

# *Arbitraje de inversión y el riesgo de alternativas no-institucionales: el posible retorno de la protección diplomática e incentivos para la corrupción*

Manuel Casas †

## **I. Introducción**

La actitud de América Latina hacia el arbitraje de inversión ha sido históricamente ambivalente, a lo sumo.<sup>1</sup> La serie de demandas arbitrales contra Estados Latinoamericanos ha resultado en que el arbitraje de inversión sea visto en algunos casos como un mecanismo de injerencia extranjera, sesgado a favor de los inversionistas, que busca limitar la capacidad del Estado de regular y de implementar políticas públicas.<sup>2</sup>

---

\* Doctorando, Yale Law School; Asociado senior, WilmerHale. Correo electrónico: [manuel.casas@yale.edu](mailto:manuel.casas@yale.edu).

<sup>1</sup> Carlos Arellano García, *Evolución de la cláusula Calvo y la zona prohibida en el Derecho constitucional mexicano y en el Derecho internacional*, en LA REVOLUCIÓN MEXICANA A 100 AÑOS DE SU INICIO. PENSAMIENTO SOCIAL Y JURÍDICO, 35 y ss. (Ruperto Patiño, ed. 2010); Luis Varela Quiros, *La protección diplomática y la nacionalidad de las personas*, 1 REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL, 42 y ss. (2014).

<sup>2</sup> 7 Katia Fach Gomez, *Latin America and ICSID: David versus Goliath?* 17 LAW AND BUSINESS REVIEW OF THE AMERICAS, 195 (2011); Ignacio A. Vincentelli, *The Uncertain Future of ICSID in Latin America*, 16 LAW & BUS. REV. AM. 409 (2010); Leon E Trakman, *The ICSID Under Siege*, 45 CORNELL INTERNATIONAL

---

Esta concepción del arbitraje de inversión condujo a que Ecuador, Bolivia y Venezuela denunciaran el Convenio CIADI<sup>3</sup> y que los Estados miembros de la UNASUR propusieran un mecanismo alternativo para resolver controversias de inversión.<sup>4</sup>

Esta postura crítica se ha expandido en los últimos años. Por ejemplo, varios de los Estados miembros de la Unión Europea han tenido un cambio de actitud significativo respecto al arbitraje de inversión.<sup>5</sup> Aunque tales Estados originalmente promovieron el arbitraje de inversión, estos ahora son escépticos: la Comisión Europea ahora promueve la creación de una corte dedicada a resolver disputas de inversión en sustitución del sistema actual de arbitraje de inversión.<sup>6</sup>

Las propuestas para reformar significativamente (o eliminar) el arbitraje de inversión nunca han tenido tanto soporte como ahora.<sup>7</sup> Sin

---

LAW JOURNAL (2013); Las estadísticas del CIADI están disponibles en: ICSID Secretariat, 'ICSID Caseload – the Statistics', <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/resources/pages/icsid-caseload-statistics.aspx>.

<sup>3</sup> Bolivia denunció el Convenio CIADI el 2 de mayo de 2007; Ecuador el 6 de julio de 2009; y Venezuela el 24 de enero de 2012.

<sup>4</sup> Javier Echaide, *Inversiones y solución de controversias: el proyecto dentro de la Unasur y propuestas alternativas* 12 ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, 369, 369 y ss. (2017); 9 Silvia Karina Fiezzoni, *The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration* 2(3) BEIJING LAW REVIEW, 134 (2011); Euyelit Adriana Moreno-Paredes, *El Arbitraje de Inversiones en América del Sur: Propuesta de Creación de un Centro Alternativo de Arbitraje Dentro de la Estructura Internacional de la Unión de Naciones Suramericanas*, 42(1) THE UNIVERSITY OF MIAMI INTER-AMERICAN LAW REVIEW, 175, 175-185 (2010).

<sup>5</sup> Por ejemplo, en su alocución inaugural en la sesión plenaria del Parlamento Europeo, el presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, mencionó que la Unión Europea no debería estar a favor de establecer jurisdicciones “paralelas y secretas”, haciendo referencia a los mecanismos de arbitraje de inversión contenidos en propuestas de tratados de libre comercio en los que la Unión Europea se encontraba inmersa. Ver, *Un nuevo comienzo para Europa: Alocución inaugural en la sesión plenaria del Parlamento Europeo*, 15 de julio de 2014, disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release SPEECH-14-567 es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-567_es.htm).

<sup>6</sup> Submission of the European Union and its Member States to UNCITRAL Working Group III, *Establishing a standing mechanism for the settlement of international investment disputes*, 18 de enero de 2019, disponibles en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc\\_157631.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157631.pdf).

<sup>7</sup> Por ejemplo, en el contexto de la discusión del Acuerdo transpacífico de cooperación económica, ver Elizabeth Warren, *The Washington Post*, *The Trans-Pacific Partnership Clause Everyone Should Oppose*, 25 February 2015; Joseph Stiglitz, Judith Resnik, Laurence Tribe *et al.*, *Open letter to Congressional Leaders*, *The Washington Post*, 30 April 2015; International Institute for Sustainable Development, *Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the evidence* (2017), disponible en: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/assessing-impacts-investment-treaties.pdf>; y, en un nivel más teórico, Armin von Bogdandy and Ingo Venzke, IN WHOSE

embargo, un aspecto frecuentemente ignorado en ese debate son las posibles alternativas no-institucionales que podrían surgir si mecanismos institucionales (como el arbitraje de inversión) no estuviesen disponibles.<sup>8</sup> Este artículo analiza una de esas opciones: un retorno a la protección diplomática —y los riesgos que ello implica—.

Este artículo parte de una premisa fundamental: quienes invierten cantidades substanciales de dinero en el extranjero tienden a buscar proteger su inversión, de una forma, u otra. Esto es posible a través de mecanismos institucionales, como estructurar la personalidad jurídica de la inversión de forma que ésta se encuentre cubierta por un Tratado Bilateral de Inversión que permita al inversionista recurrir al arbitraje de inversión en caso de que surja alguna controversia con el Estado.<sup>9</sup> Otra opción institucional sería acudir ante una corte o tribunal permanente de inversión, en caso de que ésta exista.<sup>10</sup>

Asimismo, un inversionista podría recurrir a tribunales domésticos. Sin embargo, esta alternativa no suele ser popular. Existe el riesgo —o percepción— de que los tribunales domésticos carezcan de suficiente

NAME? A PUBLIC LAW THEORY OF INTERNATIONAL ADJUDICATION (Oxford: Oxford University Press: 2014); Gus Van Harten, *INVESTMENT TREATY: ARBITRATION AND PUBLIC LAW* (2007).

<sup>8</sup> Aunque hay quienes expresan dudas sobre el impacto que tiene el arbitraje de inversión en la despoliticización de las disputas de inversión. Geoffrey Gertz et al. *Legalization, diplomacy, and development: Do investment treaties de-politicize investment disputes?* 107 *WORLD DEVELOPMENT*, 239 y ss. (2018); Jonnathan Bonnitcha, Lauge S. Poulsen y Michael Waibel, *THE POLITICAL ECONOMY OF THE INVESTMENT TREATY REGIME* (2017), en particular los capítulos 7 y 8.

<sup>9</sup> En general, ver *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 204 (June 10, 2010); *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, 251–52 (Sept. 22, 2014). 207. *Yukos Universal Ltd. (Isle of Man) v. Russia*, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 411 (Nov. 30, 2009) (“[t]he Tribunal agrees . . . that in order to qualify as a protected Investor under Article 1(7) of the ECT, a company is merely required to be organized under the laws of a Contracting Party.”); Manuel Casas, *Nationalities of Convenience, Personal Jurisdiction, and Access to Investor-State Dispute Settlement*, 49 *N.Y.U. Journal of International Law and Politics* (2016); Filippo Fontanelli, *JURISDICTION AND ADMISSIBILITY IN INVESTMENT ARBITRATION: THE PRACTICE AND THE THEORY*, at 81-82 (2018).

<sup>10</sup> Este parece ser el modelo adoptado en recientes tratados multilaterales de la Unión Europea, ver *Comprehensive Economic Trade Agreement between Canada, of the One Part, and the European Union and Its Member States, of the Other Part*, art. 8.27, Sept. 14, 2016 (que provisionalmente entró en efecto el 21 de septiembre de 2017); *CETA Explained*, EUROPEAN COMMISSION. ([http://ec.europa.eu/trade/policy/infocus/ceta/ceta-explained/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/infocus/ceta/ceta-explained/index_en.htm)) última actualización 21 de septiembre de 2017); European Commission Staff Working Document, *Impact Assessment Multilateral reform of investment dispute resolution*, COM (2017) 493; en contra, ver Charles Brower y Jawad Ahmad, *From the Two-Headed Nightingale to the Fifteen Headed Hydra: The Many Follies of the Proposed International Investment Court* 41(4) *FORDAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL*, 792 y ss. (2018).

autonomía e independencia para decidir casos de tanta envergadura en contra del gobierno y a favor de un inversionista extranjero; o que incluso en casos donde los tribunales domésticos tengan suficiente autonomía, estos tengan ciertos sesgos a favor del gobierno.<sup>11</sup> Tanto Estados en vías de desarrollo como desarrollados han generalmente concluido que es conveniente establecer mecanismos internacionales para la solución de controversias relativas a inversión extranjera, por ejemplo, las propuestas presentadas tanto por la UNASUR como por la Unión Europea.<sup>12</sup>

Este tipo de alternativas institucionales, aun cuando no desprovistas de riesgos, no implican riesgos *tan* elevados como los que surgirían de ser eliminados por completo los mecanismos institucionales de protección de inversiones.

Otra posibilidad es recurrir a la protección diplomática. Ésta ha sido utilizada con frecuencia en (o, mejor dicho, *contra*) América Latina. En su concepción decimonónica y de comienzos del S. XX la protección diplomática consideraba como legalmente válidas medidas coercitivas, incluyendo el uso de la fuerza. Así, potencias europeas recurrieron a la protección diplomática para justificar acciones bélicas como los bloqueos a los puertos de Buenos Aires en 1838, Santo Domingo en 1904 y el bloqueo general a Venezuela en 1902.<sup>13</sup> Este tipo de protección diplomática era conocida como *diplomacia de cañón*.<sup>14</sup>

Es poco probable (y mucho menos deseable) que, ante la ausencia del arbitraje de inversión, haya un retorno a esta forma de protección diplomática. De hecho, es difícil concebir que en la actualidad el derecho

---

<sup>11</sup> Christoph Schreuer, *Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law*, en CONTEMPORARY ISSUES IN INTERNATIONAL ARBITRATION AND MEDIATION: THE FORDHAM PAPERS 2010 (2011), pp. 71-72.

<sup>12</sup> Ver, *supra*, nota 6 y la propuesta *Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de la Unión de Naciones Suramericanas*.

<sup>13</sup> Nancy Mitchell, *Height of the German Challenge: The Venezuela Blockade, 1902-3*, 20(2) *Diplomatic History*, 185, 185 y ss. (1996).

<sup>14</sup> Ver O. Thomas Johnson y Jonathan Gimblett, *From gunboats to BITs: The evolution of modern international investment law*, en YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW & POLICY 2010-2011 (Karl Sauvant, ed. 2012); María Angélica Burgos-De la Ossa y Nicolás Lozada-Pimiento, *La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión*, 15 REVISTA COLOMBIANA DE DERECHO INTERNACIONAL, 243 y ss. (2009).

internacional autorice que un Estado recurra al uso de la fuerza para proteger las inversiones extranjeras de sus ciudadanos.<sup>15</sup>

No obstante, existen versiones más sutiles del ejercicio de la protección diplomática, que se expresan a través de negociaciones, o distintas formas de diplomacia económica o financiera, y que podrían volverse más comunes.<sup>16</sup> Piénsese en la presión que, bajo esa rúbrica, puede ejercer un Estado con influencia económica sobre otro. Aquel podría, por ejemplo, cortar pagos de cooperación internacional que había prometido, bloquear financiamiento provisto por instituciones multilaterales, frenar negociaciones referentes a tratados comerciales, entre otras. Aunque esta versión de la protección diplomática no es tan nociva como la diplomacia de cañón, tampoco es una alternativa positiva, pues la protección diplomática implica la posibilidad de convertir un conflicto entre un Estado y un particular en un conflicto inter-Estatal.<sup>17</sup>

Ante una falta de mecanismos institucionales, como el arbitraje de inversión, y tribunales domésticos deficientes, por lo menos en algunos Estados, la protección diplomática tiene el potencial de ser una alternativa plausible –o, en algunos casos, la *única* alternativa– para un inversionista. El planteamiento central de este artículo es que tal resurgimiento de la protección diplomática puede incentivar prácticas corruptas.

Vista desde la economía política, si la protección diplomática es considerada como un servicio, ésta sería un servicio sin substitutos, provisto discrecionalmente por un solo proveedor: el Estado. Es decir, el Estado ejerce un monopolio discrecional sobre la protección diplomática –y la existencia de un monopolio discrecional es, por definición, una de las situaciones típicas en las que el riesgo de corrupción aumenta–.

---

<sup>15</sup> Kristopher Natoli, *Weaponizing Nationality: An Analysis of Russia's Passport Policy in Georgia*, 28 B.U. INT'L L.J. 389 (2010).

<sup>16</sup> Nicholas Bayne, *Financial Diplomacy And The Credit Crunch: The Rise Of Central Banks*, 62 JOURNAL OF INTERNATIONAL AFFAIRS, 1, 1-16 (2008).

<sup>17</sup> Por ejemplo, se rumora que la diplomacia mexicana jugó un rol fundamental para asegurar que Venezuela indemnizara a los propietarios de Cemex, una empresa cementera mexicana, por la expropiación de sus activos en Venezuela, ver México pide a Venezuela continúe negociación con Cemex, *El Informador* MX, (disponible en: <http://www.informador.com.mx/mexico/2008/32790/6/mexico-pide-a-venezuela-continue-negociacion-con-cemex-conforme-a-marco-legal.htm>, visitado el 4 de octubre de 2016).

Si bien la corrupción en el ámbito de la inversión extranjera ha sido objeto de varios estudios recientes,<sup>18</sup> la mayoría de estos se enfocan en el efecto que tiene la corrupción o, mejor dicho, el descubrimiento de prácticas corruptas, en un arbitraje de inversión, generalmente cuando una de las partes la invoca como defensa.<sup>19</sup> Este enfoque omite aquellos casos de corrupción que *no* son resueltos a través de procesos arbitrales y judiciales sino a través de negociaciones.

Cuando hay intervención del cuerpo diplomático del Estado de la inversionista, tales negociaciones pueden ser consideradas como protección diplomática. Dependiendo de la envergadura y naturaleza de la inversión, representantes diplomáticos podrían incluso mencionar que su Estado considera el caso como materia de interés nacional. Por ejemplo, ante la posible expropiación de Repsol-YPF por parte del gobierno de Argentina, el entonces ministro de asuntos exteriores de España afirmó qué: “cualquier agresión contra Repsol... será considerada como una agresión contra el Gobierno español, que tomará las medidas que considere oportunas”.<sup>20</sup>

Las palabras de una funcionaria diplomática —particularmente de una que represente un Estado con influencia geopolítica— suelen tener más peso en una negociación que las de un inversionista. Tales negociaciones ocurren, claro está, a puerta cerrada. Esta opacidad, combinada con la posición del Estado como monopolista discrecional, es ideal tanto para el funcionario corrupto que pretende solicitar pagos para ejercer protección diplomática, como para el inversionista inclinado a pagarlos (o a ofrecer dichos pagos en primer lugar).

Para el inversionista, la protección diplomática es quizá la única alternativa ante un trato injusto por parte del Estado receptor de la

---

<sup>18</sup> Para una perspectiva económica, ver Shang-Jin Wei, *Local Corruption and Global Capital Flows* 31(2) BROOKINGS PAPERS ON ECONOMIC ACTIVITY, 303 (2000); Matthias Busse and Carsten Hefeker, *Political Risk, Institutions and Foreign Direct Investment* 23(2) EUROPEAN JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 397 (2007), at 398. Shang Jin-Wey, *How Taxing is Corruption on International Investors* 82 REVIEW OF ECONOMICS AND STATISTICS 1, 8-9 (1997). Para una perspectiva jurídica, ver; Aloysius P. Llamzon, *CORRUPTION IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION*, (2014), particularmente la parte I.

<sup>19</sup> *World Duty Free v. The Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Laudo, 31 Agosto 2006 en 179 y *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Laudo, 4 Octubre 2013, en 129, 372-374. También hay comentario académico sobre las implicaciones legales de las alegaciones de corrupción, ver John R. Crook, *Remedies for Corruption* 9(3) WORLD ARBITRATION & MEDIATION REVIEW 302, 304 (2015).

<sup>20</sup> Miguel González, *El País*, El Gobierno busca el apoyo de sus aliados en su respuesta a Argentina, 13 de Abril 2012 (disponible en: [https://elpais.com/politica/2012/04/13/actualidad/1334322700\\_585872.html](https://elpais.com/politica/2012/04/13/actualidad/1334322700_585872.html)).

inversión. Ante la ausencia de mecanismos institucionales como el arbitraje de inversión, y con tribunales locales que pueden carecer de la independencia necesaria para decidir, con apego a derecho, una demanda de un inversionista extranjero contra el Estado, la protección diplomática puede ser vista como un último recurso.

La protección diplomática ha perdido relevancia.<sup>21</sup> Esto se debe, en buena medida, al desarrollo de mecanismos institucionales de protección de derechos humanos e inversiones que permiten al individuo iniciar directamente procedimientos judiciales o arbitrales contra el Estado que presuntamente ha menoscabado sus derechos.<sup>22</sup> Pero esto no quiere decir que la protección diplomática haya desaparecido por completo o que sea obsoleta. Así como ésta perdió relevancia con el desarrollo de mecanismos institucionales (como el arbitraje de inversión o los tribunales internacionales de derechos humanos), la puede retomar en caso de que estos mecanismos institucionales desaparezcan.

Este artículo tiene tres partes. La primera parte analiza la estructura legal de la protección diplomática, con un enfoque en los métodos utilizados para ejercer la misma, en especial aquellos relevantes para la protección de inversiones extranjeras. Esta sección tiene un enfoque en particular en el ejercicio de protección diplomática a través de la intervención en negociaciones de funcionarios del cuerpo diplomático del Estado del inversionista.

La segunda parte estudia la economía política de la protección diplomática, con un enfoque en dos de sus características principales. La primera característica es que, debido a las reglas de legitimación activa aplicables a la protección diplomática, ésta se configura como un monopolio estatal. La segunda característica es que, debido a su carácter discrecional, la protección diplomática se configura como un monopolio discrecional y cómo la combinación de ambas características puede incentivar prácticas corruptas.

La tercera y última parte considera dos de las posibles alternativas para evitar o minimizar tales riesgos. La primera alternativa es asegurar que cualquier tipo de reforma al sistema actual de arbitraje de inversión

---

<sup>21</sup> Chittharanjan Felix Amerasinghe, *DIPLOMATIC PROTECTION*, (2008), en particular los capítulos 8, 16 y 17; No obstante, hay un caso reciente de protección diplomática ante la Corte Internacional de Justicia, ver: *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo*, (Guinea v. Dem. Rep. Cong.) Preliminary Objections, 2007 I.C.J. (Mayo 24).

<sup>22</sup> Ver el artículo 27 del Convenio CIADI y el artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

conceda legitimación activa a los particulares, de manera que se eviten situaciones en las que el Estado actúe como un monopolista discrecional. La segunda alternativa se basa en soluciones de derecho interno, principalmente procurar el control judicial sobre decisiones relativas al otorgamiento de protección diplomática (que en varios sistemas jurídicos aún son consideradas como no-justiciables).

## **II. Estructura legal de la protección diplomática y métodos de su ejercicio**

La protección diplomática puede ser ejercida de varias formas. Sin embargo, cuando se piensa en protección diplomática, sólo se suelen mencionar dos métodos: el uso de la fuerza y los mecanismos judiciales o arbitrales de solución de controversias.<sup>23</sup> Este segundo mecanismo, aunque hoy en día es considerado como una institución autónoma, era originalmente considerado como una subcategoría de la protección diplomática.

Pero la protección diplomática va más allá de la imagen —ominosa, sin duda— de un buque de guerra de una potencia aproximándose a las costas de un Estado menos poderoso o de la imagen —menos ominosa, sin duda— de una demanda ante un tribunal internacional. Una de las formas principales de ejercer protección diplomática, quizá la más vigente y relevante hoy, pero también la menos visible, es a través de la intervención del cuerpo diplomático del Estado de nacionalidad del inversionista en negociaciones con oficiales del Estado receptor de la inversión. De hecho, en su tratado sobre protección diplomática, Borchard señala que “puede justamente decirse que la mayoría de las reclamaciones pecuniarias que surgen de perjuicios a particulares son resueltas a través de negociaciones diplomáticas”.<sup>24</sup>

Un estudio reciente sobre el rol de la intervención diplomática en este tipo de negociaciones señala que: “Más allá de servir como mediadores, el personal diplomático también puede presionar al Estado receptor para que transe la diferencia de inversión al vincular las reclamaciones del inversionista con la relación diplomática, expandiendo lo que está en juego en una disputa particular. Esto puede implicar explícitamente vincular la resolución de una disputa específica a objetivos políticos

---

<sup>23</sup> Por ejemplo, el comentario de la CDEI distingue entre la negociación, la mediación y la remisión a procedimientos arbitrales o judiciales.

<sup>24</sup> Edwin M. Borchard, *THE DIPLOMATIC PROTECTION OF CITIZENS ABROAD* (1925), 439-440.



deseados por el Estado receptor, como obtener ayuda internacional o beneficios comerciales”.<sup>25</sup>

Este tipo de intervención en negociaciones debe ser considerado como protección diplomática. Un sector de la doctrina propone una concepción restringida de la protección diplomática, bajo la cual acciones informales -como negociaciones- no serían consideradas como un ejercicio de protección diplomática.<sup>26</sup> Actualmente esa posición no tiene respaldo en el derecho internacional. Tampoco tiene sentido histórico: tradicionalmente las negociaciones han sido consideradas como una de las principales formas de ejercer la protección diplomática.<sup>27</sup>

La mayoría de la doctrina adopta esta posición. Puissechet, por ejemplo, afirma que la práctica francesa en materia de protección diplomática incluye “*bons offices officieux*” o los *buenos oficios de oficio*, un método que incluye solicitar la intervención de la máxima autoridad de una misión diplomática para proteger los derechos e intereses de un nacional de ese Estado.<sup>28</sup> Condorelli asume una postura similarmente amplia. Éste considera que la protección diplomática no debe estar limitada por el canal o el método utilizado para perseguir la resolución, a nivel internacional, de una disputa, sino por el objetivo perseguido.<sup>29</sup>

Sobre todo, el proyecto de Artículos sobre protección diplomática elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, los “Artículos sobre protección diplomática”), que representan el esfuerzo

<sup>25</sup> Geoffrey Gertz, *Commercial Diplomacy and Political Risk*, 106 GLOBAL ECONOMY & DEVELOPMENT WORKING PAPER, 5 (2017) (disponible en: <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2017/08/gertz-working-paper.pdf>, visitado el 12 de agosto de 2018).

<sup>26</sup> Esta distinción suele basarse en el concepto de *acción diplomática*, que la Corte Permanente de Justicia Internacional desarrolló en casos como *Panevezys-Saldutiskis Railway*, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 76, p. 16 y también en la distinción entre protección diplomática y asistencia consular. Ver también: Colin Warbrick y Dominic McGoldrick, *Diplomatic Representations and Diplomatic Protection*, 51(3) INT’L & COMP. L. Q. (2002), pp. 723 y ss. y Annemarieke Künzli, *Exercising Diplomatic Protection: The Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance*, 66 ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT (2006).

<sup>27</sup> Borchard, 439.

<sup>28</sup> J.-P. Puissechet, *La Pratique Française de la Protection Diplomatique*, en LA PROTECTION DIPLOMATIQUE, MUTATIONS CONTEMPORAINES ET PRATIQUES INTERNATIONALES (J.-F. Flauss, ed. 2003), 117-8. La versión original dice: «le département demande aux chefs de poste concernés des interventions, au niveau le plus haut si nécessaire».

<sup>29</sup> Luigi. Condorelli, *L’Évolution du Champ d’Application de la Protection Diplomatique* en La Protection Diplomatique, Mutations Contemporaines et Pratiques Internationales (J.-F. Flauss, ed. 2003) 3, afirmando que: «quel que soit le “canal” exploité, quelle soit la méthode de règlement des différends choisie pour le traitement au niveau international de la réclamation en question, on est bien toujours dans le champ de la protection diplomatique».

más reciente de codificar el tema, también asumen una concepción amplia de la protección diplomática. En efecto, el primer artículo define la protección diplomática y afirma que ésta puede ser ejercida a través de “la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica”.<sup>30</sup> En los comentarios a dicho artículo, el relator especial, John Dugard, explica lo siguiente: “La “acción diplomática” comprende todos los procedimientos lícitos empleados por un Estado para informar a otro Estado de sus opiniones y preocupaciones, incluidas la protesta, la solicitud de una investigación y las negociaciones orientadas a la solución de controversias”.<sup>31</sup>

Así, bajo la definición de la CDI, las negociaciones son consideradas como parte de la protección diplomática. Así, la conducta de una embajadora negociando con el Estado receptor de la inversión para proteger la inversión de uno de sus nacionales puede ser considerada como un ejercicio de la protección diplomática. Este tipo de negociaciones por lo general no requieren correspondencia formal para iniciar.<sup>32</sup> Y esta informalidad tiene su razón de ser: en algunos casos la existencia de correspondencia diplomática oficial puede ser contraproducente, sobre todo cuando las negociaciones buscan ser amigables.

Otro tema controversial es la distinción entre la protección consular y la diplomática. De nuevo, la solución que presentan los Artículos sobre la protección diplomática es convincente. Los Artículos se basan en un elemento clave para distinguir la protección diplomática de la consular: el tipo de daño invocado. En el caso de la protección consular, aunque el

---

<sup>30</sup> International Law Commission, *Draft Articles on Diplomatic Protection, with Commentaries*, Doc. A/61/10, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, part 2 (2006), Draft Article 1 and commentary thereto at p. 24 and 27 (en adelante, los “Artículos sobre protección diplomática”).

<sup>31</sup> Artículos sobre protección diplomática, comentario 8, p. 30.

<sup>32</sup> El artículo 43 de los Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos establece la obligación del Estado que sufrió el daño de notificar al Estado que causó el daño. Sin embargo, los Artículos establecen que esta notificación no tiene que ser por escrito. Doc. A/56/10, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II., Part 2 (2001), 119-120. La Corte Internacional de Justicia también ha aceptado esto, *ver Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment of 1 April 2011, afirmando que: ‘the concept of “negotiations” differs from the concept of “dispute”, and requires —at the very least— a genuine attempt by one of the disputing parties to engage in discussions with the other disputing party, with a view to resolving the dispute.’ at p. 132, 157. *Ver también*: William P. Lane ‘Keeping Good Faith in Diplomacy: Negotiations and Jurisdiction in the ICJ’s Application of the CERD’ 35 Boston College International & Comparative Law Review 33 (2012), at 42-44.

Estado actúa en representación de su nacional, aquel no se considera el destinatario o receptor del acto internacionalmente ilícito;<sup>33</sup> mientras que, en el caso de la protección diplomática, sí.

Sin embargo, bajo la definición amplia de la protección diplomática, una conversación informal entre un funcionario diplomático y un funcionario del Estado que presuntamente incurrió en una conducta internacionalmente ilícita podría fácilmente considerarse tanto como protección diplomática o como protección consular. La distinción es confusa, sobre todo cuando las discusiones son informales y cuando, como suele ocurrir en este tipo de intercambios, el lenguaje utilizado es intencionalmente ambiguo.

Para los fines de este artículo, consideraremos que esta negociación informal constituye un ejercicio de protección diplomática. El hecho de que una integrante del cuerpo diplomático, generalmente de alto nivel, inicie las negociaciones ya es, en sí, un indicador de que ese Estado tiene un interés en la disputa. Esto queda aún más claro cuando en las negociaciones se vinculan elementos de la relación bilateral entre ambos Estados (por ejemplo, intercambios comerciales) con la solución de la disputa. La ausencia de una invocación formal de responsabilidad no implica que tal negociación no sea un ejercicio de protección diplomática. De hecho, aunque este tipo de protección diplomática tiende a ser ignorada en estudios académicos (quizá porque es casi imposible de documentar), es posible que sea la más prevalente.<sup>34</sup>

### III. La economía política de la protección diplomática

Esta sección analiza la economía política de algunos aspectos clave de la protección diplomática; en particular, aquellos que pueden incentivar prácticas corruptas. Un análisis económico completo de la protección diplomática excede los objetivos de este artículo. Por tal razón se omitirán análisis generales de eficiencia o de costo beneficio.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Artículos sobre protección diplomática, comentario 8, p. 30.

<sup>34</sup> Geoffrey Gertz, *Commercial Diplomacy and Political Risk*, 106 *Global Economy & Development Working Paper*, 5 (2017) (disponible en: <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2017/08/gertz-working-paper.pdf>, visitado el 12 de Agosto de 2018); Geoffrey Gertz et al. *Legalization, diplomacy, and development: Do investment treaties de-politicize investment disputes?*, 107 *World Development*, 239 y ss. (2018).

<sup>35</sup> Richard Posner, *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law* 53 UNIVERSITY OF CHICAGO, JOHN M. OLIN LAW & ECONOMICS WORKING PAPER (disponible en: [http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values\\_0.pdf](http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf), visitado el 14 de septiembre de 2016); Lewis Kornhauser, *The Economic Analysis of Law*, en STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY,

### A. Legitimación activa y protección diplomática: un monopolio del Estado

Sólo el Estado puede ejercer protección diplomática. Un individuo, actuando por su cuenta, carece de capacidad para ejercerla. Este es el resultado de una ficción jurídica —generalmente conocida como la ficción vatteliana, por su creador, Emer de Vattel<sup>36</sup>— o como la fórmula *Mavrommatis*, por la decisión epónima de la Corte Permanente de Justicia Internacional.<sup>37</sup> Esta ficción plantea que el Estado que ejerce protección diplomática invoca *sus* derechos, partiendo de la premisa que el perjuicio contra uno de sus nacionales es considerado como un perjuicio contra el Estado en sí. En efecto, la Corte Permanente en *Mavrommatis* sostuvo que: “al asumir el caso de uno de sus nacionales... un Estado está, en realidad, reclamando sus propios derechos, el derecho de procurar, en la persona de sus nacionales, el respeto a las reglas del derecho internacional”.<sup>38</sup>

La utilidad de esa ficción en la actualidad es debatible.<sup>39</sup> A comienzos del Siglo XX, sin embargo, el derecho internacional negaba cualquier atisbo de personalidad jurídica al individuo.<sup>40</sup> Bajo este paradigma, cualquier reclamación internacional que involucrase un perjuicio causado a un individuo tenía que ser canalizada por el Estado. Fue en este contexto que la Corte Permanente decidió el caso *Mavrommatis*. Esto tenía repercusiones procesales: los tribunales internacionales sólo concedían legitimación activa a Estados.<sup>41</sup> La *única* forma de acceder a un

---

(disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis>, visitado el 25 de octubre de 2018).

<sup>36</sup> Vattel afirmó que “quien maltrate a un ciudadano indirectamente maltrata al Estado, que debe proteger a sus ciudadano” Emer de Vattel, *The Law of Nations* (CG Fenwick, trad.), 136 (1916) (traducción libre).

<sup>37</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions* (Greece v. U.K.), 1924 P.C.I.J. (ser. A) No. 2, at 16 (Aug. 30).

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> Para una crítica elocuente de la ficción vatteliana, ver Annemarieke Vermeer-Kunzli, *As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection*, 18(1) EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 37 (2007).

<sup>40</sup> Para un estudio completo del tema, ver J.E. Nijman, *THE CONCEPT OF INTERNATIONAL LEGAL PERSONALITY, AN INQUIRY INTO THE HISTORY AND THEORY OF INTERNATIONAL LAW* (2004); y también Andrew Clapham, *The Role of the Individual in International Law*, 21(1) EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 25, 26-28 (2010); y Kate Parlett, *THE INDIVIDUAL IN THE INTERNATIONAL LEGAL SYSTEM. CONTINUITY AND CHANGE IN INTERNATIONAL LAW* (2010).

<sup>41</sup> Por ejemplo, el artículo 31 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional afirma que; ‘Only States or Members of the League of Nations can be parties in cases before the Court’ y el

tribunal internacional era a través del Estado. No había otra manera en la que un individuo podía ver su caso llegar a una instancia internacional.<sup>42</sup>

Este paradigma se ha debilitado debido al desarrollo de los regímenes internacionales de protección de derechos humanos y de protección de inversiones.<sup>43</sup> Hoy la situación es diferente. Varias cortes y tribunales arbitrales internacionales conceden legitimación activa a individuos.<sup>44</sup> A nivel teórico, el desarrollo de sistemas internacionales de protección de derechos humanos ha contribuido a enfatizar la importancia del individuo en casos de protección diplomática.<sup>45</sup> Sin embargo, la regulación de la personalidad jurídica en el derecho internacional no ha cambiado mucho. Los Artículos sobre protección diplomática, a pesar de haber buscado el desarrollo progresivo de la misma, mantienen un enfoque centrado en el Estado. Esto se evidencia de la definición de protección diplomática, que implica la “invocación **por un Estado...** de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a... un nacional del primer Estado”.<sup>46</sup> Independientemente del estatus del individuo en la protección diplomática, e independientemente de si el Estado está reclamando directamente la violación de sus derechos o, vicariamente, la violación de los derechos de sus nacionales, el punto relevante es que la protección diplomática sigue siendo una potestad exclusiva del Estado y que sólo éste puede ejercer.

En términos económicos esto quiere decir que la protección diplomática es un servicio con un prestador único: el Estado. De hecho, salvo los casos de personas con múltiple nacionalidad,<sup>47</sup> la mayoría de las personas sólo pueden solicitar al Estado de su nacionalidad que ejerza protección diplomática en su nombre. Por ende, para esas personas un Estado controla *toda* la oferta de protección diplomática.

---

artículo 34(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, reza ‘Only states may be parties in cases before the Court’.

<sup>42</sup> Este principio se puede ver aplicado en los casos de *Mavrommatis, Nottebohm (Liech. v. Guat.)*, 2nd Phase Judgment, 1955 I.C.J. Rep. 4 (Apr. 6), o *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, 2007 I.C.J. Rep.

<sup>43</sup> Amerasinghe, *supra*, en particular el capítulo 8.

<sup>44</sup> Ver los artículos 34 y 44 de las convenciones Europeas e Inter-Americanas, respectivamente.

<sup>45</sup> Ver John Dugard, *Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission* 25 AUSTRALIAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 75 (2005).

<sup>46</sup> Artículos sobre protección diplomática, artículo 1.

<sup>47</sup> Peter J. Spiro, *A New International Law of Citizenship*, 105 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 694 (2011).

Por otro lado, el inversionista que se ve obligado a recurrir a la protección diplomática lo hace porque no suele tener otras alternativas, ya sea internacionales, como el arbitraje de inversión, o domésticas, como tribunales locales imparciales e independientes. En estos casos la inversionista extranjera que es perjudicada por la conducta antijurídica del Estado receptor de la inversión puede encontrarse en una posición en la que la única alternativa viable para reivindicar sus derechos y proteger su inversión sea a través de la protección diplomática. En ese caso, se puede decir que en términos económicos la protección diplomática es un servicio sin sustitutos.<sup>48</sup>

El objetivo de este Artículo no es determinar el costo económico y social de la existencia de un monopolio estatal sobre el ejercicio de la protección diplomática.<sup>49</sup> De hecho, dada la naturaleza de la protección diplomática y su inevitable incidencia en las relaciones interestatales, ésta es un ejemplo paradigmático de un servicio que debe ser monopolizado por el Estado. Y, aunque en algunos casos esto pueda ser perjudicial para el individuo cuyos derechos fueron menoscabados, hay situaciones en las que habrá consideraciones de índole política que afectarán la decisión sobre ejercer protección diplomática o no.<sup>50</sup>

El Estado podría, por ejemplo, estar finalizando negociaciones relativas a un tratado de libre comercio con el Estado que presuntamente incurrió en la conducta internacionalmente ilícita contra uno de sus nacionales. En ese caso, el Estado cuyo nacional fue afectado podría legítimamente decidir no ejercer protección diplomática en defensa de su nacional.

Este ejemplo asume que la decisión de ejercer protección diplomática o no sólo es afectada por motivos de interés público. Puede que éste no siempre sea el caso. Es posible que, en lugar de consideraciones legítimas, un funcionario con posibilidad de influenciar la decisión sobre el ejercicio de protección diplomática informe al inversionista que éste debe realizar pagos ilícitos para que el Estado ejerza protección diplomática.

Pasando de nuevo a términos de economía política, esto quiere decir que en ese escenario la demanda para protección diplomática será

---

<sup>48</sup> Artículos sobre protección diplomática, artículo 1, y, a modo de recomendación, artículo 19.

<sup>49</sup> Este punto ya ha sido tratado extensamente. Ver Richard A. Posner, *The Social Cost of Monopoly* 83(4) THE JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 807, 815-822 (1975).

<sup>50</sup> El interés superior del Estado ha sido utilizado frecuentemente como una razón válida para evitar ejercer la protección diplomática. Por ejemplo, ver la decisión del Tribunal Constitucional Alemán en el caso Rudolf Hess, (Bundesverfassungsgericht), en 90 INTERNATIONAL LAW REPORTS 387.

inelástica. El inversionista, a fin de cuentas, no tiene otras opciones. El precio del soborno solicitado, aunque posiblemente alto, generalmente será varios órdenes de magnitud más bajo que el valor de la inversión extranjera. Éste podría verse como un precio bajo para obtener la protección de una inversión costosa. Desde un punto de vista meramente económico, pagar el soborno podría ser considerada como una decisión racional,<sup>51</sup> pues ésta podría ser la única alternativa para evitar o reparar las consecuencias de la conducta internacionalmente ilícita del Estado receptor de la inversión y la asignación más eficiente de recursos para alcanzar ese objetivo.<sup>52</sup>

La condición del Estado de monopolista en cuanto a protección diplomática tiene consecuencias tanto institucionales como económicas. En líneas generales, con base en la teoría del rentismo competitivo, desarrollada por Anne Krueger en el contexto de la teoría del comercio internacional, el monopolio del Estado sobre la protección diplomática es óptimo para incentivar prácticas corruptas.<sup>53</sup> En efecto, este monopolio podría verse como una restricción cuantitativa a la protección diplomática, pues restringe la “cantidad” disponible de la misma. Esto, a su vez, incentiva el pago de sobornos u otros pagos indebidos, pues esto maximiza la posibilidad de la persona que realiza tal pago de obtener el bien escaso (en este caso, protección diplomática).

En economía política también está ampliamente aceptado que los monopolios estatales también crean incentivos importantes para la corrupción, en particular para la solicitud de sobornos y otros pagos indebidos. En ese sentido, Schleifer y Vishny definen la corrupción como la “venta por parte de funcionarios estatales de la propiedad gubernamental para ganancia personal... cobran personalmente por bienes que son propiedad del Estado”.<sup>54</sup> Esto implica generalmente la existencia de un “funcionario que tiene la posibilidad de restringir la

---

<sup>51</sup> Anne O. Krueger, *The Political Economy of the Rent-Seeking Society* 64(3) AMERICAN ECONOMIC REVIEW 291, 292 (1974) y Johan Graff Lamsdorff *Behavioral and Experimental Economics as a Guidance to Anticorruption* 15 NEW ADVANCES IN EXPERIMENTAL RESEARCH ON CORRUPTION RESEARCH IN EXPERIMENTAL ECONOMICS, 279, 289 y ss (2012).

<sup>52</sup> Aunque tratando otros tipos de extorsión, el análisis de Douglas H. Ginsburg y Paul Shechtman, *Blackmail: an Economic Analysis of the Law*, 141 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW, 1849, 1868-69 (1993).

<sup>53</sup> Anne O. Krueger, *The Political Economy of the Rent-Seeking Society* 64(3) American Economic Review 291, 292 (1974).

<sup>54</sup> Robert W. Vishny and Andrei Schleifer, *Corruption* 108(3) QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 599, 601 (1993).

cantidad de un bien que es vendida... ese funcionario es un monopolista vendiendo un bien”.<sup>55</sup>

Acá *bien* es utilizado en sentido amplio, para abarcar bienes y servicios. Esto se desprende de los ejemplos utilizados por los autores, los cuales incluyen la denegación de un pasaporte o una licencia de importación o el acceso a una autopista.<sup>56</sup> Estos autores concluyen que eliminar el monopolio es una de las mejores soluciones para erradicar esas prácticas corruptas. Estos afirman que: “la competencia económica y política puede reducir los niveles de corrupción y sus efectos adversos. Si distintas agencias compiten en proveer un mismo servicio, la corrupción disminuiría”.<sup>57</sup>

El marco jurídico de la protección diplomática es sencillo. Otorga al Estado un monopolio discrecional. Los funcionarios encargados de determinar el ejercicio de la protección diplomática —y la forma e intensidad en la que ésta será ejercida— están firmemente establecidos como proveedores monopolísticos de un servicio que, en algunos casos, no tiene substitutos. Esto los coloca en una posición idónea para solicitar sobornos u otros pagos indebidos. Estos incentivos también aplican en sentido contrario, pues los inversionistas también tienen un incentivo para ofrecer pagos indebidos a funcionarios con la capacidad para ejercer protección diplomática en su nombre.

#### B. Protección diplomática y discrecionalidad: un servicio discrecionalmente provisto por el Estado

El segundo elemento para analizar la economía política de la regulación jurídica de la protección diplomática es su carácter discrecional. Mientras la sección anterior se enfocó en la condición de monopolista del Estado, esta sección se centra en el carácter *discrecional* de la protección diplomática.<sup>58</sup>

Como se mencionó anteriormente, el Estado goza de amplia discreción para ejercer la protección diplomática. Los particulares no

---

<sup>55</sup> *Id.*

<sup>56</sup> *Id.*

<sup>57</sup> *Id.* en 616.

<sup>58</sup> Para un análisis enfocado en la perspectiva del derecho español, ver Paz Andrés Sáenz de Santa María, *Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno*, III ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL 321 (1976); Santiago Muñoz Machado, *Protección diplomática y jurisdicción contencioso-administrativa*, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO ADMINISTRATIVO 401 (1975).



tienen un derecho a exigir que el Estado ejerza protección diplomática en su nombre. Los Artículos sobre protección diplomática asumen una postura categórica al respecto, concluyendo que: “Un Estado no está obligado en derecho internacional a ejercer la protección diplomática en favor de un nacional que ha sufrido un perjuicio como resultado de un hecho internacionalmente ilícito atribuible a otro Estado”.<sup>59</sup> Asimismo, los Artículos afirman que “El derecho interno de un Estado puede obligarlo a prestar protección diplomática a un nacional, pero el derecho internacional no impone esa obligación”.<sup>60</sup> Aunque los comentarios a los Artículos sobre protección diplomática insisten que es deseable que los Estados ejerzan protección diplomática cuando sus nacionales han sido perjudicados por la conducta internacionalmente ilícita de otro Estado, los comentarios dejan claro que no existe una obligación internacional que lo requiera.

No es sorprendente que la CDI haya asumido esa posición. La Comisión había intentado desarrollar progresivamente el derecho internacional consuetudinario al afirmar que, ante algunos actos internacionalmente ilícitos, en particular, aquellos que violan normas perentorias de derecho internacional y en los que no hubiese un foro judicial viable, los Estados tendrían la obligación de ejercer protección diplomática.<sup>61</sup> La Comisión fue incluso lo suficientemente cautelosa para incluir una excepción que permitiría a los Estados abstenerse de ejercer la protección diplomática cuando esto pudiese amenazar los intereses superiores del Estado y su población. A pesar de la inclusión de esa excepción, los Estados se opusieron a esta propuesta, por lo cual ésta fue finalmente descartada de los Artículos sobre protección diplomática.<sup>62</sup>

La Corte Internacional de Justicia fue igualmente categórica cuando analizó la discreción de los Estados para ejercer la protección diplomática. En *Barcelona Traction* la Corte afirmó que: “El Estado debe

---

<sup>59</sup> Artículos sobre protección diplomática, artículo 19, comentario 3.

<sup>60</sup> Artículos sobre protección diplomática, en 29.

<sup>61</sup> First Report on Diplomatic Protection, by Mr. John R. Dugard, Special Rapporteur, Doc. A/CN.4/506, 7 March and 20 April 2000, proposed Article 4, at 223.

<sup>62</sup> El lenguaje exhortatorio de la primera propuesta del artículo 4 fue eliminado en las versiones subsiguientes, siendo reemplazado por el lenguaje discrecional que ahora se encuentra en los artículos 1 y 2.

ser considerado como único juez para decidir si otorgará su protección, en qué medida lo hará y cuándo le pondrá fin”.<sup>63</sup>

Algunos autores consideran que la protección diplomática debería pasar de ser un derecho de los Estados a ser una obligación.<sup>64</sup> Pero la concepción tradicional sigue siendo mayoritaria. Borchard la describe elocuentemente cuando afirma que “difícilmente sería correcto... hablar del poder de la ciudadanía de invocar la protección diplomática de los gobiernos como un “derecho” a ser protegidos... el llamado a la interposición de un gobierno va dirigida a su discreción”.<sup>65</sup> Esto no es siempre el caso bajo el derecho interno; en algunos Estados hay normas que limitan la discrecionalidad del Estado para ejercer protección diplomática. No obstante, esos casos siguen siendo minoritarios.

El carácter discrecional de la protección diplomática tiene repercusiones institucionales. Generalmente, a mayores niveles de discrecionalidad hay mayores riesgos de corrupción. Susan Rose-Ackerman, por ejemplo, considera que funcionarios con inclinaciones hacia la corrupción podrían tratar de resaltar el carácter discrecional de sus potestades para maximizar las situaciones en las que pueden obtener beneficios.<sup>66</sup> En efecto, Rose-Ackerman señala que “cuando un funcionario público tiene una potestad discrecional sobre la distribución de un costo o un beneficio al sector privado, se crean incentivos para la corrupción. Así, la corrupción depende de la magnitud de los beneficios y los costos bajo la potestad del funcionario”.<sup>67</sup> Ésta incluso afirma que “la incidencia y el monto del soborno suelen ser determinados por la cantidad general de beneficios disponibles, el grado de discrecionalidad del funcionario”, entre otros factores.<sup>68</sup>

---

<sup>63</sup> Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Belg. v. Spain) Second Phase, Merits 1970, I.C.J. p. 44, 79 (Feb. 5).

<sup>64</sup> Varios autores han cuestionado esta premisa. Ver Charles de Visscher, *THEORY AND REALITY IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW*, 275 (1968 trad.); adicionalmente, en un reporte preparado para la International Law Association, Francisco Orrego Vicuña, *The changing law of nationality of claims, Final Report Submitted to the International Law Association Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property*, London, 2000, citado por Dugard, *supra*, 222.

<sup>65</sup> Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1925), 356.

<sup>66</sup> Susan Rose-Ackerman, *The Political Economy of Corruption* 74 *VIEWPOINT*, 39 (1996); el trabajo más exhaustivo de Rose-Ackerman sobre el tema se encuentra en: *CORRUPTION: A STUDY IN POLITICAL ECONOMY* (1978).

<sup>67</sup> *Id.* 31.

<sup>68</sup> *Id.* 38.

En esa misma línea, Ogus ha vinculado la existencia de monopolios regulatorios, asimetría de información y discreción funcional con un aumento en las situaciones que pueden llevar a prácticas corruptas.<sup>69</sup> De hecho, la discrecionalidad ha sido considerada como uno de los elementos clave utilizados para medir niveles de corrupción.<sup>70</sup>

Las consecuencias de tan altos niveles de discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática son similares a aquellas que surgen de la posición del Estado como monopolista de la protección diplomática: se generan incentivos para la corrupción. El Estado no es sólo el único capaz de proveer la protección diplomática, sino que también puede negarse a hacerlo —a su total discreción—. De nuevo, la naturaleza de las relaciones interestatales probablemente requiere que el Estado preserve por lo menos un grado de discrecionalidad al decidir ejercer la protección diplomática. Desde un análisis de economía política, sin embargo, la regulación actual de la protección diplomática genera importantes incentivos para la corrupción.

#### **IV. Posibles alternativas**

Esta sección se enfoca en dos posibles reformas que podrían disminuir los incentivos para la corrupción que implica la regulación legal de la protección diplomática. Por supuesto, luchar contra la corrupción —considerada una “hidra moderna”— es complicado. Al eliminar un posible incentivo para la corrupción surgen 10 más. Estas propuestas de reforma, claro está, no tienen la capacidad para resolver todo el problema. Pero quizá ayuden a mejorarlo.

Visto el rol que tiene el Estado en la protección diplomática, y sus posibles repercusiones en las relaciones interestatales, éste es un ámbito en el que las prácticas corruptas pueden tener consecuencias particularmente nocivas. Por ejemplo, un funcionario que requiere el pago de un soborno para conceder una licencia de importación está distorsionando el mercado interno de su Estado. Sin embargo, su conducta difícilmente trascenderá las fronteras de su Estado. El problema es doméstico; y está confinado a ese ámbito. No ocurre lo mismo con la protección diplomática.

---

<sup>69</sup> Anthony Ogus, *Corruption and Regulatory Structure* 26(3-4) LAW & POLICY 329, 330 (2004).

<sup>70</sup> Mark Philp, *Corruption: Definition and Measurement*, en MEASURING CORRUPTION (Charles Sampford et al eds.) 52-53 (2016).

Considérese una reclamación bajo protección diplomática que podría poner en riesgo la conclusión de un tratado importante para ambos Estados y que sería beneficioso para ambas poblaciones. En ese contexto, una determinación honesta sobre si ejercer protección diplomática podría concluir que las posibles consecuencias negativas para el Estado son demasiado altas. Bajo ese supuesto, el ejercicio de protección diplomática influenciado por corrupción podría tener repercusiones mucho mayores. Vistos estos riesgos, reducir los incentivos para la corrupción generados por la regulación de la protección diplomática bajo el derecho internacional es importante. El hecho de que esto pueda ser resuelto con algunas reformas sencillas es relevante.

#### A. Otorgar legitimación activa a particulares

Como ya se mencionó, uno de los principales problemas con la protección diplomática es que otorga al Estado un monopolio en materia de legitimación activa para acudir ante instancias internacionales. Una de las grandes ventajas de los tribunales regionales de derechos humanos y del arbitraje de inversión es que descentralizan la legitimación activa al otorgarla a individuos. Esto reduce el poder monopólico del Estado para acudir ante instancias internacionales y, por consiguiente, los incentivos para la corrupción.

La diferencia entre conceder legitimación activa —y acceso directo— a los particulares y la discreción absoluta del Estado para ejercer protección diplomática se observa en el artículo 27(1) del Convenio CIADI. Ese artículo dispone que “ningún Estado Contratante concederá protección diplomática... respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan... sometido a arbitraje”. Comparado con el artículo 2 de los Artículos sobre protección diplomática, el Convenio CIADI, representativo del sistema general de arbitraje de inversión, traslada el poder de decisión del Estado al individuo. En términos de economía política, una de las mayores diferencias entre el arbitraje de inversión y la protección diplomática es que ésta es un servicio sobre el cual el Estado tiene un monopolio discrecional mientras que aquél es un servicio al que los particulares pueden acceder directamente.

Es importante resaltar que aplicar esta reforma es sencillo a nivel técnico y que existe un impulso importante en esta dirección. En primer lugar, algo similar ya se realizó al momento de instaurar el sistema actual de arbitraje de inversión y de protección de derechos humanos.

En segundo lugar, si el sistema actual de arbitraje de inversión es reemplazado por un tribunal permanente, sería importante que el nuevo sistema otorgue legitimación activa a los particulares. Tales propuestas parecen reconocer este principio.<sup>71</sup> Por ejemplo, el Artículo 8.23(1)(a) del Acuerdo Económico Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá provee que los procedimientos de resolución de controversia pueden ser iniciados por “un inversor de una Parte en su propio nombre”.<sup>72</sup>

No obstante, es importante aclarar que no todos los tribunales internacionales modernos conceden legitimación activa a los particulares. Basta ver el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio o alguno de los tribunales penales internacionales para constatar que no en todas las instancias se reconoce la legitimación activa de particulares.<sup>73</sup>

Dentro de la discusión sobre la reforma del sistema actual de arbitraje de inversión si bien no se ha planteado *eliminar* el acceso directo de individuos al sistema, si se ha planteado su *reducción*.<sup>74</sup> Varios factores

---

<sup>71</sup> En el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea, se plantea el establecimiento de una corte independiente de inversiones, ver, European Commission, *Investment provisions in the EU-Canada free trade agreement (CETA)*, (2016) (disponible en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc\\_151918.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf), visitado el 8 de septiembre de 2018); también, Comisión Europea, *El AECG explicado* (disponible en: [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-explained/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-explained/index_es.htm), visitado el 8 de septiembre de 2018).

<sup>72</sup> Acuerdo Económico Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá.

<sup>73</sup> Por ejemplo, el artículo 3(3) del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio establece que “Es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros la pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro”. Ver Alberto Alemanno, *Private parties and WTO Dispute Settlement System*, en CORNELL LAW SCHOOL INTER-UNIVERSITY GRADUATE STUDENT CONFERENCE PAPERS (2004), (disponible en: [https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=lps\\_clacp](https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=lps_clacp), visitado el 10 de Septiembre de 2018).

<sup>74</sup> Ver, por ejemplo, la nota de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: *International Investment Agreements Issue Note: Reforming Investment Dispute Settlement: a Stocktaking*, p. 5 (“Fixing existing ISDS mechanism ... Limiting Investor’s Access, e.g. by reducing the subject matter scope, circumscribing the range of arbitrable claims, setting time limits, and preventing abuse by ‘mailbox’ companies) (Arreglar el mecanismo de ISDS ... limitando el acceso de inversionistas, p.e., reduciendo el ámbito de materias, circunscribiendo la arbitrabilidad de reclamaciones, imponiendo límites temporales y previniendo el abuso por empresas ‘de maletín’).

afectan la disposición de ciertos Estados de instaurar un sistema de protección de inversiones que conceda legitimación activa a particulares. Algunos Estados pueden mostrarse reacios a esa posibilidad; sobre todo si la motivación para dejar atrás el modelo actual de arbitraje de inversión no es un rechazo al arbitraje de inversión como tal, sino a cualquier tipo de control judicial internacional.<sup>75</sup> Aquellos Estados que rechazan el hecho de que tribunales internacionales analicen –y en algunos casos, critiquen– sus decisiones internas quizá no estén dispuestos a suscribir tratados que establezcan mecanismos efectivos de solución de controversias que otorguen a los particulares acceso directo a los mismos.<sup>76</sup> Por lo tanto, existe, todavía, una necesidad de insistir en la importancia de que los mecanismos internacionales de resolución de controversias concedan legitimación activa a los individuos.

De hecho, a pesar de la actual ola de críticas contra el sistema de arbitraje de inversión, éste ha demostrado ser un mecanismo eficiente para que los Estados protejan la propiedad de sus nacionales en el extranjero, pues presenta una solución jurídica y, en principio, despolitizada, para cualquier conflicto. Estas no son características exclusivas del arbitraje de inversión. Los tribunales regionales de protección de derechos humanos son cortes de carácter permanente que conceden legitimación activa a particulares y permiten el acceso directo de los mismos.<sup>77</sup> En conclusión, es importante que los nuevos sistemas de resolución internacional de controversias de inversión implementados en el futuro preserven la legitimación activa del individuo garantizando su acceso directo a los mismos.

### B. Soluciones basadas en el derecho interno

Otra posible solución se basa en reformas de derecho interno. Si bien el derecho internacional se muestra escéptico a otorgar a los particulares

---

<sup>75</sup> Un buen análisis sobre la crítica a la adjudicación internacional, ver Karen J. Alter, James T. Gathii y Laurence R. Helfer, *Backlash Against International Courts in West, East and South Africa: Causes and Consequences* 27(2) EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 293 (2016) y también David D. Caron y Esme Shirlow, *Unpacking the Complexities of Backlash and Identifying its Unintended Consequences*, EJIL TALK!, 25 de Agosto de 2016 (disponible en: <http://www.ejiltalk.org/author/dcaronandesimeshirlow/>, visitado el 15 de septiembre de 2016).

<sup>76</sup> Eyal Benvenisti, *Judges and Foreign Affairs: A Comment on the Institut de Droit International's Resolution on "The Activities of National Courts and the International Relations of their State"* 5 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 423, 424 (1994).

<sup>77</sup> Ver los artículos 34 y 44 de las convenciones Europeas e Inter-Americanas, respectivamente; António Augusto Cançado Trindade, *THE ACCESS OF INDIVIDUALS TO INTERNATIONAL JUSTICE* (2011).

un derecho a invocar la protección diplomática de su Estado de nacionalidad, algunos Estados han adoptado en su derecho interno disposiciones que conceden a los particulares ciertos derechos en esa materia.

Esta posibilidad ha sido evidente desde *Barcelona Traction*, donde la Corte Internacional de Justicia afirmó que: “el legislador doméstico puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero y también puede otorgar a un nacional el derecho a exigir el cumplimiento de tal obligación. Sin embargo, estas son cuestiones que se mantienen en el ámbito del derecho doméstico y no afectan la posición del derecho internacional”.<sup>78</sup>

Así, la CDI observa que varios Estados, muchos de ellos antiguos miembros del Bloque Soviético, han implementado legislación interna que establece el derecho de las personas a la protección diplomática.<sup>79</sup> Por ejemplo, la Constitución de la Federación Rusa establece que el Estado garantizará la protección de sus ciudadanos en el extranjero.<sup>80</sup> Igualmente, la Constitución Polaca dicta que un ciudadano polaco, durante una estadía en el extranjero, tendrá *derecho* a la protección del Estado Polaco.<sup>81</sup> Por citar un ejemplo fuera del ex Bloque Soviético, la Constitución portuguesa tiene una disposición similar, la cual afirma que los ciudadanos de dicho Estado gozarán de la “protección del Estado”.<sup>82</sup>

La existencia de un derecho, bajo derecho interno, a solicitar la protección diplomática implica que tal derecho pueda ser solicitado ante tribunales locales. En Alemania, por ejemplo, donde existe tal derecho, el Tribunal Constitucional Federal consideró que el Estado satisfizo dicha

---

<sup>78</sup> *Barcelona Traction*, *supra*, 44.

<sup>79</sup> Dugard, *supra*, 224.

<sup>80</sup> Artículo 61 de la Constitución de la Federación Rusa, disponible en inglés en la página web de la Corte Constitucional Rusa: <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm> (visitado el 17 de julio de 2018).

<sup>81</sup> Artículo 36 de la Constitución de la República de Polonia, disponible en inglés en la página web del Parlamento Polaco <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm> (visitado el 10 de septiembre de 2016).

<sup>82</sup> Artículo 14 de la Constitución de la República Portuguesa, disponible en la página web del parlamento de Portugal <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. El texto original: “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 propia.

obligación en vista de que participó en negociaciones diplomáticas.<sup>83</sup> Similarmente, la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales concluyó en el caso *Abbasi* que el Estado había efectivamente ejercido protección diplomática a favor del Sr. Abbasi porque había realizado una serie de negociaciones con los Estados Unidos.<sup>84</sup> Por otro lado, la Corte Constitucional Sudafricana reconoció en el caso *Kaunda* que existía un derecho a la protección diplomática, sujeto a control judicial, pero que el Estado gozaba de un alto nivel de discrecionalidad para decidir de qué forma ejercerlo.<sup>85</sup>

A pesar de los resultados de tales casos (en todos, la persona solicitando protección diplomática resultó derrotada), el punto fundamental es que establecer un derecho a la protección diplomática en el derecho interno elimina –o por lo menos debilita– la posición del Estado de proveedor monopolista de un servicio sin substitutos. Esto a su vez conlleva a erradicar o a disminuir significativamente los incentivos para la corrupción derivados del marco jurídico actual.

Otra solución análoga que, a pesar de no tratar específicamente sobre protección diplomática, es relevante, es el mecanismo establecido por el Reglamento de la Unión Europea sobre los obstáculos al comercio.<sup>86</sup> El marco jurídico de la Organización Mundial del Comercio no concede derechos a particulares.<sup>87</sup> Un particular que considere que está siendo incorrectamente afectado por obstáculos al comercio no tiene forma de acceder directamente ante los mecanismos de solución de controversias de la OMC.<sup>88</sup>

Sin embargo, el Reglamento sobre los obstáculos al comercio permite que nacionales de la Unión Europea presenten denuncias ante la Comisión Europea cuando consideren que están siendo afectados por

---

<sup>83</sup> La decisión del Tribunal Constitucional Alemán en el caso *Rudolf Hess*, (Bundesverfassungsgericht), en 90 *International Law Reports* 387; Vermeer-Kunzli, *supra*, 329.

<sup>84</sup> *Abbasi & Anor v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, 2002 WL 31452052 (Court of Appeals of England & Wales, Civil Division), paras. 107-108.

<sup>85</sup> *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa*, Case CCT 23/04, BCLR 1009 (CC) 4 August 2004, especialmente los paras. 67-80.

<sup>86</sup> Regulation (EU) 2015/1848 of the European Parliament and of the Council (6 October 2015), “laying down Union procedures in the field of the common commercial policy in order to ensure the exercise of the Union’s rights under international trade rules, in particular those established under the auspices of the World Trade Organization.”

<sup>87</sup> *Supra*, nota 66.

<sup>88</sup> *Id.*



obstáculos al comercio.<sup>89</sup> La Comisión debe realizar una investigación y, luego, si ésta indica que en efecto existen obstáculos al comercio, debe iniciar consultas o procedimientos ante la OMC. Si bien el Reglamento sobre los obstáculos al comercio no otorga a los particulares un derecho de acceder *directamente* a los mecanismos de resolución de controversias de la OMC, al menos les concede un derecho bajo el régimen comunitario para que sus reclamaciones sean consideradas por la Comisión a través de un procedimiento administrativo. Este mecanismo, además de permitir que los particulares tengan un mayor acceso a ciertos mecanismos internacionales a los que sólo pueden acceder los Estados, tiene la ventaja adicional de que limita la discrecionalidad de los Estados para recurrir ante estos. Mecanismos similares quizá podrían ser útiles para limitar la discrecionalidad de la protección diplomática.

Independientemente de la forma en que se otorgue un derecho (bajo derecho local) de acceder o solicitar protección diplomática, es inevitable que existan consideraciones de oportunismo político a la hora de decidir cómo y de qué forma ejercer la protección diplomática. Incluso aquellos Estados que, a través de su derecho interno, otorgan a los particulares un derecho a la protección diplomática suelen establecer una serie de excepciones que permiten al Estado abstenerse de ejercer la protección diplomática cuando el interés general así lo requiera. En ese sentido, el Tribunal Constitucional Alemán afirmó que la obligación del Estado de ejercer protección diplomática sólo surge cuando ésta no “vaya en contra de intereses realmente superiores de la República Federal”.<sup>90</sup> De tal modo, todavía existe un ámbito de discrecionalidad que permite la influencia de consideraciones de carácter político. Como se demuestra en el modelo alemán, el derecho a la protección diplomática no suele ser absoluto.

Otra forma de restringir la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática es someter su carácter discrecional a control judicial. Dicho control judicial incluso podría reconocer que el Estado tiene cierto margen de apreciación para decidir ejercer la protección

---

<sup>89</sup> Regulation (EU) 2015/1848 of the European Parliament and of the Council (6 October 2015), específicamente sus artículos 3 y 4; ver PC Mavroidis y W Zdouc, *Legal means to protect private parties' interest in the WTO. The case of the EC new trade barriers regulation*, 3(1) JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 407 (1998); Cándido García Molyneux, *The Trade Barriers Regulation: The European Union as a Player in the Globalisation Game* 5(4) EUROPEAN LAW JOURNAL (2002).

<sup>90</sup> Rudolf Hess, *supra*, 387.

diplomática; incluso un grado significativo de deferencia permitiría al poder judicial controlar aquellas decisiones relativas a la protección diplomática que sean manifiestamente irracionales —esto limitaría la posibilidad de solicitar sobornos y otros pagos indebidos—.

Como ya se dijo, a mayor grado de discrecionalidad, mayores oportunidades para prácticas corruptas. La regulación actual de la protección diplomática está caracterizada por la discrecionalidad y la opacidad. Una modificación —así sea ligera— de tales normas podría contribuir a mejorar la situación. Si no existe ningún tipo de control judicial, los funcionarios pueden decidir arbitrariamente no ejercer protección diplomática cuando el inversionista afectado se niegue a pagar un soborno. Por el contrario, si existe un control judicial, así sea leve o con un amplio grado de deferencia, los funcionarios que se rehúsen a ejercer la protección diplomática se verían forzados a explicar ante un tribunal las razones por las cuales decidieron no ejercer la protección diplomática. Esta posibilidad podría disuadirlos de participar en prácticas corruptas.

### C. La posible inevitabilidad de la protección diplomática

Este artículo asume que la existencia de mecanismos institucionales para resolver controversias relativas a inversión tiene la capacidad tanto de evitar el ejercicio de la protección diplomática como de reducir los incentivos para la corrupción en el ejercicio de la misma. No obstante, existen ciertos indicios de que ese no es siempre el caso.

Por un lado, un estudio reciente basado en cables diplomáticos filtrados por *Wikileaks* indica que, por lo menos Estados Unidos, suele ejercer protección diplomática (y en algunos casos, *presión* diplomática) en defensa de sus inversionistas en el extranjero, incluso cuando estos han iniciado procedimientos arbitrales.<sup>91</sup> Aunque el artículo 27(1) del Convenio CIADI prohíbe el ejercicio de protección diplomática cuando una disputa ha sido sometida a arbitraje, el segundo aparte de dicho artículo excluye a las negociaciones informales de esa prohibición, en la medida en que éstas estén orientadas a obtener una transacción u otra solución no judicial de la disputa. Asimismo, la Unión Europea ha incrementado el ejercicio de diplomacia económica y comercial en favor

---

<sup>91</sup> Geoffrey Gertz et al. *supra*, 239 y ss.

de sus intereses, particularmente en regiones donde el marco normativo no favorece alternativas institucionales a la protección de inversiones.<sup>92</sup>

Por otro lado, a modo de ejemplo, algunas investigaciones recientes en materia de corrupción en Argentina han revelado que algunos inversionistas pueden tener incentivos para recurrir a prácticas corruptas para obtener protección diplomática incluso cuando tienen mecanismos institucionales de solución de controversias disponibles. Así, Luis Betnaza, director de la empresa Techint –la cual tenía inversiones considerables en Venezuela, incluyendo una mayoría accionaria en la empresa siderúrgica Sidor, que fue expropiada– declaró en un proceso judicial que recibió solicitudes de pagos indebidos por parte de funcionarios argentinos para interceder ante el gobierno venezolano.

Betnaza afirmó que el gobierno venezolano tenía “vía libre para expropiarnos, cosa que sucedió poco tiempo después. Apelamos al gobierno argentino... y nos manifestaron que hagamos un aporte porque ello significaba gastos que el gobierno argentino no tenía por qué afrontar”.<sup>93</sup> Betnaza también comentó que realizaron pagos indebidos debido a la “situación de necesidad que estábamos viviendo en Venezuela... y en la contribución que hicimos para que eso se resolviera”.<sup>94</sup> La gerencia de Techint hizo esos pagos a *pesar* de haber iniciado dos arbitrajes de inversión contra Venezuela.<sup>95</sup> Una posible explicación es que los inversionistas consideraron que tendrían mejores probabilidades de proteger su inversión mediante la protección diplomática del gobierno argentino que a través de los arbitrajes; que

---

<sup>92</sup> Edward Stoddard, *Tough times, shifting roles: examining the EU's commercial diplomacy in foreign energy markets*, 24(7) J. EUR. PUB. POL. (2017).

<sup>93</sup> Cuadernos de las coimas: qué le dijeron los imputados a Bonadio sobre Cristina Kirchner, *La Nación*, 19 Septiembre 2018 (disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/2173268-cuadernos-coimas-que-le-dijeron-imputados-bonadio>, visitado el 24 de octubre de 2018); Lucía Salinas, *Ante la justicia, el ejecutivo de Techint Luis Betnaza admitió pagos al gobierno kirchnerista*, *Clarín*, 10 de agosto de 2018 (disponible en: [https://www.clarin.com/politica/justicia-ejecutivo-techint-luis-betnaza-techint-admitio-contribuciones-nego-coimas\\_0\\_HJKp7BoHm.html](https://www.clarin.com/politica/justicia-ejecutivo-techint-luis-betnaza-techint-admitio-contribuciones-nego-coimas_0_HJKp7BoHm.html), visitado el 2 de septiembre de 2018); Luis Betnaza confesó que Techint entregó plata al Gobierno por la expropiación de una empresa en Venezuela, *TN*, 10 de agosto de 2018 (disponible en: <https://tn.com.ar/politica/luis-betnaza-confeso-que-techint-entrego-plata-al-gobierno-por-la-expropiacion-de-una-empresa-en> 889097, visitado el 2 de septiembre de 2018).

<sup>94</sup> *Id.*

<sup>95</sup> Tenaris S.A. and Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/26. Merits, 29 January 2016; Ternium S.A. and Consorcio Siderurgia Amazonia S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/12/19).

sería más fácil obtener un porcentaje mayor del monto invertido a través de una negociación diplomática. Otra, es que la intervención diplomática fuese la única forma de obtener protección al personal de la empresa que se encontraba en Venezuela. Este parece ser el argumento de Paolo Rocca, director ejecutivo de Techint, quien afirmó que el pago se hizo porque el proceso expropiatorio fue “muy complejo con amenaza, con mucha violencia, con desplazamiento de nuestra gente”.<sup>96</sup> Quizá ambos factores fueron relevantes.

A pesar de que en el caso de Techint hubiese dos arbitrajes de inversión en curso, este caso ilustra el punto central de este artículo, y es que el marco jurídico de la protección diplomática puede generar importantes incentivos para la corrupción. Si un grupo empresarial de tanta envergadura, que contaba con la posibilidad de iniciar sendos arbitrajes de inversión, fue susceptible a recibir solicitudes de –y realizar– pagos indebidos para obtener protección diplomática, las probabilidades de que tales pagos sean solicitados a empresas que carecen de esos mecanismos institucionales son aún más altos.

## V. Conclusiones

Este artículo se basa en una premisa sencilla: los inversionistas extranjeros suelen buscar proteger su inversión, de una forma u otra. En un escenario en el que no existan mecanismos institucionales para obtener esa protección, la protección diplomática puede ser la única alternativa viable para proteger una inversión. Y esto crea importantes incentivos para la corrupción.

Solicitar sobornos para ejercer protección diplomática no es la forma más prevalente de corrupción relacionada con la inversión extranjera. Está lejos de serlo. Sin embargo, como demuestra el caso Techint, esto no quiere decir que tal práctica no haya ocurrido en el pasado. La economía política de la regulación jurídica de la protección diplomática fomenta o, por lo menos, posibilita, prácticas corruptas. La posición del Estado como monopolista discrecional de este servicio crea un incentivo poderoso para aquellos funcionarios con la inclinación a solicitar sobornos u otros pagos ilícitos. Hay un vínculo claro entre monopolio, discreción y

---

<sup>96</sup> Paolo Rocca: “Techint no participó del club de la corrupción,” *Perfil*, 16 de agosto de 2018 (disponible en: <https://www.perfil.com/noticias/politica/paolo-rocca-techint-no-participo-del-club-de-la-corrupcion.phtml>, visitado el 2 de septiembre de 2018).

corrupción. Y no hay razones para pensar que la institución de la protección diplomática sería la excepción a esa regla.

Si bien la existencia de mecanismos institucionales como el arbitraje de inversión no erradican por completo la posibilidad de que existan prácticas corruptas para la protección de inversiones extranjeras (como de nuevo demuestra el caso Techint), la existencia de tales mecanismos institucionales reduce los incentivos para la corrupción. Lo mismo ocurre con la posibilidad de reformar el marco jurídico de la protección diplomática. Si bien algunas reformas pueden otorgar más derechos a los particulares y reducir el ámbito de discrecionalidad del Estado en materia de protección diplomática, esto no garantiza que no sigan existiendo incentivos para la corrupción, por ejemplo, en el poder judicial o en cualquier entidad, encargada de velar por la legalidad de las decisiones sobre el ejercicio de la protección diplomática.

Pero este artículo no plantea soluciones absolutas al problema de los incentivos para la corrupción en la protección de la inversión extranjera. Su objetivo es mucho más modesto; es sencillamente ilustrar uno de los posibles riesgos de la eliminación de mecanismos institucionales para proteger tal inversión extranjera, es decir, un aumento en la relevancia de la protección diplomática y los posibles incentivos para la corrupción que el marco jurídico de la misma plantea.

La protección diplomática sigue teniendo cierta relevancia, en particular en un contexto de protección de inversiones. No obstante, ésta tiene serias limitaciones, entre otras el riesgo de convertir una disputa entre un particular y un Estado en una disputa inter-estatal. Como este artículo demuestra, el marco legal de la protección diplomática puede crear ciertos incentivos a la corrupción. Una forma que tienen los Estados de evitar esos riesgos es a través de ajustes a su legislación interna que establezca un derecho al acceso a la protección diplomática (o por lo menos permitiendo cierto control judicial sobre tales decisiones). Otra alternativa, quizá más sencilla, es que los Estados continúen estableciendo mecanismos institucionales para la solución de controversias relativas a inversión, como el arbitraje de inversión o una corte multilateral de inversiones. Sin embargo, hay que evitar que cierta animadversión —legítima o no— hacia el arbitraje de inversión resulte en un desmantelamiento de los mecanismos institucionales que pueda resultar en un retorno exacerbado de la protección diplomática.