

# LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL MARCO DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN\*

## *DIPLOMATIC PROTECTION IN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES*

MARÍA ANGÉLICA BURGOS-DE LA OSSA\*\*

NICOLÁS LOZADA-PIMIENTO\*\*\*

*Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2009*

*Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2009*

### PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE

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

---

\* Artículo de investigación producto de la línea Globalización y desarrollo del derecho internacional del grupo de investigación Centro de Estudios de Derecho Internacional y Derecho Global Francisco Suárez S.J.

El presente escrito refleja exclusivamente las opiniones de los autores y en manera alguna compromete ni refleja la del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia.

\*\* Abogada, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Especialista en Estudios Sociales, Políticos y Económicos, University of Notre Dame du Lac. Asesora de la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Colombia. Profesora del concurso Philip C. Jessup, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Contacto: mariaangelicaburgos@yahoo.com.

\*\*\* Abogado (Honores), Universidad Externado de Colombia. LLM en Derecho y Economía Global, New York University. LLM en Derecho Internacional y Comparado, National University of Singapore. Asesor de la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Colombia. Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia. Contacto: nicolas.lozada@nyu.edu.

## RESUMEN

El presente escrito propone que la protección diplomática juega un rol fundamental en la configuración de la responsabilidad internacional del Estado originada en controversias con inversionistas extranjeros. Luego de una introducción general sobre la relevancia práctica de la reflexión académica sobre la protección diplomática en el ámbito del Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras, el presente artículo estudia, en primer lugar (I), el marco jurídico general de la protección diplomática mediante un estudio del desarrollo de la protección diplomática en la jurisprudencia de diversas Cortes Internacionales (A) y las reglas que al efecto provee el Derecho Internacional Público (B). Sobre esa base, el artículo procede, en segundo lugar (II) a vislumbrar los retos jurídicos que conlleva la protección diplomática en un panorama en el cual el tema está regulado la mayoría de las veces por Acuerdos Internacionales de Inversión, AII. Para ello, por una parte, se estudian las soluciones previstas por los tratados de este tipo suscritos y en vigor para Colombia (A). Por la otra, se extraen las consecuencias prácticas de la regulación vía tratados internacionales de la protección diplomática frente a controversias internacionales de inversión (B). Se concluye con un breve comentario sobre la actitud que, con respecto a la protección diplomática, deben asumir los Estados Parte de un AII, cuando se presenta una controversia internacional de inversión.

**Palabras clave autor:** Protección diplomática, canales diplomáticos, controversias de inversión, acuerdos internacionales de inversión, TBI, agotamiento de recursos internos, responsabilidad internacional del Estado.

**Palabras clave descriptor:** Protección diplomática, derecho internacional público, inversiones extranjeras.

**ABSTRACT**

*This paper proposes that diplomatic protection currently plays a prominent role in the establishment of State Responsibility derived from disputes involving foreign investors. Following a general introduction on the practical relevance of scholarly works on diplomatic protection in the field of International Investment Law, this article studies, firstly (I), the legal framework of diplomatic protection in the case law of International Courts (A) and the rules provided to that effect by Public International Law (B). On that basis, the article, secondly (II), seeks to illustrate the legal challenges posed by diplomatic protection in a context where the subject is mostly regulated by International Investment Agreements. For that purpose, on the one hand, the solutions provided by the IIAs signed and ratified by Colombia are studied (A). On the other hand, practical consequences of such normative regulations are inferred upon in relation with international investment disputes (B). Finally the article presents conclusions on the topic through a brief remark on the attitude that, in relation to diplomatic protection, States should assume when an International investment dispute emerges.*

**Key words author:** *Diplomatic Protection, Diplomatic Channels, Investment Disputes, International Investment Agreements, BIT, Exhaustion of Local Remedies, State Responsibility.*

**Key words plus:** *Diplomatic Protection, Public International Law, Foreign Investments.*

**SUMARIO**

INTRODUCCIÓN.- I. DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN GENERAL.- A. Las decisiones de las cortes internacionales.- B. La protección diplomática en el marco del Derecho Internacional Público.- II. RETOS DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA FRENTE A LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN.- A. El caso de Colombia.- B. Consecuencias prácticas de la regulación de la protección diplomática mediante AII.- III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

Reza el adagio que “*nadie es profeta en su tierra*”. Pues bien, parece que la sabiduría popular también puede aplicarse al mundo globalizado. Los inversionistas extranjeros son comúnmente considerados los profetas o emisarios de la economía de mercado y del modelo económico liberal en los diversos países desarrollados. Ellos ingresan a tierras foráneas, con su esquema corporativo y sus prácticas empresariales, dispuestos a traer y extraer riqueza en medios que les son ajenos, dispuestos a lo que los economistas llaman *abrir mercados*.

Ciertamente, la apuesta del inversionista extranjero por un país conlleva considerables riesgos. Nuevas reglas de juego, un gobierno distinto, incluso una lengua y una cultura extrañas son apenas algunos de los numerosos retos que se presentan al inversionista. Después de todo, él no deja de ser *extranjero* y, como tal, puede ser objeto de xenofobia, discriminación y maltrato.

En Roma, por ejemplo, el extranjero (*alíus*) no era sujeto del derecho romano y, por esa razón, carecía de medios idóneos para enfrentarse en igualdad de condiciones a los ciudadanos romanos. Esta situación ha cambiado diametralmente: hoy el extranjero, en general, y el inversionista, en particular, cuentan con diversos mecanismos jurídicos de índole interna e internacional para defenderse frente a las violaciones de sus derechos en un país distinto al suyo. El primero de los mecanismos internacionales de protección al inversionista es la llamada *protección diplomática*, cuyos orígenes se remontan a la Edad Media.

En virtud de la primigenia figura de la protección diplomática, el Estado del cual provenía el inversionista cuyos derechos se veían entorpecidos en el extranjero, asumía como propia la reclamación del inversionista e invocaba la responsabilidad internacional del Estado receptor por las vías diplomáticas y judiciales (internas e internacionales) y, en algunos casos, recurría incluso las vías de hecho.<sup>1</sup> Como rasgo distintivo de este primer entendimiento de la

---

1 La protección diplomática por vías de hecho se conoce comúnmente como *diplomacia*

protección diplomática se destaca el hecho de que la reclamación adquiriría el carácter internacional y la disputa se trababa, no entre un Estado soberano y el inversionista (quien era el mero objeto de la discusión), sino entre dos Estados soberanos.

La clásica protección diplomática no necesariamente satisfacía los intereses de los inversionistas extranjeros. Por un lado, su ejercicio quedaba a entera discrecionalidad del Estado al cual pertenecía el inversionista y por el otro, la controversia adquiriría tintes políticos que no atendían en todas las ocasiones los intereses del inversionista extranjero.

Como reacción a esta carencia, los Estados empezaron a suscribir tratados internacionales enfocados en la protección de la inversión extranjera. Los nuevos Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), además de establecer estándares internacionales para la promoción y protección de las inversiones entre los Estados Parte, prevén la existencia de un mecanismo expedito para la solución de las controversias que se puedan presentar entre el inversionista de un Estado Parte y el Estado receptor de esa inversión. Por este medio, el inversionista extranjero –ya no el Estado– queda facultado para demandar al Estado receptor ante un tribunal internacional de arbitraje.

En la actualidad, el Derecho Internacional de la Inversión se nutre principalmente de la extensa red de Acuerdos Internacionales de Inversión, sean éstos Tratados Bilaterales de Inversión (TBI o BIT, según sus siglas inglesas) o Capítulos de Inversión en Tratados de Libre Comercio (TLC). Se calcula que a finales de 2008 estaban vigentes 2.676 TBI,<sup>2</sup> sin contar los cientos de TLC que tratan el tema de la inversión extranjera. La fuente

---

*de cañón*. Usada con cierta frecuencia durante los siglos XVIII y XIX, por medio de la protección diplomática, un Estado, normalmente una potencia como Francia o el Imperio Británico, se valía del uso de la fuerza o amenazaba con éste, para lograr sus propósitos frente a países más débiles. Se conoce como diplomacia *de cañón*, en razón de que las armas más poderosas con las que podía contar un Estado en esa época eran los buques cañoneros, que normalmente se apostaban en aguas territoriales del país en cuestión, dispuestos a atacar en caso de que las demandas de la potencia no fueran satisfechas.

2 United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD. *IIA Monitor No. 3 (2009)*. *Recent Developments in International Investment Agreements, IIA (2008-June 2009)*, 1 (United Nations, New York and Geneva, 2009).

principal de esta rama del derecho internacional está, pues, dada por los tratados internacionales sobre la materia. Arbitraje, que se estima más neutral y eficiente que la jurisdicción interna del Estado.<sup>3</sup>

Aquella normativización o *tratadización* del derecho de la inversión es, sin embargo, un fenómeno relativamente reciente. Hasta hace 50 años (con la firma del primer TBI entre Alemania y Pakistán el 25 de noviembre de 1959<sup>4</sup>), el tema de la protección de los nacionales de un país que residían o invertían en el exterior estaba eminentemente regulado por el Derecho Internacional consuetudinario encarnado en la figura de la protección diplomática.

Es, pues, atinado afirmar que la historia del Derecho Internacional de las Inversiones es la historia de la protección diplomática:<sup>5</sup> inicia de manera incipiente; luego alcanza un auge que permite incluso el uso de la fuerza y, por último, se estabiliza por medio de la creación de un complejo sistema de derecho internacional.

Pero el hecho de que hoy haya nuevos mecanismos de protección de las inversiones no quiere decir que la protección diplomática haya desaparecido o haya sido desplazada por ellos. Por el contrario, el arbitraje de inversión y la protección diplomática son concurrentes en el marco de los AII y su aplicación conjunta o separada genera no pocos problemas jurídicos de índole sustancial y procesal que requieren un estudio serio.

Ante la escasez de doctrina dedicada a abordar de manera sistemática la relación entre la protección diplomática y las controversias inversionista-Estado,<sup>6</sup> nos hemos propuesto dar

---

3 Christoph Schreuer, *The Coexistence of Local and International Law Remedies*, 2 *Transnational Dispute Management*, 4, 1-18, 6 (2005).

4 Jeswald W. Salacuse, *The Treatification of International Investment Law*, 13 *Law & Business Review of the Americas*, 155-166 (2007).

5 Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 17 (2<sup>nd</sup> ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004). Traducción libre: “Históricamente, esta área del derecho ha sido construida como parte del área de la protección diplomática de los ciudadanos fuera de su país de origen y de la responsabilidad del Estado por daños causados a los extranjeros”.

6 Problema que parece ser de vieja data, tal como anota J. Gillis Wetter, *Diplomatic Assistance to Private Investment*, 29 *The University of Chicago Law Review*, 2, 275-326, 275

algunas luces sobre la cuestión, desde la perspectiva de los AII suscritos y ratificados por Colombia; naturalmente, sin el ánimo de abarcar por completo una materia que de suyo es inacabada.

Con este objetivo, y haciendo énfasis en Latinoamérica y Colombia, hemos estimado conveniente primero dar claridad sobre el estado actual de la materia, desde la teoría del derecho internacional público (primera parte), para luego sí adentrarnos en el estudio de las consecuencias jurídicas que la protección diplomática puede tener en el marco de los AII (segunda parte).

## I. DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN GENERAL

### A. *Las decisiones de las cortes internacionales*

En razón del fortalecimiento de las relaciones económicas internacionales y de la expansión de los mercados de las grandes potencias que caracterizaron el siglo XX, la práctica internacional sobre protección diplomática de inversiones extranjeras se fue haciendo cada vez más reiterada y generalizada. Ello tuvo como consecuencia la aparición de un nuevo cuerpo de decisiones proferidas por cortes internacionales, que permitió dilucidar en alguna medida el difuso contenido y alcance de esta figura del Derecho Internacional Público.

Al efecto, en 1924, la Corte Permanente de Justicia sentó el primer referente jurisprudencial en la materia con el paradigmático *Caso Mavrommatis Palestine Concessions, Grecia vs. Reino Unido*.<sup>7</sup> En este caso, 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

---

(1962).

7 *The Mavrommatis Palestine Concessions, Greece v. United Kingdom*. Judgment of August 30<sup>th</sup>, 1924, Permanent Court of International Justice, PCIJ Series A, No. 2.

reconoció la protección diplomática como un legítimo derecho de los Estados.<sup>8</sup>

Más adelante, ya instituida la Corte Internacional de Justicia (CIJ), ésta resolvió el *Caso Interhandel*.<sup>9</sup> Los hechos eran los siguientes: 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.

Posteriormente, en 1970, la CIJ decidió el célebre *Caso Barcelona Traction*.<sup>10</sup> 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. 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

---

8 En decisión posterior, la Corte Permanente rechazó tener jurisdicción para decidir este asunto por no desprenderse la competencia de la Corte expresamente del Mandato conferido a Gran Bretaña para gobernar Palestina. *The Mavrommatis Palestine Concessions, Greece v. United Kingdom*. Judgment of October 10<sup>th</sup>, 1927, Permanent Court of International Justice, PCIJ Series A, No. 11.

9 *Interhandel Case, Switzerland v. United States of America*. Judgment of March 21<sup>st</sup>, 1959, International Court of Justice, ICJ Reports 1959, 6.

10 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgium v. Spain*. Judgment of February 5<sup>th</sup>, 1970. International Court of Justice, ICJ Reports 1970, 3.

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.

No obstante, esta regla pareció modificarse con la decisión proferida por la misma Corte en 1989 en el *Caso ELSI*.<sup>11</sup> 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 Sicula SpA*. La Corte, tras reconocer la legitimidad de la reclamación del Gobierno estadounidense en nombre de las compañías accionistas de ELSI (contrario a la jurisprudencia de *Barcelona Traction*), consideró que la parte reclamante no había podido probar fehacientemente la violación de las normas establecidas en el TACN.

Por último, contamos en la actualidad con un caso bajo estudio de la CIJ, en el que la protección diplomática se encuentra en cuestión: el *Caso Diallo*,<sup>12</sup> 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

11 *Elettronica Sicula SpA (ELSI)*, *United States of America v. Italy*. Judgment, International Court of Justice, ICJ Reports 1989, 15.

12 *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo. Republic of Guinea v. Democratic Republic of The Congo*. Judgment on Preliminary Objections. International Court of Justice, ICJ. May 27<sup>th</sup>, 2007. General List No. 103.

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*).

Observamos que si bien la jurisprudencia de la CIJ no es copiosa –lo que se puede explicar fácilmente en la suscripción y ratificación de los AII y sus mecanismos de solución de controversias–, los fallos proferidos por la Corte de La Haya marcan un valioso derrotero en la materia.

### *B. La protección diplomática en el Derecho Internacional Público*

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, que servirá de base para explicación que viene a continuación sobre el estado actual de la protección diplomática en el Derecho Internacional Público.<sup>13</sup>

Originalmente, se estimó que este concepto pertenecía al área del derecho de la responsabilidad internacional, pero con el paso de los años se consideró apropiado hacer un análisis específico al respecto. Así, en 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*”.<sup>14</sup>

---

13 La reconocida autoridad de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional –órgano encomendado por la ONU de la labor de promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación– nos ha llevado a adoptar, para los fines de este artículo, el concepto y los presupuestos procesales para la protección diplomática identificados en su borrador de texto. Entre otras razones, se destaca el hecho de que algunas de las convenciones internacionales más importantes –como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969– han sido producto del trabajo de la Comisión. Además, sus proyectos y estudios son punto de referencia recurrente en las decisiones de cortes internacionales y de laudos arbitrales sobre inversión. Ver Malcolm N. Shaw, *International Law*, 112-114 (5<sup>th</sup> ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2003).

14 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).

En su primer artículo, el proyecto define el concepto de protección diplomática como “*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*”.<sup>15</sup>

De este concepto se desprenden los tres primeros 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; y iii) hay presupuestos procesales para la presentación de una reclamación al amparo de la protección diplomática. A nuestro juicio hay un cuarto elemento: iv) la protección diplomática es un derecho discrecional que corresponde exclusivamente al Estado que la ejerce.

A continuación, se estudiará cada uno de estos elementos a la luz de los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional:

- i. La protección diplomática comprende actos de “*acción diplomática*” y “*otros mecanismos de solución pacífica*”

La Comisión distingue entre acción diplomática y otros mecanismos de solución pacífica, entendiéndolo por la primera todos aquellos procedimientos legales empleados por un Estado para informar a otro Estado sus opiniones y preocupaciones, como la protesta, el requerimiento de investigación o de negociaciones para la solución de controversias. Los mecanismos de solución pacífica se refieren a cualquier forma legal de solución de controversias, incluyendo la negociación, la mediación, los procesos judiciales y el arbitraje.<sup>16</sup>

15 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).

16 Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Proyecto de artículos sobre la protección diplomática con comentarios. II Yearbook of the International Law Commis-*

Es decir que, a juicio de la Comisión, no existe una enumeración taxativa de las formas por medio de las cuales el Estado puede ejercer su derecho a la protección diplomática. Por el contrario, hay un amplio rango de acción para el Estado que le permite seguir las controversias de sus nacionales con otros Estados.

ii. La protección diplomática implica la invocación de responsabilidad internacional del Estado

En desarrollo de su tarea de codificación, la Comisión desarrolla una orientación “*reparatoria*”, que apunta al ejercicio de la protección diplomática para obtener una reparación por un hecho ilícito internacional.<sup>17</sup>

La Comisión anota que esta concepción se deriva de las normas de Responsabilidad Internacional del Estado, bajo las cuales la invocación de la responsabilidad de un Estado se entiende como la adopción de medidas de carácter formal, como la presentación de una reclamación internacional, el inicio de un procedimiento ante una corte internacional, o incluso la adopción de medidas retaliatorias, por parte de un Estado que, según se haya convenido, tiene el derecho de hacerlo o que ha sido perjudicado.<sup>18</sup>

Entonces, de conformidad con los Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado de la Comisión, aquel que invoca la responsabilidad internacional de otro Estado, deberá presentar una notificación en la que solicite la cesación de la conducta constitutiva de la presunta violación y la reparación pretendida.<sup>19</sup>

---

*sion*, Párr. 8, Artículo 1 (2006, Part Two).

17 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. 9, Artículo 1 (2006, Part Two).

18 Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos internacionales*. II *Yearbook of the International Law Commission*, Artículo 42 (2001, Part Two).

19 Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos internacionales*. II *Yearbook of the International Law Commission*, Artículo 43 (2001, Part Two).

J. Gillis Wetter, por su parte, afirma que “*la diplomacia termina donde comienza el proceso judicial*”. Para este autor, la transición de gestiones diplomáticas y protección diplomática es sucesiva, de suerte que sólo se considerará que existe protección cuando se inicia un procedimiento judicial o se notifica una demanda.<sup>20</sup> Sin embargo, en nuestro concepto, la demanda o la notificación de intención no necesariamente marcan el inicio del ejercicio de la protección diplomática, toda vez que es perfectamente posible que haya invocación de la responsabilidad internacional del Estado en el marco de acercamientos diplomáticos previos.

De igual manera, precisamos que la protección diplomática no cubre “*diligencias y otra acción diplomática que no involucre la invocación de la responsabilidad legal de otro Estado, tales como requerimientos de acción correctiva*”.<sup>21</sup>

Es precisamente la invocación de la responsabilidad internacional del otro Estado el elemento distintivo de la protección diplomática, toda vez que sólo se considerarán formas de ejercitarla, aquellas acciones del Estado en las que medie una reclamación del cumplimiento de un deber a la luz del derecho internacional. Se reitera que lo fundamental no es el acto formal por medio del cual se ejercite el derecho del Estado, sino el contenido material de la gestión a la luz del derecho internacional.

- iii. Existen presupuestos procesales para la admisibilidad de una reclamación al amparo de la protección diplomática

En el *Caso Mavrommatis Palestine Concessions*, la Corte Permanente de Justicia Internacional anotó que existe, como principio elemental de derecho internacional, el derecho del Estado a la

---

20 J. Gillis Wetter, *Diplomatic Assistance to Private Investment*, 29 *The University of Chicago Law Review*, 2, 275-326, 275 (1962). Cit. 297 (traducción libre): “*La acción tomada por el Departamento de Estado y su personal en el extranjero será descrita como diplomática hasta el momento en que la disputa sea formalmente cristalizada en cuestiones legales sometidas a decisión o consideración judicial o cuasijudicial*”.

21 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. 8, Artículo 1 (2006, Part Two).

protección diplomática de sus súbditos “cuando éstos han sido perjudicados por actos contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado, del cual no han podido obtener satisfacción a través de los canales ordinarios”.<sup>22</sup>

Fieles a su enfoque en reglas secundarias y siguiendo los lineamientos de las normas de responsabilidad internacional, los Artículos sobre Protección Diplomática identifican dos condiciones de admisibilidad que deben ser acatadas en el contexto de una reclamación de esta índole: que el Estado reclamante sea el Estado de nacionalidad del individuo y que los recursos internos disponibles y efectivos se hayan agotado.

La determinación de nacionalidad es esencial al ejercicio de la protección diplomática, toda vez que este vínculo subjetivo es el fundamento de su derecho. A falta del vínculo de nacionalidad, se entiende que el Estado carece de interés legal.<sup>23</sup> Este vínculo se determina de manera diferente, dependiendo de si se refiere a personas naturales o a personas jurídicas.

Tratándose de personas naturales, la Comisión señala que la nacionalidad debe asignarse de acuerdo con las normas internas de cada Estado y anota, sin embargo, que dicha asignación no puede ir en contravía del derecho internacional.<sup>24</sup>

Por su parte, las personas jurídicas son nacionales del Estado en donde se hayan constituido como tales (lo que en inglés se conoce como *incorporation*); pero en caso de que carezcan de vínculos con el Estado de constitución, serán nacionales del Estado con el que tengan conexiones significativas, como el domicilio, el sitio de manejo y control financiero.<sup>25</sup>

---

22 *The Mavrommatis Palestine Concessions, Greece v. United Kingdom*. Judgment of August 30<sup>th</sup>, 1924, Permanent Court of International Justice, PCIJ Series A, No. 2. 12. (Traducción libre).

23 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 482 (5<sup>th</sup> ed. Clarendon Press, Oxford, 1998).

24 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 4 (2006, Part Two).

25 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 9 (2006, Part Two).

Adicionalmente, se exige que haya continuidad en la nacionalidad, es decir, que ésta se posea desde el día en que se sufra el daño hasta el día en el que se presente la reclamación. Esto pretende evitar que los individuos tiendan a la selección arbitraria de nacionalidad (*nationality shopping*) para beneficiarse de la protección diplomática de uno u otro país.<sup>26</sup>

El segundo requisito procedimental para la admisibilidad de una reclamación de protección diplomática, siguiendo la posición de la Corte Internacional de Justicia en el *Caso Interhandel*, consiste en la exigencia del derecho consuetudinario sobre el agotamiento de los recursos internos,<sup>27</sup> cuyo objeto es que el Estado que ha perjudicado al individuo tenga la oportunidad de repararlo por medio de su aparato interno, antes de ser llevado a un tribunal internacional.<sup>28</sup> Para ello, el Estado debe poner a disposición de los individuos recursos administrativos y judiciales que sean efectivos para resarcir el daño causado.

A modo de excepción, el Proyecto de artículos anota que no habrá necesidad de agotar los recursos internos en cinco circunstancias: i) cuando éstos no son efectivos; ii) en casos de demora injustificada atribuible al Estado; iii) cuando no existe un vínculo efectivo entre la víctima y el Estado presuntamente responsable; iv) cuando a la víctima se le impide agotarlos; y v) cuando el Estado presuntamente responsable ha renunciado a la aplicación de la regla. De allí que el segundo requisito de admisibilidad de las reclamaciones de protección diplomática apunte a que se demuestre que se agotaron los recursos internos, o bien que se presentó una de las circunstancias de exclusión de esta regla.

---

26 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. 1, Artículo 5 (2006, Part Two).

27 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 14 (2006, Part Two).

28 *Interhandel Case, Switzerland v. United States of America*. Judgment of March 21<sup>st</sup>, 1959, International Court of Justice, ICJ Reports 1959, 6.

iv. La protección diplomática es un derecho discrecional que corresponde exclusivamente al Estado que la ejerce

Es igualmente importante resaltar que la facultad de ejercitarla a favor de alguno de sus nacionales es un derecho del Estado<sup>29</sup> que se ejercita de manera discrecional. A la luz del derecho internacional, el Estado no está obligado a adoptar las reclamaciones de sus nacionales.<sup>30</sup> La protección diplomática se trata entonces, de un mecanismo rogado, mediante el cual el individuo debe persuadir a su Estado de auspiciar su reclamación contra otro Estado.<sup>31</sup>

Cada Estado evaluará la necesidad y la conveniencia de amparar las reclamaciones de sus inversionistas, a la luz de consideraciones políticas, militares y geopolíticas, sin que el inversionista posea el control de la reclamación.<sup>32</sup> Así lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia en el *Caso Barcelona Traction*, en el que determinó la existencia de una libertad de acción en

---

29 La Comisión de Derecho Internacional, siguiendo la interpretación de la CIJ en el *Caso Barcelona Traction*, es clara en señalar que el ejercicio de la protección diplomática es una prerrogativa discrecional del Estado. Sin perjuicio de las obligaciones internas existentes, el Estado no tiene obligación alguna de ejercer la protección diplomática, a la luz del derecho internacional. Sin embargo, la Comisión señala que el Estado deberá dar una consideración específica al ejercicio de la protección diplomática en circunstancias que lo ameriten en razón del daño sufrido por su nacional. Ver Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de artículos sobre la protección diplomática con comentarios*. II *Yearbook of the International Law Commission*, Artículo 2 (2006, Part Two).

30 Malcolm N. Shaw, *International Law*, 722 (5<sup>th</sup> ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2003).

31 Algunos Estados, como el Reino Unido, han emitido regulaciones sobre la manera en la que se deben asumir las reclamaciones de sus nacionales (*Reglas sobre la Adopción de Reclamaciones por parte del Gobierno de Su Majestad*, julio de 1983). El efecto de estas normas en derecho interno ha sido evaluado por cortes judiciales, afirmando que si bien el Estado tiene potestad para decidir si persigue o no el reclamo, los nacionales tienen la expectativa legítima de que su caso sea estudiado para determinar el curso de acción a seguir. Malcolm N. Shaw, *International Law*, 724 (5<sup>th</sup> ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2003).

32 Estos factores de decisión han sido la causa por la cual la protección diplomática no ha gozado de tanta popularidad en materia de protección a las inversiones, en especial en el caso de países receptores de capital. International Law Association, *Diplomatic Protection of Persons and Property*, *Final Report*, Par. 125. Toronto Conference, 2006. <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/14> (15 de septiembre de 2009).

Andrew Newcombe & Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, 3-5, 6 (1<sup>st</sup> ed. Kluwer Law International, Alphen, 2009).

*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Belgium v. Spain*. Judgment of February 5<sup>th</sup>, 1970. International Court of Justice, ICJ. Reports 1970. 3, 44.

favor del Estado reclamante para establecer la forma de ejercer la protección diplomática, su alcance e, incluso, su terminación.<sup>33</sup>

Por tanto, en nuestro entender, al recurrir a la protección diplomática, el Estado ejerce un derecho que le es propio y no del nacional al cual está amparando.

La aproximación tradicional a este problema parte de la regla establecida por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Caso Mavrommatis Palestine Concessions*, según la cual un daño causado a un individuo como consecuencia de la violación de una norma de derecho internacional equivale a un daño al Estado del cual es nacional.<sup>34</sup> Esta “*ficción*” está siendo actualmente revaluada puesto que la evolución del derecho internacional ha permitido conceder derechos a los individuos en normas consuetudinarias y convencionales, en particular en materia de acceso directo a mecanismos de solución de controversias de derechos humanos.<sup>35</sup> Estas consideraciones llevaron a la Comisión de Derecho Internacional a mantenerse neutral sobre la pregunta de quién es el titular del derecho invocado por medio de la protección diplomática.<sup>36</sup>

Sin embargo, estimamos que, al derivarse de la competencia exclusiva del Estado<sup>37</sup> en el campo internacional, el principio tradicional del caso de las concesiones palestinas no ha sido derogado. Nótese que los derechos que, producto de esta evolución,

33 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Belgium v. Spain*. Judgment of February 5<sup>th</sup>, 1970. International Court of Justice, ICJ. Reports 1970. 3, 79.

34 *The Mavrommatis Palestine Concessions, Greece v. United Kingdom*. Judgment of August 30<sup>th</sup>, 1924, Permanent Court of International Justice, PCIJ Series A, No. 2. 5 (traducción libre): “*Es un principio elemental de derecho internacional que el Estado está facultado para proteger a sus súbditos, cuando éstos han sufrido daños por hechos contrarios al derecho internacional cometidos por otros Estados, de los cuales no ha sido posible obtener satisfacción a través de los canales ordinarios. Al asumir el caso de uno de sus súbditos y al recurrir a la acción diplomática o a procesos judiciales internacionales en su representación, un Estado, en realidad, está haciendo valer sus propios derechos, el derecho a asegurar, en las personas de sus súbditos, el respeto por las reglas del derecho internacional*”.

35 International Law Association, *Diplomatic Protection of Persons and Property, Final Report*, Par. 125. Toronto Conference, 2006. <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/14> (15 de septiembre de 2009). Par. 15.

36 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. 3-5, Artículo 1 y Párr. 1, Artículo 2 (2006, Part Two).

37 José Eurípides Parra-Parra, *Sociedades extranjeras y negocios internacionales*, 74 (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005).

han sido conferidos a los individuos en el plano internacional son sustancialmente distintos a aquellos de los cuales es titular su Estado. Algunos tratados internacionales de derechos humanos, incluyendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, conceden *ius standi* a la persona para demandar a *su propio* Estado en el ámbito internacional. En cambio, en el caso específico de los acuerdos internacionales de inversión, los llamados estándares internacionales son derechos para los inversionistas cuya existencia no anula los derechos que tienen las Partes Contratantes, por ejemplo, en relación con el cumplimiento de buena fe de las obligaciones adquiridas en virtud del acuerdo.

En suma, en nuestra opinión, la invocación de la responsabilidad internacional bajo la égida de la protección diplomática es un derecho propio del Estado<sup>38</sup> que coexiste con los derechos específicos que el derecho internacional confiere al individuo lesionado.

## II. RETOS DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA FRENTE A LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

### A. El caso de Colombia

El análisis de la sección anterior muestra el panorama general de la protección diplomática en derecho internacional y la manera en la que ésta se ha desarrollado paralela a la protección de inversiones. Resta por ahondar la manera en la que ésta ha sido integrada y abordada por los AII suscritos y firmados por Colombia, para luego considerar las implicaciones que esta regulación vía tratado tendría en el escenario de que, habiendo una controversia de

---

38 José Eurípides Parra-Parra, *Sociedades extranjeras y negocios internacionales*, 81 (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005): “La protección diplomática es una institución del orden internacional, que permite brindar respaldo a la persona cuyos derechos han sido lesionados, empero, como puede establecerse de lo hasta aquí expuesto, la persona participa en muy mínima medida. Ella genera el proceso pidiendo la protección diplomática, pero después la capacidad procesal radica en el Estado, ejercitando un derecho propio y no en representación de la persona reclamante”.

inversión, el Estado de nacionalidad del inversionista decidiera amparar su reclamación.

Desde hace varios años, Colombia ha emprendido una estrategia agresiva y ambiciosa de negociación de AII con sus socios comerciales en el mundo. Como punto de partida para toda negociación, el Equipo Negociador de Inversión del Gobierno,<sup>39</sup> responsable de la conducción de las negociaciones del país, formuló un Acuerdo Modelo para las negociaciones (en adelante, “BIT Modelo”) que incluye las disposiciones sustanciales y procedimentales que Colombia propende por incluir en cada uno de sus acuerdos.<sup>40</sup>

En su artículo IX sobre Solución de Controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, el BIT Modelo contiene la siguiente disposición:

*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.*

No es posible establecer con precisión las fuentes que inspiraron la inclusión de esta cláusula en el modelo colombiano; sin embargo, se pueden identificar dos antecedentes que vale la pena mencionar: 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 Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados

39 Coordinado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo e integrado por la Cancillería, el Ministerio de Hacienda, el Departamento Nacional de Planeación y el Banco de la República. Departamento Nacional de Planeación, DNP, Documento CONPES 3135. *Lineamientos de políticas para las negociaciones internacionales de acuerdos de inversión extranjera*. 9 de octubre de 2001.

40 Hay que anotar que este modelo es revisado periódicamente para dar cabida a los nuevos desarrollos en las negociaciones de AII. El BIT Modelo de Colombia al cual se refiere este artículo es la versión más reciente, actualizada a finales del año 2008.

(Convenio CIADI o Convención de Washington, que se apoya en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, CIADI o International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID, organismo del Banco Mundial), del cual Colombia es parte desde agosto de 1997.

En 1967, la OECD aprobó el *Proyecto de convenio para la protección de propiedad extranjera*, que pese a no haber sido avalado como una convención multilateral, 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 AII.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup> En otras palabras, según el modelo OECD, el Estado puede desplazar al inversionista en el ejercicio de la acción en contra del Estado infractor del AII, 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 implica 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 dife-

---

41 Andrew Newcombe & Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, 3-5, 30 (1<sup>st</sup> ed., Kluwer Law International, Alphen, 2009).

42 El artículo 7 se refiere a controversias, englobando en una sola disposición la solución de controversias entre las Partes Contratantes y las controversias inversionista-Estado. El modelo OECD señala que el nacional de una parte que ha sido perjudicado por el actuar de un Estado puede presentar una reclamación ante un Tribunal Arbitral o una corte internacional, siempre que el Estado demandado haya aceptado la jurisdicción de ese tribunal y que el Estado del individuo haya decidido que no activará el mecanismo de solución de diferencias entre Estados, o habiéndolo decidido no inicia el procedimiento en un lapso de seis meses. Adicionalmente, es indispensable observar la regla de agotamiento de recursos internos. OECD, *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, Text with Notes and Comments, 37 (OECD, 1967).

rencias que sus nacionales y otro Estado hayan sometido o consentido en someter a arbitraje de conformidad con el Convenio.<sup>43</sup> La anterior es, entonces, una prohibición expresa, fundada en la renuncia del Estado al ejercicio de la protección diplomática,<sup>44</sup> que puede entenderse implícita a todo AII, aun cuando una disposición del tratado no la contemple expresamente.<sup>45</sup>

El modelo colombiano es bastante similar al Convenio CIA-DI, lo que permitiría considerar que la inclusión de la cláusula de protección diplomática apunta a alinearlo 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.

Esta similitud se extiende al numeral 2 del artículo 27 del Convenio CIADI que diferencia la protección diplomática de las “*gestiones diplomáticas que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia*”,<sup>46</sup> en concordancia con la noción de protección diplomática acotada en la sección anterior. De modo que, aun si las Partes Contratantes de un AII renuncian expresamente a ejercer su derecho a la protección diplomática para

43 *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*, Artículo 27, 18 de marzo de 1965.

Javier Díez-Hochleitner, Protección diplomática v. arbitraje de inversiones. En *El derecho internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor-Ridruero*, 38-40 (Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2005). Díez-Hochleitner anota que el artículo 27 del Convenio CIADI no excluye las situaciones en que, ante la inacción del inversionista, el Estado decide ejercer protección diplomática por su propio derecho. En este sentido, una interpretación literal de esa norma no impediría que el Estado del inversionista ejerciera la protección diplomática con independencia del inversionista. Olvida este autor que, por su propio carácter de prerrogativa, la protección diplomática es *per se* rogada o solicitada por el inversionista y no opera *motu proprio*.

José Eurípides Parra-Parra, *Sociedades extranjeras y negocios internacionales*, 74 (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005).

44 *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias entre Estados y Nacionales de otros Estados*, ICSID, Doc. 2. Para. 33.

45 Javier Díez-Hochleitner, Protección diplomática v. arbitraje de inversiones. En *El derecho internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor-Ridruero*, 37 (Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2005).

46 *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*, Artículo 27.2, 18 de marzo de 1965.

invocar la responsabilidad internacional del Estado receptor de la inversión, pueden prestar asistencia a sus nacionales, seguir la controversia e, incluso, facilitar su resolución mediante acciones informales que no impliquen la invocación de responsabilidad internacional.

A septiembre de 2009, Colombia cuenta con cuatro AII en vigor, ocho suscritos y ocho en negociación. En cuanto a los acuerdos firmados y en vigencia, hay seis Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones –APPRI– y seis Capítulos de Inversión en acuerdos de Libre Comercio. La Tabla Anexo 1 recopila las disposiciones en materia de protección diplomática que han sido incluidas en estos doce AII.

Se observa que la cláusula por medio de la cual los Estados renuncian al ejercicio de la protección diplomática no está plasmada en todos estos acuerdos. En efecto, sólo se consignó en el capítulo de inversión del TLC con el Triángulo del Norte de Centroamérica y en cuatro TBI (España, Suiza, Perú y Bélgica-Luxemburgo). Sin embargo, en los casos en que está incluida, la disposición preserva la estructura del Acuerdo Modelo.

Salta a la vista el caso del primer TBI con Perú, firmado en 1994 y que será reemplazado por el acuerdo de nueva generación firmado por estos dos países en 2007. Allí se consagra una renuncia al ejercicio de la protección diplomática, cuando se trata de controversias que han sido sometidas al CIADI en las que se encuentra que el Centro carece de jurisdicción y en los casos de inobservancia de un laudo arbitral. Lo anterior se explica porque en el TBI con Perú tan sólo se permite al inversionista recurrir al arbitraje internacional vía CIADI.

El panorama colombiano es entonces uno en el que varios de sus AII contemplan la renuncia expresa al ejercicio de la protección diplomática, para dar paso a la reclamación directa del inversionista. Queda entonces por resolverse la inquietud sobre las implicaciones procesales y prácticas de esta renuncia expresa en el procedimiento de solución de controversias inversionista-Estado.

## *B. Consecuencias prácticas de la regulación mediante de la protección diplomática*

### i. La delgada línea (entre el bien y el mal)

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 (ver Tabla Anexo 1) son claros en prohibir el uso paralelo de la protección diplomática y el arbitraje internacional inversionista-Estado. En el numeral 5° del aparte dedicado a la “*nacionalidad de las reclamaciones*”, se lee: “*Cuando el acceso directo a procedimientos internacionales no esté disponible para el individuo, la protección diplomática deberá ser ejercida de manera residual. La disponibilidad de dichos procedimientos excluye la protección diplomática, excepto para el cumplimiento de decisiones o por la violación paralela del debido proceso por parte del Estado receptor*”.<sup>47</sup>

En efecto, 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 (por ejemplo, no pagar a tiempo la condena en perjuicios ordenada por un laudo CIADI), o violaciones al debido proceso del mismo (por ejemplo, la denegación no motivada e ilegal de las pretensiones, cuando el inversionista ha recurrido a los tribunales internos), 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.

En este escenario, el primer escollo práctico al que se enfrentarán el Gobierno receptor y los reclamantes involucrados en una

---

<sup>47</sup> International Law Association, *Diplomatic Protection of Persons and Property, Final Report*, Par. 125. Toronto Conference, 2006. <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/14> (15 de septiembre de 2009) (traducción libre).

controversia de inversión es definir hasta dónde puede llegar la intervención o asistencia de parte de la misión diplomática del Estado al que pertenece el inversionista.

¿Se considera protección diplomática una llamada del Embajador del país extranjero a los negociadores de Gobierno para solicitar información respecto de los avances de un proceso de arreglo amistoso? ¿Qué pasa si se trata de una nota diplomática para expresar su consternación ante el tratamiento recibido por el inversionista? ¿Y qué sucede si se llama a consultas al Embajador del país del inversionista con ocasión de una controversia de inversión? En pocas palabras, ¿cómo trazar la línea divisoria entre la protección diplomática y la asistencia de la que son titulares, por regla general, los inversionistas extranjeros?

Arriba (núm. I.B) se ha explicado que la protección diplomática siempre implica la invocación de responsabilidad internacional por parte del Estado que la ejerce. De esta manera, naturalmente debe considerarse como protección diplomática toda actuación del Estado reclamante en la que abiertamente se afirme la responsabilidad internacional del Estado receptor. En este orden, una nota diplomática o comunicación oficial para respaldar la reclamación de un inversionista, la participación directa de la Embajada o del Consulado en un procedimiento de arreglo amistoso (que en principio debería ser exclusivo entre Estado e inversionistas) y, evidentemente, una demanda internacional ante una corte o tribunal internacional en contra del Estado receptor, son actos que indican con claridad la postura y parcialidad del Estado reclamante frente a los hechos que fundamentan la reclamación.

Siguiendo la misma lógica, pueden excluirse de entrada el silencio o indiferencia del Estado del que el inversionista es nacional, así como todos aquellos actos que están encaminados únicamente a obtener información sobre una controversia dada, sin entrar a realizar juicios de valor o cuestionar el accionar del Estado receptor frente a los hechos que la generan. De conformidad con los lineamientos dados por la Comisión de Derecho Internacional, los acercamientos diplomáticos de carácter in-

formal, en los que se critique la conducta del Estado o se haga un llamado al cumplimiento de la obligación en cuestión no equivalen a la invocación de responsabilidad.<sup>48</sup>

Por último, ¿qué sucede en aquellos casos en los que hay intervención sin que se tome partido abiertamente por la postura del inversionista? Nos referimos aquí a actuaciones ambiguas, por ejemplo, una llamada de atención pública respecto de una controversia en la que no se califica jurídicamente el comportamiento del Estado receptor; o un comunicado de prensa en el que, en general, se insta al mejoramiento del tratamiento de inversionistas de cierto sector, sin referirse a casos específicos, pero con alusiones indirectas a ellos; o las amenazas públicas de cortar relaciones diplomáticas o comerciales con el país receptor de no arreglarse la situación respecto de ciertos inversionistas. Estamos, en efecto, ante una zona gris difícil de dilucidar y corresponderá al intérprete (árbitro, para los AII) determinar, caso por caso, si la actuación puede entenderse o no como un evento de protección diplomática.

En conclusión, 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 nos encontramos ante 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.

---

48 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, Artículo 42 (2006, Part Two).

## ii. Las consecuencias de la protección en el proceso de arbitraje de inversión: algunos ejemplos

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. ¿Se debe suspender el procedimiento del inversionista? ¿Opera el principio de selección definitiva de foro?

En seguida, revisaremos dos controversias en las que se analizó este problema. Se debe anotar que la jurisprudencia arbitral que ha tocado este asunto es escasa, lo que hace pensar que el tema aún no ha sido del todo decantado.

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.<sup>49</sup>

---

49 *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/98/7). Award of the Tribunal of September 1<sup>st</sup>, 2000 (excerpts). Par. 15.

De otra opinión es Javier Díez-Hochleitner, quien cita el caso *Auconven v. Venezuela* en que el Tribunal afirmó que “*aun cuando las intervenciones de México constituyesen intervenciones diplomáticas prohibidas conforme al artículo 27 del Convenio CIADI, ello no tendría efecto alguno en la competencia de este tribunal (...) la declinación de la competencia no es un recurso disponible en el contexto del artículo 27*”. Javier Díez-Hochleitner, Protección diplomática v. arbitraje de inversiones. En *El derecho internacional: normas, hechos y*

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.<sup>50</sup> 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.<sup>51</sup>

Si bien esta obligación está consagrada para los Estados, el Tribunal admite que los inversionistas también son sujetos de obligaciones en este respecto. En este sentido, se sigue 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.<sup>52</sup>

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.*

---

*valores. Liber amicorum José Antonio Pastor-Ridruejo*, 39 (Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2005).

- 50 *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/98/7). Award of the Tribunal of September 1<sup>st</sup>, 2000 (excerpts). Par. 16.
- 51 *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/98/7). Award of the Tribunal of September 1<sup>st</sup>, 2000 (excerpts). Par. 18.
- 52 Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo de 1965. “Artículo 26: *Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio*”.

*Cualquier mecanismo que combine protección diplomática con arbitraje CIADI está descartado. Este principio está rigurosamente impuesto por la lógica propia del sistema (...).*<sup>53</sup>

La aproximación del Tribunal permite establecer que dentro del sistema CIADI no hay cabida para la coexistencia con la protección diplomática. Lastimosamente, 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*, estaríamos ante un 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'e's vs. Ucrania*,<sup>54</sup> 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 Tokel'e's* sostuvo que, si bien el artículo 27 del Convenio

---

53 *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/98/7). Award of the Tribunal of September 1, 2000 (excerpts). Par. 21 (traducción libre).

54 *Tokios Tokel'e's v. Ukraine, Lithuania v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18) Order 3, January 18<sup>th</sup>, 2005.

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.

No obstante lo anterior, 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.<sup>55</sup> Lo que genera dudas es que, al adoptar el análisis de Schreuer, en definitiva se está afirmando que se genera una falla al consentimiento del Estado para el arbitraje, que como acertadamente señala el Informe de Directores Ejecutivos es “*la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro*”.<sup>56</sup>

Así, en principio 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*, a la luz de las circunstancias del caso y de los demás requisitos de jurisdicción.

---

55 *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/98/7). Award of the Tribunal of September 1<sup>st</sup>, 2000 (excerpts). Par.18.

56 *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias entre Estados y Nacionales de otros Estados*, ICSID, Doc. 2. Par. 23.

## CONCLUSIÓN

De todo lo dicho antes, se infiere fácilmente que, ante la existencia de un AII, la normal dinámica de la protección diplomática en el derecho internacional público general se rompe y entra a ser reemplazada por una dinámica propia, dictada por la preceptiva del acuerdo mismo.

¿Cuál debe ser, entonces, la actitud de los Estados signatarios de un AII involucrados en una controversia de inversión, de cara a la protección diplomática? Aunque la respuesta a esta pregunta ameritaría por sí sola otro artículo, creemos, a partir de lo dicho a lo largo de este escrito, que, en general, de parte y parte, la actitud ha de ser de suma prudencia.

En concreto, para el Estado cuya nacionalidad ostenta el inversionista reclamante, la prudencia se traduce en que si ya hay una reclamación entablada (es decir, si el inversionista ya ha notificado la controversia al Gobierno del Estado receptor y, con ello, ha iniciado la etapa de arreglo amistoso), el Estado exportador de capital debe abstenerse de conceder protección diplomática, así ésta sea solicitada expresamente por su nacional.

Como se explicó, hacerlo implicaría, de entrada, una vulneración al AII y a la costumbre internacional, y podría comprometer la responsabilidad del Estado que ejercería la protección. Así, sin perjuicio de que el Estado pueda dar seguimiento y mantenerse informado acerca de la controversia, jamás podrá tomar acciones que impliquen la invocación directa o indirecta de responsabilidad internacional del Estado receptor. Actuar de otra manera pondría en peligro los derechos de su inversionista, tal como sucedió en el *Caso Banro vs. Congo*.

De la misma manera, el inversionista debe ser prudente en no pedir protección diplomática al Estado de su nacionalidad. Hacerlo podría comprometer el éxito de sus pretensiones, tal como sucedió en el *Caso Tokios Tokele's*.

En cuanto al Estado receptor, la prudencia consiste en no involucrar al Estado al cual pertenece el inversionista, que es su verdadera y única contraparte procesal. Es apenas obvio que

el Estado receptor no puede dar pie para que el otro Estado se inmiscuya indebidamente en una controversia que, en principio, tan sólo concierne a él mismo y al inversionista afectado. No creemos, pues, apropiado que el Estado receptor cite a reuniones o justifique su actuar frente al Estado del inversionista.

Ahora bien, si es el Estado del inversionista el que empieza a desplegar comportamientos que podrían interpretarse como protección diplomática, corresponde al Estado receptor esforzarse por evitarlos. En este sentido, el Estado receptor está en todo su derecho de indicar respetuosamente al otro Estado que su intervención puede implicar una violación del tratado internacional. Una actitud meramente pasiva por parte del Estado receptor, bien podría considerarse como una aquiescencia tácita de la intervención (y consecuente violación del AII) e, incluso, como convalidación del indebido accionar del otro Estado, en aplicación del principio de *estoppel* (expresión sajona para el *venire contra factum proprium non potest*), ampliamente reconocido por el Derecho Internacional Público.

Por último, si pese a las advertencias del Estado receptor, el Estado del inversionista continúa ejerciendo la protección diplomática, en nuestra opinión, el receptor estaría legitimado para alegar la indebida utilización de la protección diplomática, como argumento de defensa frente a una demanda arbitral de inversión. Adicionalmente y considerando que en definitiva el Estado que recurre a la protección diplomática está incumpliendo los términos del AII, podría trabar una disputa según las normas previstas en el mecanismo de solución de diferencias entre Estados del acuerdo.

En este sentido, podría presentar una objeción a la jurisdicción del Tribunal Internacional de Arbitraje de Inversión, consistente en que la protección diplomática ejercida por el otro Estado iría en contra del objeto y fin del AII, de suerte que el consentimiento dado para la celebración de un arbitraje directamente con el inversionista flaquearía. A falta de un consentimiento íntegro de una de las partes en controversia, bajo las reglas del CIADI, la reclamación se tornaría inadmisibile.

En fin, creemos que se pudo demostrar que, contrario a lo que una interpretación *a priori* podría sugerir, la protección diplomática está lejos de haber desaparecido del plano del Derecho Internacional de las Inversiones. El debate apenas comienza.

## TABLA ANEXO 1

### *Disposiciones sobre protección diplomática en los Acuerdos Internacionales de Inversión de la República de Colombia*<sup>57</sup>

BIT MODELO		
ACUERDO	ESTADO	DISPOSICIÓN
<b>BIT Modelo</b>	Actualizado a diciembre de 2008.	<b>Artículo IX. Solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante</b> (9) 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.
CAPÍTULOS DE INVERSIÓN EN ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO		
ACUERDO	ESTADO	DISPOSICIÓN
Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Chile	Firmado: 7 de noviembre de 2006 Entrada en vigor: 8 de mayo de 2009	El capítulo de inversión no contiene una disposición en este sentido.
Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres entre Colombia y México	Firmado: 13 de junio de 1994 Entrada en vigor: 1 de enero de 1995	El capítulo de inversión no contiene una disposición en este sentido.
Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Canadá	Firmado: 21 de noviembre de 2008 Entrada en vigor: --	El capítulo de inversión no contiene una disposición en este sentido.

<sup>57</sup> Fuente: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Información actualizada a septiembre de 2009.

Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los países del Triángulo Norte de Centroamérica (Guatemala, Honduras y El Salvador)	Firmado: 9 de agosto de 2007 Entrada en vigor: --	<b>Artículo 12.23. Realización del arbitraje</b> (1) Las partes se abstendrán de tratar por medio de canales diplomáticos, asuntos relacionados con controversias entre una parte y un inversionista de la otra parte, sometidas a procesos judiciales o a arbitraje internacional de conformidad a lo dispuesto en esta sección, salvo en el caso en que una de las partes contendientes 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.
Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos de América	Firmado: 22 de noviembre de 2006 Entrada en vigor: --	El capítulo de inversión no contiene una disposición en este sentido.
Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio, AELC <sup>58</sup>	Firmado: 25 de noviembre de 2008 Entrada en vigor:--	El capítulo de inversión no contiene disposiciones para la solución de controversias entre inversionistas de una parte contratante y la otra parte contratante.
<b>ACUERDOS PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES</b>		
<b>ACUERDO</b>	<b>ESTADO</b>	<b>DISPOSICIÓN</b>
APPRI entre Colombia y Perú	Firmado: 26 de abril de 1994 Entrada en vigor: 21 de marzo de 2004	<b>Artículo 12. Arreglo de controversias entre una parte contratante y un nacional o empresa de la otra parte contratante.</b> (7) Ninguna parte contratante buscará resolver por vía diplomática una controversia remitida al Centro, a menos que: (a) El Secretario General del Centro, o una comisión de conciliación o un tribunal de arbitraje constituido por el mismo, decida que la diferencia no se encuentra dentro de la jurisdicción del Centro, (b) La otra parte contratante incumpla un laudo dictado por un Tribunal de Arbitraje.

58 Suiza, Islandia, Liechtenstein, Austria, Finlandia, Noruega y Suecia.

APPRI entre Colombia y el Reino de España	Firmado: 31 de marzo de 2005 Entrada en vigor: 22 de septiembre de 2007	Artículo X. 12. 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 a 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.
APPRI entre Colombia y Perú (nueva generación)	Firmado: 11 de diciembre de 2007 Entrada en vigor: --	No contiene una disposición en este sentido.
APPRI entre Colombia y Suiza	Firmado: 17 de mayo de 2006 Entrada en vigor: --	<b>Artículo 11. Resolución de disputas entre una parte y un inversionista de la otra parte</b> (7) Ninguna de las partes podrá promover por los canales diplomáticos una disputa remitida al arbitraje internacional, a menos que la otra parte no se atenga a la sentencia arbitral ni la cumpla.
APPRI entre Colombia y China	Firmado: 22 de noviembre de 2008 Entrada en vigor: --	No contiene una disposición en este sentido.
APPRI Colombia y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa	Firmado: 4 de febrero de 2009 Entrada en vigor: --	<b>Artículo XII. Solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante.</b> (11) 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 a lo dispuesto en este artículo, a menos que una de las partes en la controversia no haya dado cumplimiento a la sentencia judicial o al laudo arbitral en los términos establecidos en la respectiva sentencia o laudo arbitral.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law* (5<sup>th</sup> ed., Clarendon Press, Oxford, 1998).
- Newcombe, Andrew & Paradell, Lluís, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, 3-5 (1<sup>st</sup> ed., Kluwer Law International, Alphen, 2009).
- Parra-Parra, José Eurípides, *Sociedades extranjeras y negocios internacionales* (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005).
- Shaw, Malcolm N., *International Law* (5<sup>th</sup> ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2003).
- Sornarajah, Muthucumaraswamy, *The International Law on Foreign Investment* (2<sup>nd</sup> ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004).

### CONTRIBUCIONES EN OBRAS COLECTIVAS

- Díez-Hochleitner, Javier, Protección diplomática v. arbitraje de inversiones. En *El derecho internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor-Ridruejo* (Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2005).

### REVISTAS

- Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos internacionales. II Yearbook of the International Law Commission* (2001, 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* (2006, Part Two).
- Salacuse, Jeswald W., *The Treatification of International Investment Law*, 13 *Law and Business Review of the Americas*, 155-166 (2007).
- Schreuer, Christoph, *The Coexistence of Local and International Law Remedies*, 2 *Transnational Dispute Management*, 4, 1-18 (2005).
- Wetter, J. Gillis, *Diplomatic Assistance to Private Investment*, 29 *The University of Chicago Law Review*, 2, 275-326 (1962).

### NORMATIVA INTERNACIONAL

- Reglas sobre la Adopción de Reclamaciones por parte del Gobierno de Su Majestad, julio de 1983.

### TRATADOS INTERNACIONALES

- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Artículo 27.2. Celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965.

## INFORMES INTERNACIONALES

*Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias entre Estados y Nacionales de otros Estados*, International Centre for the Settlement of Investment Disputes, ICSID, Doc. 2.

International Law Association, *Diplomatic Protection of Persons and Property, Final Report*, Toronto Conference, 2006. <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/14> (15 de septiembre de 2009).

Organisation for Economic Cooperation and Development, OECD, *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*. Text with Notes and Comments (OECD, 1967).

United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD. *IIA Monitor No. 3 (2009). Recent Developments in International Investment Agreements, IIA (2008-June 2009)* (United Nations, New York and Geneva, 2009).

## OTRA NORMATIVIDAD COLOMBIANA

Departamento Nacional de Planeación, DNP, Documento CONPES 3135. *Lineamientos de políticas para las negociaciones internacionales de acuerdos de inversión extranjera*. 9 de octubre de 2001.

## CASOS

*Ahmadou Sadio Diallo. Republic of Guinea v. Democratic Republic of The Congo*. Judgment on Preliminary Objections. International Court of Justice, ICJ. May 27<sup>th</sup>, 2007. General List No. 103.

*Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/98/7). Award of the Tribunal of September 1<sup>st</sup>, 2000 (excerpts).

*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Belgium v. Spain*. Judgment of February 5<sup>th</sup>, 1970. International Court of Justice, ICJ. Reports 1970.

*Elettronica Sicula SpA (ELSI), United States of America v. Italy*. Judgment, International Court of Justice, ICJ Reports 1989, 15.

*Interhandel Case, Switzerland v. United States of America*. Judgment, March 21<sup>th</sup> 1959, International Court of Justice, ICJ Reports 1959.

*The Mavrommatis Palestine Concessions, Greece v. United Kingdom*. Judgment of August 30<sup>th</sup>, 1924, Permanent Court of International Justice, PCIJ Series A, No. 2.

*The Mavrommatis Palestine Concessions, Greece v. United Kingdom*. Judgment of October 10<sup>th</sup>, 1927, Permanent Court of International Justice, PCIJ Series A, No. 11.

*Tokios Tokele's v. Ukraine, Lithuania v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18). Order 3, January 18<sup>th</sup>, 2005.