, en la práctica, puede resultar difícil, por una parte, comparar la carga impuesta al Estado que ha cometido el hecho ilícito por la restitución en especie y el beneficio que se deriva para el Estado lesionado de obtener la restitución en vez de la indemnización y, por otra parte, evaluar el beneficio que el Estado lesionado obtendría de la restitución en especie frente al beneficio que obtendría de la indemnización. En la práctica, sin embargo, los Estados interesados llegarán normalmente a un acuerdo sobre esta cuestión que se resolverá por consenso. Si finalmente hubiera que recurrir a la mediación de un tercero, habría que encontrar un equilibrio justo entre los intereses conflictivos en juego sobre la base de los hechos del caso.

17) De acuerdo con el apartado d), la restitución en especie no es obligatoria para el Estado que ha cometido el hecho ilícito cuando dicha restitución comprometa gravemente su independencia política y estabilidad económica siendo así que el Estado lesionado no resultaría afectado del mismo modo si no obtuviese la restitución en especie. Del texto se deduce que, en igualdad de condiciones, prevalecería el interés del Estado lesionado y habría que efectuar la restitución en especie. La Comisión reconoce que el apartado d) se refiere a situaciones muy excepcionales y que puede tener un interés retrospectivo más que actual. Ello se debe en gran parte al incremento de la

28/ Naciones Unidas, Recueil des sentences Arbitrales, vol. III, pág. 1432.

importancia de los acuerdos bilaterales de inversión. La esfera de las inversiones extranjeras, a la que se refiere principalmente este apartado, ha venido sufriendo -también bajo la influencia de algunas resoluciones muy importantes de la Asamblea General 29/- una evolución bastante marcada. La Comisión entiende que toda disposición relativa a la indemnización se vincula realmente con el contenido de la llamada norma primaria y sus condiciones más que con el contenido de la norma secundaria sobre la reparación. Sin embargo en la medida en que la cuestión se relaciona con la de las normas llamadas "secundarias", la Comisión cree que la calidad y la cantidad de la reparación dependen en primer lugar de que la nacionalización sea lícita o ilícita. Son lícitas las nacionalizaciones en conformidad con los dos requisitos básicos del interés público y la no discriminación. Son ilícitas las nacionalizaciones que no cumplen esos dos requisitos. A diferencia de la nacionalización ilícita, que requiere la reparación íntegra (a saber, restitución en especie e indemnización), la nacionalización lícita requeriría una indemnización adecuada. El incumplimiento de tales obligaciones sería naturalmente, en sí mismo, un hecho internacionalmente ilícito.

29/ Apenas si es necesario recordar resoluciones de la Asamblea General como la resolución 1803 (XVII) de 14 de diciembre de 1962 y la resolución 3171 (XXVIII) de 17 de diciembre de 1973 relativas a la soberanía permanente sobre los recursos naturales; la Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (resolución 3201 (S-VI) de 1º de mayo de 1974); y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (resolución 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974). Respecto del principio de la libre determinación y soberanía permanente sobre los recursos naturales, en cuanto se vincula con el problema de las nacionalizaciones en el derecho internacional, véase R. Bystricky, "En marge de quelques problèmes de droit international en rapport avec la nationalisation socialiste", VIe. Congrès de l'Association internationale des juristes démocrates (Bruselas, 22 a 25 de mayo de 1956), Bruselas (s/f), pág. 15.