



ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA, A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL COMO RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. EL DERECHO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Comparative analysis of diplomatic protection, in the light of international law as international responsibility of the State. The Law of International Protection of Human Rights.

Maria Fatima Pinho De Oliveira

Universidad Simón Bolívar - Valle de Sartenejas – Venezuela

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7539-5620>

E-mail: mpinho@usb.ve

Trabalho enviado em 28 de janeiro de 2022 e aceito em 14 de março de 2022



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.04., 2022, p. 2087-2108.

Maria Fatima Pinho De Oliveira

DOI: [10.12957/rqi.2022.64960](https://doi.org/10.12957/rqi.2022.64960)

RESUMEN

El objetivo de este artículo es presentar un análisis comparativo de la protección diplomática a la luz del derecho internacional como responsabilidad internacional del Estado, basado en las sentencias de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) que reconoció la protección diplomática como un legítimo derecho de los Estados. Para ello se presenta la jurisprudencia universal, en el que se analizarán brevemente, los siguientes casos: el Asunto de las concesiones Mavrommatis, el Caso Interhandel, el célebre Caso Barcelona Traction, el caso Nottebohm, el Caso ELSI y el Caso Diallo. En segundo lugar, La protección diplomática en el Derecho Internacional Público, en el derecho interno y en el derecho internacional; en tercer lugar, la Protección diplomática frente a los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), casos Venezuela y Colombia; en cuarto lugar, las consecuencias de la protección en el proceso de arbitraje. Se concluye que la protección diplomática tiene por finalidad obtener una justa reparación por los daños que ha sufrido un súbdito con motivo de la infracción por el Estado de la residencia de una obligación Internacional que ha causado a aquél un perjuicio en sus bienes o persona. Sin embargo, el ejercicio de la protección diplomática constituye una facultad discrecional del Estado ya que se considera que es Su derecho el que reclama y, ante el Derecho Internacional, no existe la obligación de ejercerla. La jurisprudencia internacional analizada lo ha reseñado así en forma uniforme.

Palabras clave: protección diplomática, derechos humanos, Corte Permanente de Justicia Internacional, Acuerdos Internacionales de Inversión, derecho internacional.

ABSTRACT

The objective of this article is to present a comparative analysis of diplomatic protection in the light of international law as an international responsibility of the State, based on the rulings of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) that recognized diplomatic protection as a legitimate right of the states. To this end, universal jurisprudence is presented, in which the following cases will be briefly analyzed: The Mavrommatis Concessions Case, the Interhandel Case, the famous Barcelona Traction Case, the Nottebohm Case, the ELSI Case and the Diallo Case. Second, Diplomatic protection in Public International Law, in domestic law and in international law; thirdly, Diplomatic Protection against International Investment Agreements (IIA), Venezuela and Colombia cases; fourth, the consequences of protection in the arbitration process. It is concluded that the purpose of diplomatic protection is to obtain fair compensation for the damages suffered by a subject due to the breach by the State of residence of an international obligation that has caused damage to his property or person. However, the exercise of diplomatic protection constitutes a discretionary power of the State since it is considered that it is its right that it claims and, under International Law, there is no obligation to exercise it. The international jurisprudence analyzed has outlined it in this way in a uniform way.

Keywords: diplomatic protection, human rights, Permanent Court of International Justice, International Investment Agreements, international law.



INTRODUCCIÓN

La Comisión de Derecho Internacional aprobó en primera lectura un total de 19 proyectos de artículos sobre la protección diplomática en su 56º período de sesiones, celebrado en 2004. La Comisión decidió seguidamente, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su estatuto, transmitir a los gobiernos el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, para que hicieran comentarios y observaciones, con la petición de que tales comentarios y observaciones se presentasen al Secretario General antes del 1 de enero de 2006. Al 26 de enero de 2006 se habían recibido comentarios por escrito de los 11 Estados que se mencionan seguidamente: Austria, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Marruecos, México, Noruega en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), Países Bajos, Panamá, Qatar y Uzbekistán).

Desde el año 2000, cuando la Comisión aprobó los primeros proyectos de artículos sobre protección diplomática, se han publicado constantemente libros y artículos especializados sobre la protección diplomática, con especial referencia a la labor de la Comisión. Muchas de las publicaciones posteriores al año 2000, que se refieren a la naturaleza de la protección diplomática, analizan la cuestión relativa sobre si la protección diplomática es un procedimiento para la protección de los derechos humanos de las personas o un mecanismo para la protección del interés del Estado que ejerce la protección diplomática.

Esos críticos aducen con acierto que varios de los recaudos para el ejercicio de la protección diplomática —tales como la continuidad de la nacionalidad, el agotamiento de los recursos internos y la determinación del perjuicio— indican que, en realidad, la reclamación corresponde a la persona natural y no al Estado. Este argumento, sin embargo, no tiene en cuenta la distinción entre las normas primarias y secundarias del derecho internacional, distinción que es fundamental a los efectos del presente proyecto de artículos. La persona natural tiene derecho a que no se la torture o a que no se la prive de sus bienes sin indemnización. Esos derechos no son, a todas luces, derechos de un Estado. Estos derechos individuales, cuya violación puede dar nacimiento al ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado del cual la persona sea nacional, corresponden a la categoría de normas primarias del derecho internacional. Sin embargo, el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática ante la violación de una de esas normas primarias del derecho internacional, mediante el patrocinio de la reclamación, es una norma secundaria del derecho internacional.



Por cuanto la personalidad jurídica internacional de la persona natural es incompleta, debido a su limitada capacidad para hacer valer sus derechos, la ficción inherente al caso *Mavrommatis* es el medio que emplea el derecho internacional —una norma secundaria— para hacer valer la norma primaria que protege el derecho indubitado de la persona natural. Los proyectos de artículos se sustentan en la validez de la norma *Mavrommatis*. Los escritos de esos tratadistas, con todo, sirven para destacar que la protección diplomática es un instrumento por medio del cual el Estado interviene en la protección de la persona natural y que el objetivo último de la protección diplomática es la protección de sus derechos humanos. En este sentido, la protección diplomática y el derecho de los derechos humanos se complementan. Los Países Bajos, que apoyan vigorosamente esa tesis, instaron a la Comisión a prestar una atención más estrecha a la posición de las personas naturales en la formulación de sus proyectos de artículos.

Una parte de la doctrina critica las decisiones de la Comisión de no incluir ciertas propuestas. Por ejemplo, se ha criticado a la Comisión por no haber impuesto a los Estados la obligación de ejercer la protección diplomática por medio del desarrollo progresivo.

La protección diplomática se encuentra consagrada en el artículo 1 del Séptimo informe sobre la protección diplomática (2006), del Sr. John R. DUGARD, Relator Especial, y señala:

Artículo 1. Definición y alcance: La protección diplomática consiste en el recurso a la acción diplomática o a otros medios de solución pacífica por un Estado que asume, por derecho propio, la causa de uno de sus nacionales en razón de un perjuicio sufrido por éste como resultado de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. (p.7, párr. 8-21)

Visto el concepto sobre la protección diplomática, a continuación, se presenta el desarrollo de la presente investigación cuyo propósito principal es presentar un análisis comparativo de la protección diplomática a la luz del derecho internacional como responsabilidad internacional del Estado basado en las sentencias de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) que reconoció la protección diplomática como un legítimo derecho de los Estados. La metodología jurídica empleada es el análisis de contenido y el enfoque hermenéutico, con el cual, se establece el método de interpretación de los principales elementos que conforman la protección diplomática. Para ello se presenta en primer lugar, la jurisprudencia universal, en el que se analizarán brevemente, los siguientes casos: el Asunto de las concesiones *Mavrommatis*, el Caso *Interhandel*, el célebre Caso *Barcelona Traction*, el caso *Nottebohm*, el Caso *ELSI* y el Caso *Diallo*. En segundo lugar, La protección diplomática en el Derecho Internacional Público, en el derecho interno y en el derecho internacional; en tercer lugar, la Protección diplomática frente a los Acuerdos



Internacionales de Inversión (AII), casos Venezuela y Colombia; en cuarto lugar, las consecuencias de la protección en el proceso de arbitraje y por último se presentarán las conclusiones y las referencias consultadas.

1. LA JURISPRUDENCIA UNIVERSAL

El tradicional “derecho entre naciones” (Jus inter Gentes), propuesto por los positivistas Richard Zouche (1590-1660) y Samuel Rachel (1628-1691) pioneros del derecho internacional, quedaba (casi) a la entera discreción de los Estados el tema del tratamiento de sus nacionales, éstos no tenían derechos directos u obligaciones en el ámbito internacional dependiendo, en algunos casos, de su Estado para la internacionalización de cualquier reclamación en la que estuvieran involucrados.

Por lo tanto, según ORTEGA (2016:5):

...más que reconocer que los individuos tenían ciertos derechos, los relacionaba con los Estados-nación a través del vínculo de la nacionalidad. Si un Estado cometía un daño contra un individuo que era un extranjero y éste no obtenía la reparación correspondiente, se asumía que el daño se había hecho al Estado de su nacionalidad. Una vez que dos Estados quedaban involucrados, el derecho internacional abordaba el problema a través de sus mecanismos normales: el arbitraje, la protección diplomática e, incluso, la guerra. De esta forma, el extranjero por sí mismo no tenía derecho alguno reconocido por el derecho internacional contra el Estado receptor, pero, a través de la ficción enunciada por Vattel en 1758, se convertía en el agente necesario para canalizar el daño original del nivel interno al internacional.

El Derecho internacional clásico ha puesto de relieve repetidas veces una concepción de la naturaleza jurídica de la protección diplomática en el sentido de que su ejercicio es un derecho propio del Estado. Esta característica ha sido señalada por la jurisprudencia internacional de forma reiterada y tiene su base en el pronunciamiento de VATTEL en 1758 sobre los siguientes términos, que “cualquiera que maltrate a un ciudadano, perjudica indirectamente al Estado, el cual debe proteger a ese ciudadano” (ORTEGA, 2016), tradicionalmente se viene citando en apoyo de esta afirmación la formulación del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el *Asunto de las concesiones Mavrommatis* en Palestina, (1924):

...es un principio elemental de Derecho internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho internacional y cometidos por otro Estado, del que no ha podido obtener satisfacción por las vías ordinarias. Al hacerse cargo de la causa de uno de sus nacionales, al poner en



movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial internacional este Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, al derecho que tiene a hacer respetar el D. internacional en la persona de sus nacionales. Según este punto de vista, no procede preguntarse si el litigio tiene su origen en un interés privado, cosa que por lo demás ocurre en un gran número de controversias entre Estados. El Estado, desde el momento en que asume la causa de uno de sus nacionales ante una jurisdicción internacional, es el único demandante ante esta jurisdicción¹.

En el caso mencionado, Grecia reclamaba que el Gobierno de Palestina (administrado en ese entonces por el Reino Unido) había desconocido ciertos derechos contractuales que correspondían a Eurípides Mavrommatis, en virtud de las concesiones conferidas para la construcción de un sistema de tranvía y el suministro de energía eléctrica y de agua potable para las ciudades de Jerusalén y El-Hodja. La Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) reconoció la protección diplomática como un legítimo derecho de los Estados (BURGOS y LOZADA, 2009).

En seguida, instituida la Corte Internacional de Justicia (CIJ), resolvió el *Caso Interhandel*. Los hechos se basaron que: en el marco de la Ley de Comercio con el Enemigo (Trading with the Enemy Act, TWEA), expedida durante la Segunda Guerra Mundial, el Gobierno de Estados Unidos congeló los activos de la compañía suiza Interhandel, bajo el errado supuesto de que ésta estaba controlada por nacionales alemanes. En respuesta, el gobierno suizo presentó la reclamación internacional en nombre de *Interhandel*. La CIJ desestimó las pretensiones suizas y, en su lugar, aceptó la objeción de jurisdicción presentada por Estados Unidos, consistente en que los inversionistas (y Suiza con ellos) no habían agotado todos los recursos internos judiciales disponibles en derecho interno estadounidense antes de acudir a la justicia internacional (BURGOS y LOZADA, 2009).

Pasando del plano internacional al plano de los órdenes jurídicos internos, puede consagrarse la obligación del Estado de proteger a sus nacionales en el extranjero, por lo que los particulares pueden gozar así de un derecho subjetivo a la protección diplomática. Esta posibilidad fue claramente contemplada en el año de 1970, al decidir la Corte Internacional de Justicia (CIJ) el célebre *Caso Barcelona Traction*. En esta ocasión, la sucursal en España de la empresa canadiense *Barcelona Traction, Light and Power Company*, de mayoría de accionistas de nacionalidad belga, había emitido una serie de bonos comprados por el Gobierno español, cuyo impago se discutía. Aunque los gobiernos, canadiense, estadounidense y británico protestaron la decisión del Gobierno español, ninguno de ellos asumió la protección diplomática de sus nacionales. La CIJ señaló que:

¹ Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). Serie A n.º 2. La misma afirmación se recoge en el Asunto *Nottebohm*, así como en el de la *Barcelona Traction*.

“El legislador nacional puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero. También puede otorgar a los ciudadanos el derecho de exigir que se respete esta obligación e imponer sanciones a este derecho”². (SÁENZ, 1976)

El gobierno de Bélgica, sin embargo, presentó una reclamación internacional en nombre de los accionistas belgas de Barcelona Traction, que se habían visto perjudicados por aquel impago. La CIJ desestimó las reclamaciones de Bélgica bajo la consideración de que, al ser una compañía canadiense la directamente afectada por las acciones del Estado español, el ejercicio de la protección diplomática correspondía a Canadá y no a Bélgica. En el entender de la Corte, extender este derecho a los accionistas de una sociedad podría distorsionar el contenido de la protección diplomática. (BURGOS y LOZADA, 2009).

La jurisprudencia arbitral siguió esta misma línea. Así, en el asunto de las Reclamaciones británicas por daños causados a los súbditos británicos en Marruecos se señaló:

Desde el momento en que el Estado al que pertenece el reclamante interviene diplomáticamente a favor de sus súbditos, haciendo valer ya sean derechos convencionales o derivados de los principios del Derecho de Gentes que rigen los derechos de los extranjeros, una nueva reclamación de Estado a Estado ha nacido. Esta reclamación, aunque está ligada materialmente a la reclamación del particular, tiene un carácter enteramente diferente de ella. (ORTEGA, 2016:9)

La CIJ también aprobó este enfoque en 1955, aunque con distintas palabras, en el *Caso Nottebohm*: “La protección diplomática y la protección por medio de procedimientos judiciales internacionales constituyen medidas para la defensa de los intereses del Estado”. (ORTEGA, 2016:9-10). Este caso fue incoado ante la Corte mediante una solicitud del Principado de Liechtenstein contra la República de Guatemala.

No obstante, esta regla pareció modificarse con la decisión proferida por la misma Corte en el año de 1989 en el *Caso ELSI*. En el proceso se debatía si el gobierno de la ciudad de Palermo, Italia, había violado los estándares de protección a la inversión contenidos en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación (TACN, FCN Treaty), suscrito entre Estados Unidos e Italia respecto de dos compañías estadounidenses (Raytheon Company y Machlett Laboratories), accionistas de la totalidad de una fábrica de productos electrónicos, establecida en Palermo como sociedad italiana, denominada Elettronica Sicola SpA. La Corte, tras reconocer la legitimidad de la reclamación del Gobierno estadounidense en nombre de las compañías accionistas de ELSI (contrario a la

² “Le législateur national peut imposer à l'Etat l'obligation de protéger ses citoyens à l'étranger. Il peut également accorder aux citoyens le droit d'exiger que cette obligation soit respectée et assortir ce droit de sanctions” (Traducción libre.)

jurisprudencia de Barcelona Traction), consideró que la parte reclamante no había podido probar fehacientemente la violación de las normas establecidas en el TACN. (BURGOS y LOZADA, 2009)

Se hace referencia a otro caso bajo estudio de la CIJ, en el que la protección diplomática se encuentra en cuestión: el *Caso Diallo*, presentado por Guinea en contra de la República Democrática del Congo. En esta controversia se debate la legitimidad del accionar del demandado con respecto al guineano Ahmadou Sadio Diallo, representante y accionista de la sociedad Africom-Zaire, quien luego de sostener por varios años una disputa comercial no resuelta con el gobierno congolés, fue deportado por ser sospechoso de graves violaciones del orden público y económico del país. Hasta el momento, la Corte no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto, pero ha determinado que tiene competencia para conocer el caso en lo relativo a los derechos individuales del señor Diallo, así como en lo relativo a sus derechos indirectos como accionista de Africom-Zaire (reiteración de la jurisprudencia de ELSI) y (Excepciones Preliminares, Fallo de 24 de mayo de 2007). (BURGOS y LOZADA, 2009)

A continuación, se presenta un cuadro resumen sobre los casos de la Corte Permanente de Justicia sobre protección diplomática.

Cuadro N° 1. Comparativa de los casos jurisprudenciales de la CIJ.

Caso	Partes / Fecha	Situación
Asunto de las concesiones Mavrommatis,	Grecia vs. Reino Unido 30 de agosto de 1924	Grecia reclamaba que el Gobierno de Palestina (administrado en ese entonces por el Reino Unido) había desconocido ciertos derechos contractuales que correspondían a Eurípides Mavrommatis, en virtud de las concesiones conferidas para la construcción de un sistema de tranvía y el suministro de energía eléctrica y de agua potable para las ciudades de Jerusalén y El-Hodja. La Corte Permanente de Justicia Internacional reconoció la protección diplomática como un legítimo derecho de los Estados
Caso Interhandel,	Suiza contra los Estados Unidos de América Providencia de 24 de octubre de 1957	El asunto de la Interhandel fue planteado ante la Corte mediante una solicitud del Gobierno de Suiza de 2 de octubre de 1957, en la que pedía a la Corte que declarara que el Gobierno de los Estados Unidos de América tenía la obligación de restituir a la Interhandel, compañía inscrita en el registro comercial de Basilea, el activo invertido en los Estados Unidos desde 1942. El 3 de octubre, el Gobierno de Suiza pidió a la Corte que indicara, como medida provisional de protección y mientras estuviera pendiente el caso, que los Estados Unidos no debían enajenar dichos bienes y, en particular, no debían vender las acciones de la General Aniline and Film Corporation.

Caso Barcelona Traction,	Bélgica contra España Fallo de 24 de julio de 1964	Se habían incoado mediante una solicitud de 19 de junio de 1962 en la que el Gobierno de Bélgica pedía la reparación de daños que, según alegaba, había ocasionado a nacionales belgas, accionistas de la empresa canadiense Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, la conducta de varios órganos del Estado español.
Caso Nottebohm,	Principado de Liechtenstein contra la República de Guatemala. Fallo de 6 de abril de 1955	Liechtenstein reclamaba restitución e indemnización alegando que el Gobierno de Guatemala había actuado contra el Sr. Friedrich Nottebohm, ciudadano de Liechtenstein, de manera contraria al derecho internacional. Guatemala, por su parte, sostenía que la reclamación era improcedente por muchas razones, una de las cuales se relacionaba con la nacionalidad de Nottebohm, para proteger al cual el Principado de Liechtenstein había presentado el caso a la Corte.
Caso ELSI	Estados Unidos contra Italia Fallo de 20 de julio de 1989	En su fallo, la Sala de la Corte constituida para conocer del caso relativo a Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) rechazó una excepción de Italia a la admisibilidad de la solicitud y dictaminó que la República Italiana no había cometido ninguna de las transgresiones alegadas por los Estados Unidos del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre las partes firmado en Roma el 2 de febrero de 1948, ni del Acuerdo Complementario de ese Tratado. En consecuencia, rechazó la petición de reparación hecha por los Estados Unidos.
Caso Diallo	Guinea en contra de la República Democrática del Congo Fallo de 24 de mayo de 2007	La Corte, en un fallo dictado en la causa relativa a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea contra República Democrática del Congo), concluyó que la demanda de Guinea es admisible en la medida en que se refiere a la protección de los derechos del Sr. Diallo como individuo y a sus derechos propios como asocié en Africom-Zaire y Africontainers-Zaire.

Fuente: Elaboración propia (2020) a partir de los fallos de la CIJ.

La construcción tradicional de la protección diplomática se basa en la ficción jurídica vatteliana que consiste en convertir el daño causado a los bienes o la persona de un extranjero en un daño al Estado de su nacionalidad. Esta es la piedra angular de la institución: si el Estado no tuviera un derecho subjetivo lesionado, difícilmente podría tener un derecho subjetivo de protección. La ficción jurídica tiene como fin legitimar y dar un fundamento jurídico al derecho subjetivo de protección del Estado. Esto explica que el derecho subjetivo lesionado del particular quede borrado de la argumentación legal, pero no que se niegue su existencia. Sobre su existencia se crea un nuevo derecho subjetivo lesionado para el Estado: el derecho de que se respete el derecho internacional en la persona de sus nacionales. (ORTEGA, 2016).

2. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

RHENALS (2018) afirma, que la institución de la protección diplomática ha sido una figura eminentemente política, sin desconocer la importancia de los precedentes judiciales que han intentado alejarla de esa influencia, de ese retrogrado concepto, que la enmarca exclusivamente sobre las nociones de soberanía y seguridad, para evitar la intervención de los otros estados en las situaciones domesticas de otras naciones. Esta concepción ha perdido vigencia, en razón a los abusos de los países poderosos que la han desgastado y menguado en su credibilidad. (RHENALS 2018:11)

Derecho Interno.

El profesor Diez de Velasco, referido por SÁENZ (1976), ha señalado que, aunque en el origen exista un perjuicio causado a un particular, la protección diplomática se concibe como una relación interestatal entre el Estado autor del hecho ilícito y aquel cuyo derecho subjetivo ha sido violado.

Para SÁENZ (1976), al tratarse de un derecho del Estado y no de los particulares, aquél goza de absoluta discrecionalidad en orden al ejercicio de la pretensión jurídica en que se concreta la protección diplomática. Por consiguiente, a la luz del Derecho internacional el Estado goza de una competencia discrecional que abarca todos los aspectos del ejercicio de la protección diplomática. En realidad, la regla así enunciada se justifica en una sociedad internacional de Estados soberanos donde el Derecho internacional general no reconoce (salvo excepciones) la cualidad de sujeto de derecho a los individuos directamente interesados.

En este sentido, SÁENZ (1976), indica que es clásico citar los preceptos relativos a este extremo contenidos en la Constitución imperial alemana de 1871 y en la de Weimar; un examen de Derecho constitucional comparado revela que en las Constituciones más recientes aparece una tendencia favorable a la consagración del derecho de los ciudadanos a ser protegidos por el Estado cuando se encuentren en el extranjero, orientándose en esta dirección algunos textos constitucionales socialistas así como la Constitución Política de la República Portuguesa de 1976, la cual establece en su artículo 14: “Los ciudadanos portugueses que se encuentren o residan en el



extranjero gozan de la protección del Estado para el ejercicio de los derechos y están sujetos a los deberes que no sean incompatibles con la ausencia del país”.³

De esta forma, es claro que frente a la situación existente en el plano internacional (completa discrecionalidad) en el plano del Derecho interno puede registrarse el deber del Estado de ejercer la protección.

Sin embargo, para SÁENZ (1976), existe una segunda tendencia de signo opuesto, localizable exclusivamente en las Constituciones de los países hispano-americanos que trata de restringir el ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado nacional de los extranjeros residentes en esos países (ejemplo la Constitución de Honduras de 3 de junio de 1965).

La razón de ser de estas disposiciones constitucionales tiene su origen en la lucha sostenida a partir del siglo XIX y comienzos del XX por estos países contra los intereses imperialistas de los países europeos inversores de capital en Hispano-América; un fenómeno inversor que dio origen a un amplio número de reclamaciones internacionales. Como es bien sabido, un medio para evitar estas reclamaciones lo constituyó el empleo de la “Cláusula Calvo” y en algunos casos la rebelión de los nuevos países tomó la forma de proposiciones para la radical modificación de las normas internacionales en la materia, llegando en ocasiones a plasmar tales modificaciones en textos convencionales, como ocurrió en la Novena Conferencia Interamericana, en la que se firmó el Tratado Americano sobre Arreglo Pacífico de Controversias, también llamado Pacto de Bogotá.

Derecho Internacional

Para GARFE (1982), el Derecho Internacional Público reconoce y consagra ampliamente el principio de la Independencia política de todos los Estados, lo que implica, entre otros efectos, que cada Estado tiene la facultad de ejercer, en las condiciones y con las excepciones que establece el ordenamiento jurídico Internacional, las competencias que le son propias, en forma exclusiva y sin que se admitan Injerencias o Intervenciones externas.

Los extranjeros residentes quedan sometidos, en términos generales, a las leyes del país de la residencia y sometidos a la Jurisdicción de sus tribunales y autoridades. La condición jurídica de éstos es regulada por la legislación nacional que debe reconocerles un mínimo de derechos establecidos por el Derecho Internacional, positivo y consuetudinario, aunque pueden imponerse

³ Os cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro gozam da protecção do Estado para o exercício dos direitos e estão sujeitos aos deveres que não sejam incompatíveis com a ausência do país. (Traducción libre)

algunas restricciones discriminatorias en relación con los nacionales, siempre y cuando el mínimo referido no sea vulnerado. (GARFE, 1982)

En su sesión número 58, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (en adelante, la Comisión) adoptó el borrador del texto de los Artículos sobre Protección Diplomática en el Derecho Internacional Público. Originalmente, se estimó que este concepto pertenecía al área del derecho de la responsabilidad internacional, pero con el paso de los años se ahondó en su análisis. En el año 2006, se emitió el proyecto de artículos preparado por la Comisión, enfocado específicamente en las condiciones de admisibilidad necesarias para presentar una reclamación al amparo de la protección diplomática: las llamadas “reglas secundarias”.⁴ (BURGOS Y LOZADA, 2009)

En su primer artículo, el proyecto define el concepto de protección diplomática como un derecho de los Estados en sus artículos 1º, 2º, y 3º: “la invocación por un Estado, a través de acción diplomática u otros mecanismos de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por un daño causado por un hecho ilícito internacional de ese Estado a una persona natural o jurídica que sea nacional del primer Estado con miras a la implementación de dicha responsabilidad”.⁵ (Artículo 1º.); “Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos” (Artículo 2º.); “El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad” (Artículo 3.1). (BURGOS Y LOZADA, 2009; ORTEGA, 2016)

De este concepto se desprenden los elementos jurídicos esenciales de la protección diplomática, a saber:

- i) La protección diplomática comprende actos de “acción diplomática” y de “otros mecanismos de solución pacífica”;
- ii) La protección diplomática implica la invocación de responsabilidad internacional del Estado;
- iii) Hay presupuestos procesales para la presentación de una reclamación al amparo de la protección diplomática.
- iv) La protección diplomática es un derecho discrecional que corresponde exclusivamente al Estado que la ejerce.

⁴ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Proyecto de artículos sobre la protección diplomática con comentarios. II Yearbook of the International Law Commission, Párr. 2 (2006, Part Two).

⁵ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Proyecto de artículos sobre la protección diplomática con comentarios. II Yearbook of the International Law Commission, Artículo 1 (2006, Part Two) (Traducción libre)

Para GARFE (1982), además de los requisitos generales que deben concurrir para que se origine responsabilidad internacional, el ejercicio de la protección diplomática exige la concurrencia copulativa de las siguientes condiciones: a) Que el perjudicado sea nacional del Estado reclamante; b) Que se hayan agotado todos los recursos Internos por parte de dicho nacional, y c) Que éste haya tenido una conducta correcta (clean hands), aunque este último aun no es admitido como requisito por la jurisprudencia internacional, se les conoce como requisitos hipotéticos.

A continuación, se presenta el Cuadro 2 que refiere a la multiplicidad de los planos en el que se puede presentar las relaciones para la protección diplomática.

Cuadro N°2 Multiplicidad de planos de la Protección Diplomática

1.Relaciones entre el particular damnificado y el Estado causante del perjuicio	2.Relaciones entre el Estado del particular damnificado y el Estado causante del daño	3.Relaciones entre el particular damnificado y el Estado del que es nacional
<u>El Derecho Interno del Estado causante del Daño.</u> -Agotamiento de los recursos internos por parte del particular.	<u>Derecho Internacional Público</u> -Quien, cuando y con qué requisitos puede ejercerse la protección diplomática	<u>Derecho Interno del Estado del que es Nacional.</u> -Obligación o facultad, responsabilidad por el no ejercicio, qué reclamar y qué hacer con la reparación

Fuente: Elaboración propia (2020).

3. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA FRENTE A LOS ACUERDOS INTERNACIONALES

a) Caso Venezuela (Acuerdos Internacionales de Inversión, AII):

Venezuela cuenta con importantes instrumentos internacionales, tales como los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones, los cuales se enmarcan en el contexto de las relaciones económicas internacionales como medios de desarrollo económico y social. El objetivo esencial perseguido por Venezuela mediante la suscripción de estos Acuerdos, es incrementar las inversiones y los montos de los flujos de capital foráneo hacia su territorio; éste favorecimiento de la inversión trae consigo el fomento de la creación de empleos y el desarrollo o la transferencia de tecnologías, que descansa en el hecho inobjetable de que un Tratado Bilateral, con normas claras y de necesaria ejecución destinadas a proteger al inversionista extranjero, reduce los riesgos que éste pueda enfrentar. (CONAPRI, s/f)

En Venezuela se encuentran vigentes aproximadamente 25 Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones con los siguientes países: Alemania, Argentina, Barbados, Bélgica-Luxemburgo, Belarús, Chile, Canadá, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, Francia, Gran Bretaña, Lituania, Irán, Paraguay, Perú, Portugal, República Checa, Suiza, Suecia,



Uruguay, Vietnam y Rusia. En el caso de Brasil fue suscrito un Acuerdo de este tipo en el año 1995 y publicado en la Gaceta Oficial local en el año 1997, sin embargo, aún no cuenta con la ratificación por parte de Brasil. Con Países Bajos, Venezuela mantuvo un Acuerdo Bilateral de Inversión vigente desde el año 1993 hasta el año 2008, en virtud de una comunicación de terminación realizada por Venezuela el 21 de abril de 2008. Sin embargo y de acuerdo a las disposiciones de este Acuerdo con Países Bajos las inversiones debidamente realizadas en el marco de su vigencia mantendrán el amparo de sus disposiciones por un período adicional de 15 años, que culminaría en el año 2023. (CONAPRI, s/f)

-Solución de controversias entre un inversionista y la Parte Contratante receptora de la inversión:

En términos generales, los mecanismos de solución de diferencias a los cuales pueden acudir los inversionistas son muy similares, lo que se evidencia porque todos, de una u otra forma, se remiten al Centro Internacional para el Arreglo de Disputas Relativas a Inversión (CIADI) o International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID, organismo del Banco Mundial. No obstante, existen entre ellos algunas diferencias. Por ejemplo, en los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones firmados con Chile, Argentina, Ecuador y Portugal, después de intentarse una solución amistosa y no lograrlo, se deja a la elección del inversionista el sometimiento de la controversia a la jurisdicción nacional o a un mecanismo arbitral, que en la mayoría de los casos es CIADI.

Sin embargo, existe la posibilidad de apelar a otros mecanismos arbitrales como arbitrajes Ad-hoc bajo las normas de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), al mecanismo complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI u otros centros de arbitraje internacional tales como Cámara de Comercio de Estocolmo, la Cámara de Comercio Internacional, la Cámara de Arbitraje de Londres, entre otros. En algunos casos esta posibilidad es alternativa y en otras es supletoria, es decir, ante la imposibilidad de acudir a un mecanismo, se aplicará otro. (GONZÁLEZ, 2015)

Respecto a Venezuela, cabe destacar que denunció el Convenio de Washington o el Convenio del CIADI el 24 de enero de 2012, concretando su salida el 25 de Julio de 2012, lo que implica que un Inversionista Extranjero amparado en un Acuerdo de Inversión podrá dirigirse al CIADI pero sólo mediante el Mecanismo Complementario del CIADI, quien es el encargado de dirimir las controversias cuando el Estado receptor de la inversión no forma parte de este Centro.



El Laudo Arbitral se limitará a determinar si la Parte Contratante respectiva ha violado el Acuerdo; si tal incumplimiento ha causado daños al inversionista; y, si fuere el caso, fijará el monto de la indemnización que el Estado deberá pagar al inversionista por el daño causado. Este Laudo Arbitral será definitivo y obligatorio para las Partes intervinientes en la controversia, garantizando a los inversionistas el reconocimiento que cada Estado Parte del Acuerdo respectivo debe dar al Laudo Arbitral que solucione una controversia. Así, se libera al inversionista de los problemas que pueda presentar la administración de justicia. (GONZÁLEZ, 2015)

-Solución de Controversias entre las Partes Contratantes: Se solucionarán, en lo posible, por la vía diplomática. En caso contrario, las diferencias se someterán a un Tribunal Arbitral. (GONZÁLEZ, 2015)

b) Caso Colombia (Acuerdos Internacionales de Inversión, AII):

Según plantean algunos autores, Colombia ha emprendido una estrategia agresiva y ambiciosa de negociación de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) con sus socios comerciales en el mundo desde hace varios años. Inicialmente en toda negociación, el Equipo Negociador de Inversión del Gobierno, responsable de la conducción de las negociaciones del país, formuló un Acuerdo Modelo para las negociaciones conocido como el “BIT Modelo”⁶ que incluye las disposiciones sustanciales y procedimentales que Colombia propende por incluir en cada uno de sus acuerdos.

Dicho instrumento en su Artículo IX, sobre Solución de Controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, señala:

Las Partes Contratantes se abstendrán de tratar por medio de canales diplomáticos, asuntos relacionados con controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante sometidas a proceso judicial o arbitraje internacional de conformidad con lo dispuesto en este artículo, salvo en el caso en que una de las partes en la controversia no haya dado cumplimiento a la sentencia judicial o al laudo del tribunal de arbitraje, en los términos establecidos en la respectiva sentencia o laudo arbitral. (Artículo IX)

Este artículo tiene 2 antecedentes: el Modelo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, OECD, por sus siglas en inglés) de 1967, y el Convenio sobre

⁶ ACUERDO DE INVERSIONES ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y (...). Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6083/download>

Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI o Convención de Washington), del cual Colombia es parte desde agosto de 1997.

La OECD, en 1967, aprobó el Proyecto de convenio para la protección de propiedad extranjera, (lamentablemente no fue avalado como una convención multilateral), que refleja la visión general de los países exportadores de capital sobre los estándares mínimos de protección a las inversiones y ha servido como una base importante para la negociación de *AIJ*. Bajo este esquema, se da preponderancia al derecho del Estado del inversionista de perseguir una reclamación a la luz de la protección diplomática, para permitirle al nacional lesionado intentarla directamente sólo cuando es evidente que su Estado no iniciará procedimientos. (BURGOS Y LOZADA, 2009)

Según el modelo OECD, el Estado puede desplazar al inversionista en el ejercicio de la acción en contra del Estado infractor del *AIJ*, hecho que explicaría el carácter excluyente del mecanismo de solución de controversias Estado-Estado que implica la protección diplomática, respecto del mecanismo directo de solución de controversias inversionista-Estado que involucra el arbitraje de inversión. Por su parte, el Convenio CIADI establece un modelo en el que se da primacía al *ius standi* del inversionista. En su artículo 27, el Convenio CIADI señala que, salvo circunstancias de inobservancia del laudo por parte del Estado receptor de la inversión, ningún Estado Contratante ejercerá protección diplomática sobre diferencias que sus nacionales y otro Estado hayan sometido o consentido en someter a arbitraje de conformidad con el Convenio.

Para BURGOS Y LOZADA, (2009), lo anterior refleja una prohibición expresa, fundada en la renuncia del Estado al ejercicio de la protección diplomática, que puede entenderse implícita a todo *AIJ*, aun cuando una disposición del tratado no la contemple expresamente. El modelo colombiano es bastante similar al Convenio CIADI, lo que permitiría considerar que la inclusión de la cláusula de protección diplomática apunta a alinearla con este tratado. En ambos se excluye el ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado del inversionista cuando la controversia ha sido sometida a uno de los mecanismos de adjudicación que se ofrece al inversionista, a excepción de los casos de incumplimiento del laudo arbitral.

4. LAS CONSECUENCIAS DE LA PROTECCIÓN EN EL PROCESO DE ARBITRAJE

Siguiendo con el caso colombiano, la Resolución No. 5 de 2006 de la Asociación de Derecho Internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y algunos de los



AII suscritos y ratificados por Colombia son claros en prohibir el uso paralelo de la protección diplomática y el arbitraje internacional inversionista-Estado. (BURGOS Y LOZADA, 2009:265)

El uso simultáneo o subsecuente de los dos mecanismos sin que medien, por parte del Estado receptor, el incumplimiento intencional de sentencias o laudos favorables al inversionista, o violaciones al debido proceso del mismo, constituye una violación al tratado internacional y puede, por tanto, comprometer la responsabilidad del Estado que de mala fe invoca la protección diplomática, pese a que su nacional dispone de medios idóneos para hacer respetar los derechos conferidos en virtud del tratado internacional. (BURGOS Y LOZADA, 2009:265)

En resumen, la protección diplomática requiere un maridaje (espousal) de la reclamación por parte del Estado cuya ciudadanía ostenta el inversionista afectado. Es decir, entre más cercana y ligada sea percibida la actuación del Estado en pos de los intereses del inversionista, habrá mayores razones para creer que se está en presencia de un caso de protección diplomática. Por el contrario, cuanto mayores sean la imparcialidad y la distancia que el Estado guarde con respecto a su inversionista, menor será la posibilidad de que estemos ante un caso de protección diplomática. Puesto en términos procesales, si hay una especie de litisconsorcio entre el Estado y su inversionista respecto de una controversia en particular, habrá protección diplomática y se estaría incumpliendo el *AII* respectivo y la regla de derecho internacional consuetudinario. (BURGOS Y LOZADA, 2009:267)

Con la *tratadización* del derecho internacional de las inversiones y la renuncia expresa al ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado del inversionista, se creyó haber eliminado las dificultades que se producen por la coexistencia de los derechos procesales del inversionista y de su Estado. Sin embargo, no es claro cuál es la consecuencia procesal que se asigna a una controversia de inversión por la intervención del Estado de nacionalidad del inversionista mediante una reclamación de protección diplomática.

En el año 2000, un Tribunal constituido bajo las reglas CIADI determinó que carecía de jurisdicción para analizar el Caso Banro American Resources y Société Aurifère du Kivu et du Maniema vs. Congo, toda vez que faltaban las condiciones de nacionalidad y de acceso al procedimiento por parte del reclamante. El Tribunal analizó las implicaciones de la membresía de un Estado al Convenio CIADI y en este contexto, precisó que la consecuencia inevitable del acceso directo al arbitraje inversionista-Estado bajo este sistema, es la exclusión de la protección diplomática. En consecuencia, el inversionista pierde el derecho a solicitar el amparo al Estado de su nacionalidad y éste, a su vez, ya no podrá ejercerlo. En opinión del Tribunal, la extrapolación de las disputas de inversión del campo de la diplomacia al campo del derecho es uno de los objetivos del sistema CIADI, que fue expresada en el artículo 27 del Convenio. En este sentido, únicamente



los Estados parte del Convenio están obligados a abstenerse del ejercicio de la protección diplomática, por lo cual Estados no parte del convenio, como Canadá en este caso, pueden intervenir de manera libre en favor de sus nacionales.

Si bien esta obligación está consagrada para los Estados, el Tribunal admite que los inversionistas también son sujetos de obligaciones en este respecto, siguiendo así la tesis de Christoph Schreuer, según la cual una interpretación acorde con el objeto y fin del tratado conduce a leer esta disposición a la luz del artículo 26 del Convenio que impide a las partes que han consentido al arbitraje acudir a cualquier otro recurso. En opinión del Tribunal, la incompatibilidad de estas dos vías para la solución de controversias es un principio esencial e inherente al sistema CIADI, por lo que concluye:

Anotamos que la exclusión de la protección diplomática es inherente al sistema, del cual constituye un elemento esencial, por lo cual no se permite su derogación por las Partes. Al consentir al arbitraje CIADI, el Estado receptor de la inversión sabe que será protegido de la intervención diplomática del Estado de nacionalidad del inversionista. Por el contrario, el Estado de nacionalidad del inversionista, al hacerse parte del Convenio CIADI sabe que el inversionista de su nacionalidad que ha consentido al arbitraje CIADI en el momento de invertir en otro Estado parte no podrá buscar amparo, y que, en caso de ser solicitado, éste no podrá concederlo. Cualquier mecanismo que combine protección diplomática con arbitraje CIADI está descartado. Este principio está rigurosamente impuesto por la lógica propia del sistema (...). (Artículo 26, Convenio CIADI)

La aproximación del Tribunal permite establecer que dentro del sistema CIADI no hay cabida para la coexistencia con la protección diplomática. Lamentablemente, esta decisión no ahonda en las consecuencias que tendría para el proceso que inicie un inversionista contra un Estado parte del Convenio el hecho de que su Estado ampare su reclamación. Es claro que, según las reglas del Caso *Banro vs. Congo*, se evidencia el incumplimiento del Convenio por parte del Estado de nacionalidad del inversionista y que se afectaría el consentimiento prestado por las partes en la controversia de inversión a la luz del artículo 26.

Por otra parte, en *Tokios Tokel's vs. Ucrania*, el Estado demandado solicitó que se analizara la conveniencia de continuar con el procedimiento en vista de que Lituania, el Estado de nacionalidad del demandante, había recurrido a la protección diplomática. Lo anterior considerando que el gobierno de Lituania envió comunicaciones en las que urgía al gobierno ucraniano a proteger las inversiones de Lituania en su país. Además, la Embajada de Lituania en Ucrania solicitó al Ministro de Relaciones Exteriores de éste último que rindiera explicaciones sobre la competencia de las autoridades locales para iniciar una investigación en materia de impuestos, puesto que se estimaba que dicha investigación era violatoria de los derechos del reclamante.



Interpretando la protección diplomática de manera amplia, que incluye acciones diplomáticas formales destinadas a proteger los intereses de sus súbditos, el Tribunal consideró que las acciones del gobierno lituano fueron propias del ejercicio de este derecho. Siguiendo el precedente del Caso Banro vs. Congo, el Tribunal en Tokios Tokele's sostuvo que, si bien el artículo 27 del Convenio del CIADI contiene una obligación dirigida a los Estados parte, los inversionistas tienen un deber correspondiente de no intentar la protección diplomática a la luz del artículo 26 del Convenio. Concluyó entonces el Tribunal que el recurso del demandante a la protección diplomática era inconsistente con esta obligación. Sin embargo, al considerar que la conducta de Lituania ya había cesado, el Tribunal no tomó medidas adicionales y dejó abierta la pregunta sobre las implicaciones procesales de la protección diplomática.

En todo caso, ambos Tribunales son claros en señalar que la abstención del ejercicio de la protección diplomática no puede tenerse como un requisito de jurisdicción del Centro. Cabe destacar que el recurso a la protección diplomática compromete el consentimiento de una de las partes al arbitraje y como tal debería influir directamente sobre la jurisdicción. Sin embargo, una consecuencia de esta índole sólo podría ser asignada por un Tribunal arbitral en ejercicio de su *kompetenz-kompetenz*⁷, a la luz de las circunstancias del caso y de los demás requisitos de jurisdicción. (BURGOS Y LOZADA, 2009:268-271)

CONCLUSIONES

Tradicionalmente se ha fundamentado el derecho a la protección diplomática en la "norma Internacional de justicia" o "standard mínimo de justicia" exigido por el Derecho Internacional. Esta noción implica que todo Estado debe otorgar o reconocer a los extranjeros un minimum de derechos establecidos por el ordenamiento jurídico Internacional. Sin embargo, el concepto mismo de "standard mínimo de justicia" (international standard of justice) no ha sido definido en ningún Instrumento positivo e intrínsecamente ha adolecido siempre de un defecto fundamental: su vaguedad e imprecisión ostensibles.

La protección diplomática tiene por finalidad obtener una justa reparación por los daños que ha sufrido un súbdito con motivo de la infracción por el Estado de la residencia de una obligación

⁷ El principio de Kompetenz-Kompetenz, conforme al cual corresponderá al árbitro y no al juez la decisión sobre la validez de la cláusula arbitral una vez cuestionada esta por alguna de las partes que la han suscrito. El Kompetenz-Kompetenz, en su aplicación pura, requiere del juez apoderado acoger la excepción de incompetencia planteada, remitiendo a las partes ante el árbitro que es quien deberá decidir sobre la validez de la cláusula arbitral.

Internacional que ha causado a aquél un perjuicio en sus bienes o persona. Sin embargo, el ejercicio de la protección diplomática constituye una facultad discrecional del Estado ya que se considera que es Su derecho el que reclama y, ante el Derecho Internacional, no existe la obligación de ejercerla. La jurisprudencia internacional analizada lo ha reseñado así en forma uniforme.

En la actualidad la protección diplomática continúa teniendo un carácter subjetivo en la medida que su ejercicio constituye una facultad privativa del Estado de la nacionalidad. La práctica de los últimos años demuestra que la protección diplomática es un mecanismo factible para la defensa de los derechos de los extranjeros que no está limitado a los tradicionales derechos económicos que se protegían en una época anterior, sino que puede incluir todo tipo de derechos individuales reconocidos en el derecho internacional, especialmente los derechos humanos.

El Estado debería interponer su reclamación cuando se vulnere la norma internacional de justicia respecto de un nacional suyo en el extranjero o se afecte el orden público internacional por una acción u omisión ilícitas que lesione a dicho nacional, especialmente en los casos en que la fuente de la responsabilidad Internacional es la denegación de justicia, o que usen la protección diplomática como último recurso cuando sus nacionales no han podido obtener la reparación a la lesión de sus derechos a causa de un hecho ilícito internacional, especialmente en los casos de daños flagrantes y/o sistemáticos. En este respecto, la institución se muestra como un poderoso mecanismo de protección, donde otros prueban no serlo.

El desarrollo progresivo del Derecho Internacional Público hará posible que los Individuos puedan recurrir directamente a una Instancia Internacional para exigir la protección efectiva y plena de los derechos que les reconoce este ordenamiento jurídico, posibilidad hoy contemplada en forma rudimentaria e Indirecta en algunos tratados de limitados alcances.

En el actual estado de desarrollo del Derecho Internacional Público, se acepta la aplicación de la Cláusula Calvo sólo en cuanto no se vulneren las obligaciones Internacionales y se respeten o no estén en peligro los principios mínimos de Justicia Internacional.

En cuanto a las personas jurídicas, y especialmente las sociedades, las controversias que se susciten por el ejercicio de la protección diplomática, deben ser resueltas por la vía convencional, como sucede cada vez con mayor frecuencia en la práctica contemporánea. Las organizaciones internacionales con fines económicos juegan un rol Importante juegan en este punto en lo que se refiere al tratamiento de las Inversiones extranjeras.

Puede afirmarse que el verdadero desafío a la naturaleza jurídica de la protección diplomática no es la sustitución del Estado por el individuo en la titularidad del derecho principal,



sino el reconocimiento de que dos derechos se encuentran presentes en la institución: el derecho subjetivo sustantivo del individuo y el correlativo derecho subjetivo sustantivo de protección del Estado

Finalmente, se estima que la exigencia del "clean hands" debería ser aceptada definitivamente y regulada jurídicamente, sobre todo si se considera la conducta de algunas empresas transnacionales, tal como lo proponen varios autores estudiados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BURGOS-De la Ossa, María Angélica & LOZADA-Pimiento, Nicolás. (2009). La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* 15, 243-278.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Proyecto de artículos sobre la protección diplomática con comentarios. II Yearbook of the International Law Commission, Párr. 2 (2006, Part Two).

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Proyecto de artículos sobre la protección diplomática con comentarios. II Yearbook of the International Law Commission, Artículo 1 (2006, Part Two)

CONSEJO NACIONAL DE PROMOCIÓN DE INVERSIONES, (CONAPRI). (s/f). Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones. En: Entorno Jurídico / Análisis / Acuerdos de promoción y protección de inversiones. Disponible en: <http://conapri.org/analisis/acuerdos-de-promocion-y-proteccion-de-inversiones/>

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ), (2007). AHMADOU SADIO DIALLO (la REPÚBLICA DE GUINEA contra la REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO) (EXCEPCIONES PRELIMINARES). Fallo de 24 de mayo de 2007. Disponible en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/165.pdf>

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, (CIJ). (1964). Caso relativo a la BARCELONA TRACTION, Light and Power Company, Limited (Excepciones Preliminares). Fallo de 24 de julio de 1964. Disponible en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/42.pdf>

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. (CIJ), (1955). Caso NOTTEBOHM (Segunda Fase). Fallo 6 de abril de 1955. Disponible en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/23.pdf>

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ). (1957) Caso de la INTERHANDEL (Protección Provisional). Providencia de 24 de octubre de 1957. Disponible en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/28.pdf>



CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ). (1989). Caso Relativo a ELETTRONICA SICULA S.p.A. (ELSI) Fallo de 20 de julio de 1989. Disponible en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/84.pdf>

DUGARD, John R. (2006). La Protección Diplomática. Séptimo informe sobre la protección diplomática Relator Especial. DOCUMENTO A/CN.4/567. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_567.pdf

GARFE Jarufe, Farouk (1982). Algunos aspectos de la protección diplomática, en *Revista de Derecho P.* Universidad Católica de Valparaíso 6, 485-515.

GONZÁLEZ Hernández, Carolina. (2015). *Efectos de la denuncia venezolana del Convenio de Washington sobre el arbitraje CIADI establecido en los Tratados Bilaterales de Inversión.* Trabajo Especial presentado para optar al Título de Especialista en Derecho Internacional Económico y de la Integración. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Autor.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). (1992). Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia. 1948-1991. Naciones Unidas. Nueva York, 1992. Disponible en: https://legal.un.org/icjsummaries/documents/spanish/st_leg_serfl.pdf

ORTEGA Velázquez, Elisa. (2016). Naturaleza jurídica de la protección diplomática a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional: ¿derecho del Estado o de la persona humana? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 3-45. México, D. F. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2016.16.520>

RHENALS Turriago, John Eric. (2018). Una mirada reflexiva a la Constitucionalización del Derecho Internacional en el contexto del Reconocimiento al derecho fundamental de la Nacionalidad. *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 12, nº 2, 96-123.

THE Mavrommatis Palestine Concessions, Greece v. United Kingdom. Judgment of August 30th, 1924, Permanent Court of International Justice, PCIJ Series A, No. 2.

SÁENZ de Santamaría. Paz Andrés. (1976). Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno. *Anuario español de derecho internacional* 3v, p.321-346.

Sobre a autora:

Maria Fatima Pinho De Oliveira

Doctora en Derecho Internacional Publico, Mencion Derechos Humanos (ULAC). Magister y Especialista en Derecho Penal (USM). Abogado (USM). Profesora Asociado del Departamento de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Simón Bolívar (USB)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7539-5620>

E-mail: mpinho@usb.ve

