

CAPÍTULO X
LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

1. GENERALIDADES

La forma de lograr la protección de los nacionales por hechos ilícitos cometidos por sujetos de derecho internacional diferente a aquel del cual se es nacional, ha tenido diferentes modalidades a través de la historia.

En el siglo pasado fue lícita la intervención armada para el cobro de deudas, pues los acreedores eran personas naturales que solicitaban a los gobiernos de los cuales eran súbditos, el cobro compulsivo a los Estados. Así, Colombia fue víctima en cuatro ocasiones del asedio de naves extranjeras en el Puerto de Cartagena. Igual le ocurrió a Venezuela y México. En esa época el colonialismo y la agresión no estaban vetados por el derecho internacional.

2. LA DOCTRINA DRAGO

Gracias a esta doctrina, elaborada por el Canciller argentino Luis María Drago en 1902, con motivo de la reclamación a Venezuela por parte de la Gran Bretaña, Italia y Alemania, actualmente está prohibido el cobro de deudas por medio de la agresión armada. Toda reclamación internacional de carácter pecuniario tiene que ser sometida al derecho interno.

Esta doctrina fue consagrada en la IV Conferencia Panamericana de 1910, en la que se adoptó la Convención sobre reclamación de las deudas pecuniarias en que las partes se comprometían a someter al arbitraje las reclamaciones sobre deudas.

La reclamación de un nacional, sea por deudas o por cualquier otra causa, le corresponde a su país, pues éste es un derecho del Estado del cual se es nacional y no de la persona natural o jurídica agraviada. Por tanto, no es obligación del Estado prestarla, sino que es una facultad

potestativa del mismo. En caso de que el Estado resuelva prestar la protección diplomática, el particular no puede desistir ni intervenir en la querella.

3. REQUISITOS PARA LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Para que se pueda ejercer la protección diplomática, la jurisprudencia y la doctrina han exigido los siguientes requisitos:

3.1. El nexa de la vinculación

En que sólo la puede prestar el país del cual se es nacional. En caso de doble nacionalidad, lo hará el país con el cual tenga mayores vínculos, lo que se conoce como la “nacionalidad más efectiva”, como se desprende de la abundante jurisprudencia al respecto:

En el negocio del Barón de Canevaro, quien tenía nacionalidad italiana por el *ius sanguinis*, y peruana por el *ius soli* y *ius domicilii*, pretendió que Italia ejerciera la protección diplomática. La Corte negó la acción, por considerar que Canevaro tenía más vínculos con Perú, donde había sido candidato a elecciones legislativas, ocupando el cargo de cónsul de ese país en los Países Bajos, y habitado en dicho territorio, lo que no había ocurrido con Italia.

Esta regla de la nacionalidad más efectiva se extiende a las personas jurídicas donde es más difícil establecerla, como se observa en el negocio Barcelona Traction, en el cual una sociedad de nacionalidad canadiense, cuyos capitales pertenecían en su mayoría a accionistas belgas y que fue declarada en quiebra por España. Canadá no aceptó darle la protección diplomática a la compañía; en cambio, Bélgica decidió representar a los accionistas belgas, pero la Corte declaró la acción inadmisibile, argumentando que sólo la sociedad en cuanto tal podía ser protegida y no sus socios individualmente considerados, y que ella no podía serlo más que por el Estado del cual tenía su nacionalidad, o sea, por Canadá. (Sentencia CIJ de 1970).

3.2. La protección funcional

En el caso de las organizaciones internacionales, como lo que se protege es la función en sí, se necesita ante todo que la misma sea independiente de la nacionalidad de sus agentes. Así, la protección la prestará la organización a la cual pertenezca si el daño ocurrió por el ejercicio de sus funciones, tal como se declaró en la opinión consultiva del 11 de abril de 1949 en el negocio del Conde Bernadotte, quien se encontraba al servicio de la Organización de las Naciones Unidas y fue asesinado por un comando israelí en territorio Palestino. La Corte ordenó la reparación por parte de Israel del daño causado, inclusive a los herederos del conde.

3.3. Agotamiento de los recursos internos

Para poder iniciar la acción de responsabilidad internacional por medio de la protección diplomática se hace necesario que la víctima haya presentado la reclamación directamente ante el Estado infractor, y que sólo una vez finalizado el proceso dentro del derecho interno se puede acudir a la protección diplomática.

Lo anterior fue expresado en el negocio de la *Interhandel*, en el cual USA le confiscó bienes a esa compañía de nacionalidad suiza por considerar que no era sino una fachada de la empresa alemana I.G. Farben durante la Segunda Guerra Mundial. La *Interhandel* presentó reclamación ante la justicia americana, y al mismo tiempo solicitó la protección diplomática de Suiza, quien se la prestó. En sentencia del 21 de marzo de 1959, La Corte conceptuó que la acción no era admisible, puesto que aún estaba en curso la acción entablada en USA.

3.4. Manos limpias

Consiste en que la supuesta víctima no debe tener culpa alguna en el daño infringido. En otras palabras, su conducta ha de ser totalmente cuidadosa y correcta sin que haya sido negligente en sus actuaciones.

4. CLAUSULA CALVO

Esta cláusula también tuvo sus orígenes en la antigua intromisión, incluso armada, de los países más fuertes, como USA y las potencias europeas, respecto a los países en vías de desarrollo, como los latinoamericanos. Es así como a principios de siglo el argentino Carlos Calvo expuso su doctrina, según la cual los Estados están facultados para incluir en sus contratos con extranjeros la renuncia por parte de éstos a la protección diplomática de su país. De modo que en caso de un litigio éste se someterá a la ley del país donde se ejecutó el contrato.

Esta cláusula ha sido muy utilizada por los países latinoamericanos, la cual está contemplada en el Tratado de Montevideo.

Colombia expresamente la consagró en el decreto 222 de 1983, art. 74, al decir que en los contratos celebrados con personas extranjeras debe constar la renuncia a la protección diplomática. En la Ley 80 de 1993, actual estatuto de contratación administrativa, derogatoria en su casi totalidad del decreto mencionado, en su art. 13 admite que los contratos que se cumplan en el extranjero se sometan a la ley extranjera, y en el Decreto 2681 de 1993, art. 31, autoriza que “las operaciones de crédito público y las operaciones asimiladas, las operaciones de manejo de la deuda y las conexas con las anteriores, que se celebren en Colombia para ser ejecutadas en el exterior se podrán regir por la ley extranjera; las que se celebren en el exterior, se podrán regir por la ley del país donde se hayan suscrito. Tales operaciones se someterán a la jurisdicción que se pacte en los respectivos contratos”.

De lo anterior se deduce que la Cláusula Calvo está en desuso. Y no podía ser de otra forma, dada la dependencia cada día mayor de los países en vías de desarrollo con respecto al Coloso del Norte, donde la necesidad del crédito debe ceder a las imposiciones extranjeras, entre las cuales se encuentra la de someter los litigios a sus tribunales y no a los nuestros.

5. EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL O MEDIOS DE REPARACIÓN

La responsabilidad internacional de los diversos sujetos de derecho internacional sigue siendo teórica en la mayoría de los casos, por cuanto no existe un órgano coercitivo que obligue a cumplir las sentencias de la Corte Internacional de Justicia ni los laudos arbitrales.

El efecto primordial de la responsabilidad internacional es la reparación, la cual tiene carácter compensatorio y no punitivo.

5.1 Modalidades

Las principales modalidades de la reparación son:

5.1.1 Restitución

Consiste en volver las cosas al estado original, ejemplo: devolviendo los mojones a su sitio, derogando la ley o decreto contrario al derecho internacional.

5.1.2 Satisfacción

Esta es la forma adecuada de reparar los perjuicios no materiales y consiste en excusas, saludo a la bandera en caso de ultraje a la misma, castigo a los funcionarios culpables o en una declaración judicial del carácter ilícito del acto, lo cual, según declaró la CIJ en el caso del estrecho de Corfú: “Constituye en sí misma una satisfacción adecuada”

En esta parte del negocio de Corfú lo que se juzgó fue el acto unilateral de la Gran Bretaña de proceder a desminar el estrecho violando la soberanía de Albania.

5.1.3 Indemnización pecuniaria

Esta es la forma normal de reparación del daño. La indemnización debe seguir determinadas pautas, como son:

- ☐ Comprender el lucro cesante y el daño emergente

- ☐ Los perjuicios por indemnizar son los directos
- ☐ La indemnización se debe tramitar por vía interestatal
- ☐ Los intereses se causan a partir de la sentencia en la moneda del país demandante
- ☐ Los daños morales son también susceptibles de tasación y apreciación
- ☐ La reparación debe ser equivalente al perjuicio
- ☐ En caso de radiaciones nucleares, las consecuencias dañosas previsibles se deben indemnizar desde antes de que aparezcan.

La reparación pecuniaria fue ordenada e la sentencia de la CIJ del 27 de junio de 1986, en el caso de Nicaragua y USA, en la cual se condenó a este último a indemnizar a Nicaragua por los daños causados al violar el Tratado de amistad, comercio y navegación entre las partes, suscrito en Managua en 1956. La violación consistió en armar, equipar, financiar y abastecer las actividades militares y paramilitares contra Nicaragua.

La indemnización decretada en una sentencia internacional se puede, al menos teóricamente, intentar hacer efectiva por medio del exequátur ante los tribunales nacionales.