

**GUIÓN PARA UNA CLASE TEÓRICO-PARTICIPATIVA SOBRE
LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA: LAS NORMAS GENERALES
RELATIVAS A LAS RECLAMACIONES POR DAÑOS A LOS
PARTICULARES**

Dra. Helena Torroja Mateu,

Profesora titular de Derecho internacional público de la UB

Barcelona, noviembre de 2023

Como citar estos materiales: Torroja Mateu, Helena, “Guion para una clase teórico-participativa sobre la protección diplomática: las normas generales relativas a las reclamaciones por daños a los particulares, material para la docencia, Grupo de innovación docente ADIP-UB, 2023, accesible en handle ...



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

To view a copy of this license, visit

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

OBJETO Y ESTRUCTURA

Se presenta a continuación un guion completo con los materiales de la práctica internacional, para impartir la clase de protección diplomática de un curso de Derecho internacional público a través del *método "teórico-participativo"*. Este consiste en combinar explicación teórica del profesor con la participación previamente informada y formada de los estudiantes. Para fomentar esta participación, el estudiante ha de preparar la documentación que se adjunta en este documento con al menos una semana de antelación. Este documento supone en sí mismo un *recurso metodológico* para la docencia.

El documento contiene la información necesaria básica para preparación de la clase. Consta de los siguientes apartados:

- I.- Esquema detallado de los epígrafes del tema
- II.- Documentación y bibliografía básica para preparar la clase
- III.- Selección de textos de la práctica internacional para preparar antes la clase.

I.- Esquema detallado de los epígrafes del tema

Se indica con una flecha, el lugar dónde deberán participar los estudiantes comentando las Sentencias incluidas en el apartado III.

La protección diplomática: las normas generales relativas a las reclamaciones por daños a los particulares. Introducción: origen histórico y delimitación; codificación y desarrollo progresivo. - Un derecho de reclamación privativo del Estado: rasgos generales; posición del particular; regulación en los órdenes internos. - Requisitos para la oponibilidad de la reclamación: ideas generales; la nacionalidad de la reclamación; el previo agotamiento por el particular de los recursos del orden interno.

1.- Introducción: origen histórico y delimitación; codificación y desarrollo progresivo.

- A) Supuesto de hecho histórico y formación paulatina de normas consuetudinarias
- B) Codificación y desarrollo progresivo de las normas consuetudinarias
- C) Normas secundarias generales *dispositivas*. La *lex specialis*: algunos ejemplos.

2.- Un derecho de reclamación privativo del Estado: rasgos generales; posición del particular; regulación en los órdenes internos

A) Rasgos generales

➤ *Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina, CPJI, 1924*

- a) Es una reclamación internacional de titularidad estatal
- b) Distinción de figuras afines
- c) Medios para hacer efectiva la protección diplomática. Límites internacionales

B) Posición del particular

- a) Irrenunciabilidad del particular; la doctrina Calvo
- b) Discrecionalidad estatal en el orden internacional

➤ *Asunto de la Barcelona Traction, CIJ, 1970* (solo argumentos en párr. 78-79)

C) Regulación en los órdenes internos

- a) La discrecionalidad en el orden interno estatal: competencia soberana
- b) La regulación en el Derecho español. Jurisprudencia reciente.

➤ *Caso Couso: STS, 2021*

3.- Requisitos para la oponibilidad de la reclamación: ideas generales; la nacionalidad de la reclamación; el previo agotamiento por el particular de los recursos del orden interno.

A) Ideas generales

B) La nacionalidad de la reclamación

a) La delimitación del vínculo de la nacionalidad de las personas físicas

i. Criterio general

ii. Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado

➤ Asunto Nottebohm, CIJ, 1955

iii. Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad. El criterio de la nacionalidad *predominante*.

b) La delimitación del vínculo de la nacionalidad de las personas jurídicas. Especial referencia a la sociedad mercantil

➤ Asunto Barcelona Traction, CIJ, 1970

i. Delimitación de la nacionalidad de la empresa

ii. La protección excepcional de los accionistas de la empresa

c) Aspectos comunes: la continuidad de la nacionalidad

C. El previo agotamiento por el particular de los recursos del orden interno.

a) Delimitación, fundamento y problemas que se plantan

i. Delimitación y fundamento

ii. El problema de las reclamaciones mixtas; el criterio de la *preponderancia* de la reclamación.

➤ Asunto Avena, CIJ, 2004

iii. El problema de su naturaleza: sustantiva o procesal

b) Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos

II.- Documentación y bibliografía básica para preparar la clase

1. Textos normativos

A. Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho internacional

Proyecto de artículos sobre la Protección Diplomática 2006 (en ONU, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/61/10)*, párr. 49.

B. Legislación interna

Constitución Española de 1978, de 27 de diciembre de 1978 (BOE núm- 311, de 29 de diciembre de 1978)

Ley Orgánica de 22 de abril de 1980 del Consejo del Estado, Artículo 21.6 (BOE núm. 100, de 25 de abril de 1980).

Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, Artículos 2.j) y 3.2.g) (BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2014)

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, Artículo 32 (BOE núm. 236, de 02 de octubre de 2015). Antes Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común (art. 139) (BOE de 27 de noviembre de 1992).

Real Decreto 267/2022, de 12 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, Artículos 21.1 y 21.2.b. (BOE núm. 88, de 13 de abril de 2022)

2. Bibliografía

A. Obras generales básicas

Carrillo Salcedo, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pp. 187-192.

Diez de Velasco M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª edición, 2013, Tecnos, pp. 896 ss.

González Campos, J. D., Sánchez Rodríguez, L. I., Andrés Sáenz de Santamaría, M. P., *Curso de Derecho Internacional Público*, 4.ª ed. revisada, Editorial Civitas, 2008, pp. 429 ss.

Pastor Ridruejo, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 25ª edición, Editorial Tecnos, 2021, pp. 236-247.

Rodríguez Carrión, A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6.ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, pp. 292-305.

Remiro Brotóns, A. y otros, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 473 ss. Andrés Sáenz de Santa María, M.P. *Sistema de Derecho Internacional Público*, 6ª edición, Aranzadi, 2020, pp. 272 ss.

Casanovas O., y Rodrigo A., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 11ª edición, Tecnos, 2022, pp. 322 ss.

Torroja Mateu H., “Tema 23- Protección Diplomática”, en Sánchez Sánchez, V (Dir.), *Derecho internacional público*, Huygens, 2012, pp. 315-330.

B.- Monografías, artículos de revistas y otros complementarios

Alcoceba Gallego, A., “Límites a la discrecionalidad del Estado español en el ejercicio de la protección diplomática”, Vol. 72/2/2020, pp. 163 y ss.

Andrés Sáenz de Santa María, M. P., «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno», en Anuario de Derecho Internacional, vol. 111, 1976, pp. 321-346.

Crespo Navarro, E., “La naturaleza de la protección diplomática en el caso Couso: la compleja relación entre Derecho internacional y Derecho interno”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 72/2/2020, pp. 197 ss.

Crespo Navarro, E., “Práctica española de Derecho internacional público. La Sentencia de 9 de julio de 2021 del Tribunal Supremo en el caso Couso. Una interpretación errónea de la discrecionalidad estatal en el ejercicio de la protección diplomática”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 74/1/2022, pp. 241 ss.

Diez de Velasco, M., “Protección Diplomática e inactividad del Estado: la práctica española”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, T. I, Edifer, Madrid, 2005, pp. 199 ss.

Muñoz Machado, S., «Protección diplomática y Jurisdicción contencioso administrativo». *Revista española de Derecho Administrativo*, Madrid 1975 n.º 6, pp. 401-425.

Torroja Mateu, H., “La ‘protección diplomática’ de los ‘derechos humanos’ de los nacionales en el extranjero: ¿Situaciones jurídicas subjetivas en tensión?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVIII, 2006, pp. 205-237.

Torroja Mateu, H., *El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2007

Vázquez Rodríguez, B., “Protección diplomática y responsabilidad patrimonial del Estado: a propósito del asunto Couso, *REEI*, núm. 39, junio 2020

III.- Selección de textos de la práctica internacional para preparar la clase

En el esquema detallado se ha incluido una referencia a cada uno de estos textos en el epígrafe teórico al que corresponde su análisis. Tras cada texto se incluyen también algunos aspectos a considerar que pueden servir de pautas para su análisis.

1. Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina, (Grecia contra Gran Bretaña), TPJI, Sentencia de 30 de agosto de 1924.

Antecedentes: En 1914, las autoridades del Imperio otomano otorgaron al ciudadano griego Sr. Mavrommatis algunas concesiones de servicios públicos en distintas ciudades Palestinas. Al no haberse respetado por las autoridades palestinas dichas concesiones, el Gobierno griego formuló una reclamación ante la Corte permanente de justicia internacional (CPJI) contra Gran Bretaña en calidad de Potencia mandataria de Palestina (*vid.* más datos en: Casanovas La Rosa, O., *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*, 7.ª ed., Tecnos, Barcelona, 2016, p. 630)

«Es cierto que en el asunto de las concesiones Mavrommatis, la controversia primero se planteó entre un particular y un Estado, es decir, entre Mavrommatis y Gran Bretaña; después, el Gobierno heleno tomó el asunto en sus manos; entonces la diferencia entró en una nueva fase: se planteó en el plano internacional, enfrentando a dos Estados...

Un principio elemental de Derecho Internacional faculta al Estado para proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho Internacional que haya podido cometer otro Estado y respecto a los cuales no haya podido obtener satisfacción a través de las vías ordinarias. Al asumir la reclamación de uno de los suyos, al iniciar, en su favor, la acción diplomática o la acción judicial, dicho Estado, en realidad ejercita su propio derecho, el derecho que tiene a que sea respetado en la persona de sus súbditos, el Derecho Internacional.

Desde este punto de vista, por lo tanto, no hay que plantearse si en la raíz del litigio se encuentra una lesión a un interés privado, lo cual sucede en muchas diferencias entre Estados. Desde que un Estado asume la defensa de uno de sus nacionales ante una jurisdicción internacional, ésta reconoce como único litigante al Estado». (*Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n.º 2, 1924, CPJI serie A n.º 2, pág. 12). (Traducción de: Casanovas La Rosa, O., *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*, 7.ª ed., Tecnos, Barcelona, 2016)

Algunos aspectos a considerar

- Delimitación del supuesto de hecho y de la relación de responsabilidad en este caso
- El carácter consuetudinario del derecho que regula la Protección Diplomática.
- Naturaleza del derecho de protección diplomática. La discrecionalidad internacional del Estado en su ejercicio y la posición del individuo. La renuncia a la protección

2. Sentencia de 9 de julio de 2021 del Tribunal Supremo en el caso Couso (STS 3026/2021)

Antecedentes: Mediante esta Sentencia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (TS) confirma el cambio en la doctrina jurisprudencial española sobre el alcance y la naturaleza de la protección diplomática que había supuesto la Sentencia de 11 de diciembre de 2019 de la Audiencia Nacional (AN) en el Caso Couso; por ésta se resolvió el recurso contencioso administrativo interpuesto por la esposa e hijos del Sr. Couso, frente a la desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los perjuicios patrimoniales derivados de la omisión de la protección diplomática del Estado, exigible a raíz del fallecimiento de éste ocurrido en Bagdad (Irak) el 8 de abril de 2003, a causa de un disparo al Hotel Palestina, donde se encontraba, por un soldado estadounidense. La Abogacía del Estado recurrió en casación alegando infracción de los artículos 106.2, 97, 24.1 y 24.2 CE, el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, aplicable, *ratione temporis* (actual artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), en relación a normas de Derecho internacional humanitario aplicables a España; y señalando *la existencia de interés casacional objetivo* para la formación de jurisprudencia, al considerar que “no existe Jurisprudencia que aborde la determinación del contenido y alcance de la protección diplomática, en la determinación del alcance de las potestades para su ejercicio por parte del Estado y en la existencia o no de un derecho subjetivo a favor de los particulares, que pueda generar a su favor un derecho a ser indemnizados para lograr la reparación por el cauce de la protección diplomática, en contraste con la imposibilidad de lograrla los propios interesados”. El TS desestima el recurso y de esta manera, se confirma el cambio jurisprudencial, pues hasta ahora se admitía el carácter discrecional del ejercicio de la protección diplomática, si bien, reconociendo la responsabilidad patrimonial de la administración en caso de su no ejercicio o de ejercicio ineficaz, pero únicamente si había una conexión causal entre la acción o inacción de las autoridades españolas y la acción del Estado extranjero causante del perjuicio al particular español. Se reproducen algunos de los razonamientos de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia.

“TERCERO. La protección diplomática como servicio público. Su regulación y contenido.

No está exenta de dificultades la consideración de la protección diplomática como un auténtico servicio público que deba prestar nuestra Administración pública y ello, ya en primer lugar, por la misma indeterminación de la institución que, como la casi totalidad de las instituciones del Derecho Internacional, carece de un reconocimiento normativo taxativo y preciso. No hay norma alguna, no ya que imponga de manera clara la obligación de los Estados de prestar dicha protección, ni de Derecho interno ni tan siquiera internacional, sino tan siquiera que defina la misma institución. Es necesario examinar, por otras vías que no sea el Derecho positivo, la pretendida existencia de la protección diplomática, para concluir si realmente nos encontramos con un servicio público que deba prestar la Administración y las condiciones en que debe prestarlo, a los efectos de incurrir en la responsabilidad patrimonial, con la extensión que la institución tienen [sic] en nuestro Derecho.

La protección diplomática es fruto de la Doctrina internacionalista y por ello y como casi todo lo que comprende el Derecho Internacional, está enmarañada en una configuración no exenta de dificultades conceptuales. (...) A tales efectos se encomienda a la Comisión de Derecho Internacional dicha labor creándose un grupo de trabajo que hiciera una propuesta de codificación (...) que, tras diversos acontecimientos concluyen

con la elaboración de un Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática (en adelante Proyecto) (...) De lo expuesto hemos de concluir que no existe a nivel internacional documento vinculante alguno que regule la protección internacional y habrá de acudir al derecho consuetudinario internacional, a la práctica internacional, para determinar el concepto, los presupuestos y los efectos de la protección diplomática. (...)

Eran necesarias las anteriores consideraciones porque en nuestro Derecho interno la institución de la protección diplomática carecía de regulación concreta, lo cual no es de extrañar, toda vez que una normativa interna difícilmente puede regular la institución con garantías de efectividad, porque es obligado la vinculación de los restantes Estados afectados, vinculación que no puede imponerse por el Derecho interno. No obstante ello, es lo cierto, como se recoge en la sentencia de instancia, que la única referencia expresa en nuestra Legislación a la protección diplomática era la que se contiene en el artículo 21.6º de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado que, al establecer las materias en las cuales el Pleno del Consejo de Estado debía ser consultado, en su condición de supremo órgano consultivo del Gobierno, incluye, entre otros "*asuntos*", las "*R [r]eclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional*".

Aunque las referencias a la protección diplomática se hicieran en el precepto de manera tangencial, es decir, a los efectos procedimentales de la necesidad del informe del supremo órgano consultivo del Gobierno, la mención es relevante porque pone de manifiesto que la protección diplomática en nuestro Derecho era un "*asunto*" del Gobierno, a quien corresponde su "*ejercicio*". Solo así cabe la exigencia de la posibilidad de que pudiera ser reclamada la responsabilidad por la protección diplomática, porque a "*reclamaciones*" hace referencia el precepto. Con ello se da carta de naturaleza a una auténtica obligación de la Administración de prestar dicha protección. (...)

Debe destacarse, en ese mismo sentido, que si bien a la fecha a que se refieren los hechos que subyacen en la actividad administrativa que se revisa en este proceso no se encontraba vigente, es lo cierto que en esta institución ha venido a influir, como era obligado, la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado; que ha de ser tomada en consideración, siquiera sea a los efectos del cometido que ahora nos compete, conforme al orden de los pronunciamientos que nos impone el artículo 93 de nuestra Ley procesal.

La Ley declara ya en la Exposición de Motivos que su finalidad es establecer " un instrumento flexible que presta atención preferente a cinco exigencias fundamentales... [en el quinto lugar] garantizar una adecuada asistencia y protección a los españoles y apoyar a la ciudadanía española y a las empresas españolas en el exterior".

Bien es verdad que la Ley ni acoge ni, menos aún, define qué haya de entenderse por protección diplomática; lo cual no es criticable porque no es función de la norma la definición de las instituciones, sino limitarse a regularla. Sin embargo, es lo cierto que en su articulado si hace una regulación de esa protección. Y así regula su contenido, siquiera sea embrionariamente, cuando en el artículo 2, al referirse a los principios y objetivos de la Política Exterior de España, incluye, entre estos últimos y como uno de ellos, "*la asistencia y protección a sus ciudadanos... en el exterior*" (apartado 2.j); lo cual comporta que la Administración pública española debe asumir, entre sus funciones prestacionales, la asistencia y protección de los ciudadanos españoles en el extranjero y, como veremos, esa finalidad está en la esencia de la protección diplomática. Es más, en relación a esa actividad prestacional del servicio público, en el artículo 3.2º.g), se impone la exigencia de que la acción exterior del Estado debe estar regida por un "*servicio de interés general*", con la exigencia de que esa acción y servicio exterior "*se orientarán a la prestación de un servicio público de calidad y ... se orientarán a la asistencia y*

protección de los españoles, y al apoyo a la ciudadanía española y a las empresas españolas en el exterior." (...)

En ese sentido cabría pensar que cuando la Ley de 2014 hace referencia a esas funciones de la Administración exterior española no están propiamente referidas a la protección diplomática en el sentido expuesto --se examinará con posterioridad con mayor amplitud--, sino que se impone la obligación del Estado español para auxiliar --"asistencia", dice el precepto-- a los ciudadanos españoles que sufran lesiones de sus derechos por otros Estado, a la defensa, por los mismos perjudicados, de sus derechos y obtener la reparación del daño. Pero no es ese el contenido de la protección diplomática, que hace abstracción --en realidad, es subsidiaria--del derecho del perjudicado, por más que esté en la base de su actuación. Cabría pensar que lo regulado en la Ley sería más propio de la protección consular, que es diferente de la diplomática. Pero lo cierto es que el mencionado precepto no solo impone a la Administración exterior española esa "asistencia... y apoyo", que entraría en el ámbito de la protección consular; sino que expresamente se hace también referencia expresa a la "protección de los españoles... en el exterior"; términos de los que solo cabe concluir que el Legislador está pensando, no solo en esa protección consular, sino también en la protección diplomática que, insistimos, son dos instituciones bien diferentes y que como se declara en los Comentarios al Proyecto de articulado, aquella actúa antes de producida la lesión y la segunda una vez producida la misma, aun cuando se admite que la distinción no es taxativa. (...)

En cualquier caso, es lo cierto que, dados los términos en que se impone por el Legislador de 2014 la función tuitiva de la Administración a los ciudadanos españoles, no puede excluirse esa protección diplomática de las exigencias que se imponen. (...)

QUINTO. Contenido de la protección diplomática. (...) Y en ese cometido es de indudable relevancia establecer los medios que debe aplicar el Estado del que es nacional el perjudicado. Y es en ese concreto aspecto en el que surgen las dificultades porque, a la vista de la ausencia de una normativa concreta y relegada la institución a la práctica internacional, la Doctrina no ha podido determinar taxativamente de qué medios puede servirse el Estado del nacional perjudicado para alcanzar esa finalidad reparadora del daño. Esa dificultad está motivada precisamente por la carencia de fuerza vinculante en el ámbito del Derecho Internacional, habida cuenta de que, en el ámbito de las relaciones entre Estados que se genera en la protección diplomática, es necesario no solo que el Estado del que es nacional el perjudicado pueda y deba, conforme a su Derecho interno, prestar la protección, sino que, en el ámbito de las relaciones entre Estado, sería necesario que existieran normas concretas que impusieran determinados medios para la prestación de esta protección. Y ya en ese ámbito, con carácter general, no hay norma que regule esa materia, a salvo de determinados convenios o tratados internacionales que se establecen para supuestos concretos y determinados (menores, violencias sobre la mujer, etc.). (...)

En un esfuerzo dogmático digno de elogio, la Doctrina internacionalista ha tratado de hacer aportaciones respecto de cuáles pueden ser esos medios (arbitraje internacional, negociaciones diplomáticas, buenos oficios y mediación, investigación internacional, la conciliación internacional, etc.), pero, además de su inconcreción por carecer en no pocos casos de una regulación vinculante y detallada, tan siquiera embrionaria, deben ser valorados conforme a las circunstancias particulares de cada caso, que puede ofrecer las más variadas peculiaridades. No es esta una materia en la que se pueda establecer mayor concreción a la vista del debate suscitado.

(...) Si, como cabe concluir de lo expuesto, la Administración española, que está obligada a prestar la protección diplomática a quienes están bajo la protección del Estado español, puede utilizar una serie de mecanismos jurídicos internacionales no establecidos taxativamente --a salvo de la existencia de norma vinculante internacional--, deberá

concluirse que la Administración española goza de discrecionalidad para la utilización de los medios que, en función de las circunstancias de cada caso, fueran procedentes.

Ahora bien, como ya se dijo antes, esa discrecionalidad no abarca, como se propone por la Doctrina internacionalista --no sin reparos, como se vio--, sobre si se presta o no a nuestros nacionales esa protección, que ya concluimos que no es una opción en nuestro Derecho interno; sino que la discrecionalidad ha de situarse precisamente en los concretos medios a emplear, en función de las circunstancias del caso. Es decir, la Administración es autónoma para elegir, entre los medios a su alcance, cual resulta el más idóneo, en función en las peculiaridades que concurren, para garantizar el resultado de la protección diplomática, que es la reparación del perjuicio ocasionado. Insistimos que lo que no es dable a la Administración española, ante un supuesto de protección diplomática, dejar de prestarla, tan siquiera discrecionalmente, sino que la prestación de la protección será una imposición legal, del servicio público que constituye; sin perjuicio de que deberá hacerla efectiva por los medios que discrecionalmente considere procedentes, porque no hay norma, que debiera ser de naturaleza internacional para ser efectiva, expresa ni consuetudinaria que lo determine.

En definitiva, esa potestad administrativa discrecional debe obedecer a las exigencias que impone nuestro Derecho interno para el ejercicio de dichas potestades, en concreto y como concluye la Sala de instancia, en la necesidad de motivar la elección de dichos medios, conforme a la regla general que se impone en el artículo 35.1º.i) de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Esto es, será la motivación de la opción elegida por la Administración la que permita apreciar si el concreto medio en la prestación de la protección es ajustado a la finalidad que esa potestad comporta, es decir, obtener la reparación por el perjudicado.

Lo concluido comporta traer al debate de autos la reiterada jurisprudencia de este Tribunal en orden al control de las potestades discrecionales de la Administración, que deberá realizarse, precisamente, por la vía de la motivación de la decisión adoptada. No parece necesario traer a esta argumentación dicha jurisprudencia, pero si dejar constancia que, en la medida en que la Administración omite dicha motivación de la opción elegida, incluso, en su caso, de la imposibilidad de prestar la protección diplomática por inexistencia de medio diplomático ni de otros medios de solución pacífica de conflictos, a la vista de las concretas circunstancias de caso, puede comportar ya una prestación y será suficiente a los efectos de dicha motivación. Porque, si la Ley de 2014 impone la obligación del Estado español de esa protección, su ejercicio deberá corresponderse con las reglas generales que nuestro Derecho establece para el ejercicio de las potestades administrativas. Atendiendo a las circunstancias de cada caso podrá determinarse si dichas exigencias concurren el ejercicio de esa concreta protección. No obstante, lo cual, lo que debe ponerse de manifiesto es que en modo alguno se impone al Estado español el éxito de dicha protección, en el sentido de que esté obligado a obtener, en todo caso, la reparación del ilícito internacional de otro Estado a sus ciudadanos. Porque esta protección no constituye, a la vista de los déficits de regulación, una actividad de resultado, sino de medios. (...)

Señalemos finalmente que nuestra jurisprudencia no ha tenido oportunidad de hacer pronunciamiento concreto en relación con la protección diplomática y que los supuestos, ciertamente escasos, en que tanto este Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional ha debido examinar pretensiones indemnizatorias de ciudadanos españoles en el ámbito de las relaciones internacionales, los supuestos más estaban propiciados por las actuaciones del Estado español que por otros Estados. La sentencia de instancia deja constancia de esa jurisprudencia que no es necesario reiterar aquí. Solo hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 140/1995, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TC:1995:140) en la que, si quiera sea como obiter dicta, se hace referencia a la protección internacional, " *cuando la misma sea procedente*".

SEXTO. Respuesta a la cuestión que suscita interés casacional objetivo. De las consideraciones anteriores debemos declarar, a los efectos de la fijación de la jurisprudencia que se delimita en el auto de admisión, que los ciudadanos españoles tienen derecho a la protección diplomática por parte de la Administración nacional, para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por un hecho ilícito, conforme al Derecho Internacional, ocasionado directamente por otro Estado; siempre y cuando el propio perjudicado no haya podido obtener la reparación por los mecanismo de Derecho interno del Estado productor del daño, siempre que estén establecidos y sea razonable obtener un pronunciamiento expreso en tiempo razonable. El mencionado derecho comprende la utilización de las vías diplomáticas que se consideren procedentes, conforme a las reglas de la actuación exterior de la Administración, o por otros medios admitidos por el Derecho Internacional, encaminada a la reparación del perjuicio ocasionado, siempre que dichos medios la hagan razonablemente admisibles. En consecuencia, procederá la reclamación, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se acredite que el Estado español no ha prestado la protección diplomática, conforme a los requisitos que le es exigido y atendiendo a la pérdida de oportunidad que comportaría dicha omisión, siempre que concurran los restantes presupuestos de dicha responsabilidad.”

Algunos aspectos a considerar sobre la argumentación del TS con relación a:

- El derecho de protección diplomática en el Derecho internacional: *¿es derecho positivo?* ¿Qué función tiene la *doctrina*? ¿Qué opinión le merecen las afirmaciones del TS al respecto?
- ¿Cuál es la normativa española sobre la protección diplomática? Identifique los artículos y su contenido. En su opinión, ¿establecen de forma clara y precisa una obligación para la Administración española de ejercer la protección diplomática? ¿Qué le sugiere la argumentación del TS en este punto?
- ¿Qué entiende el TS por protección diplomática? ¿Por qué cree que lo distingue de los “medios para su ejercicio”? ¿Qué opinión le merece el razonamiento del TS en este punto?
- ¿En qué consiste el cambio jurisprudencial que introduce esta sentencia?

3. Asunto *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* Sentencia de la CIJ de 6 de abril de 1955

Antecedentes: Federico Nottebohm ciudadano alemán emigró en 1905 a Guatemala donde se estableció. En 1939 solicitó la nacionalidad de Liechtenstein que le fue concedida en un plazo muy breve de tiempo, sin embargo, continuó residiendo en Guatemala. En 1943 considerado por Guatemala como ciudadano alemán fue detenido y posteriormente fue expulsado del país y se le confiscaron sus bienes. Liechtenstein formuló reclamación contra Guatemala ante el Tribunal Internacional de Justicia (más datos en Traducción de: Casanovas La Rosa, O., Casos y Textos de Derecho Internacional Público, 7.ª ed., Editorial Tecnos, Barcelona 2016, p. 631)

«(...) El Tribunal debe averiguar si tal concesión de nacionalidad por parte de Liechtenstein produce para Guatemala una obligación de reconocer su consecuencia, a saber, el título de Liechtenstein para el ejercicio de la protección. En otras palabras, se trata de averiguar si este acto, al emanar sólo de Liechtenstein, es oponible a Guatemala en lo que concierne al ejercicio de la protección. El Tribunal tratará de esta cuestión sin

examinar la de la validez de la naturalización de Nottebohm según la ley de Liechtenstein.

Corresponde a Liechtenstein, como todo Estado soberano, el regular a través de su propia legislación, la adquisición de su nacionalidad, así como el conferirla mediante la naturalización concedida por sus propios órganos de acuerdo con esta legislación.

Pero la cuestión que debe resolver el Tribunal no se plantea en el ordenamiento jurídico de Liechtenstein. No depende ni de la ley ni de las decisiones de Liechtenstein.

Ejercer la protección, acudir al Tribunal, es colocarse en el plano del Derecho Internacional. El Derecho Internacional es el que determina si un Estado está legitimado para ejercer la protección y acudir al Tribunal.

La naturalización de Nottebohm es un acto ejecutado por Liechtenstein en el ejercicio de su competencia nacional. Se trata de determinar si este acto produce el efecto internacional que aquí se considera.

(...) Según la práctica de los Estados, las decisiones arbitrales y judiciales y las opiniones doctrinales, la nacionalidad es un vínculo jurídico basado en un hecho social de conexión, en una efectiva solidaridad de existencia, de intereses y de sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes.

Puede decirse que constituye la expresión jurídica del hecho de que el individuo al cual se confiere, sea directamente por la ley, sea por un acto de autoridad, está, de hecho, más estrechamente vinculado a la población del Estado que se la ha conferido que a la de cualquier otro. Conferida por un Estado, no le otorga un título para ejercer la protección frente a otro Estado más que si esta concesión representa la traducción, en términos jurídicos, de la vinculación entre el individuo considerado y el Estado que le ha hecho su nacional.

Siendo éste el carácter que debe presentar la nacionalidad cuando es invocada para proporcionar al Estado que la ha conferido un título para el ejercicio de la protección y para iniciar la acción judicial internacional, el Tribunal debe examinar si la nacionalidad conferida a Nottebohm mediante la naturalización presenta este carácter o, en otras palabras, si la vinculación efectiva existente entre Nottebohm y Liechtenstein en la época precedente, al mismo tiempo y siguiendo a su naturalización, aparece como suficientemente estrecha, como tan preponderante en relación con la vinculación que pudiera existir entre él y cualquier otro Estado, que permita considerar como efectiva la nacionalidad que le ha sido conferida, como la expresión jurídica exacta de un fenómeno social de vinculación, preexistente o constituyéndose inmediatamente después.

¿Aparece Nottebohm en el momento de su naturalización como más vinculado a Liechtenstein que a cualquier otro Estado por su tradición, su establecimiento, sus intereses, su actividad, sus lazos familiares, sus intenciones futuras?

(...) Más que solicitada para conseguir el reconocimiento legal de la pertenencia de hecho de Nottebohm a la población de Liechtenstein, esta naturalización fue perseguida por él para permitirle sustituir a su condición de súbdito de un Estado beligerante la condición de súbdito de un Estado neutral, con la única finalidad de situarse así bajo la protección de Liechtenstein y no con la de adoptar sus tradiciones, sus intereses, su género de vida, asumir las obligaciones —aparte de las fiscales— y ejercer los derechos inherentes a la condición así adquirida.

Guatemala no queda obligada a reconocer una nacionalidad concedida en estas circunstancias. En consecuencia, Liechtenstein carece de título para extender su protección a Nottebohm frente a Guatemala y su demanda debe ser declarada, por este motivo, inadmisibles (Notteböhme, C.I.J. Recueil 1955, pp. 4 y ss.). (Traducción de:

Casanovas La Rosa, O., *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*, 7.^a ed., Editorial Tecnos, Barcelona 2016, p. 631).

Algunos aspectos a considerar

- El principio de la efectividad en el ámbito de la nacionalidad de las personas físicas
- Comparar el asunto Nottebohm con el Proyecto de artículos de 2006
- La protección de apátridas y refugiados en el Proyecto de artículos de 2006

4. Asunto de la «Barcelona Traction» (Bélgica c, España), Sentencia de la CIJ, de 5 de febrero de 1970

Antecedentes: la sociedad canadiense Barcelona Traction, Light and Power co. Ltd., que había propiciado importantes complejos eléctricos en Cataluña, fue declarada en quiebra por el Juzgado de 1.^a Instancia de Reus el 12 de febrero de 1948, a petición de varios obligacionistas de la sociedad cuyos créditos no habían sido satisfechos desde hacía mucho tiempo. El Gobierno belga ejerciendo la protección diplomática en base a la nacionalidad de algunos de los accionistas de la sociedad, presentó reclamación contra España ante la Corte Internacional de Justicia (más datos en: Casanovas La Rosa, O., *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*, 7.^a ed., Tecnos, 2016 pp. 633 y ss).

«32. (...) Es lógico que la Corte comience por tratar de lo que fue presentado originariamente como el objeto de la tercera excepción preliminar, a saber, la cuestión del derecho de Bélgica a ejercer la protección diplomática de accionistas de una sociedad, persona moral constituida en el Canadá, siendo así que las medidas incriminadas fueron adoptadas, no con respecto a súbditos belgas, sino a la propia sociedad.

33. (...) Desde el momento en que un Estado admite en su territorio inversiones extranjeras o súbditos extranjeros, personas físicas o morales, está obligado a concederles la protección de la Ley y asume ciertas obligaciones en cuanto a su trato. Tales obligaciones, empero, no son absolutas ni carecen de reservas. En particular debe establecerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto a otro Estado dentro del marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en cuestión, todos los Estados pueden ser considerados como poseedores de un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos, las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*.

34. Estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho internacional contemporáneo, de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y de genocidio, pero asimismo de los principios y normas concernientes los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial. Ciertos derechos de protección correspondientes se han integrado en el Derecho internacional general (*Reservas a las Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio, Dictamen CIJ, Recueil 1951, p. 23*); otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o casi universal.

35. Las obligaciones cuyo respeto debe asegurar la protección diplomática no pertenecen a la misma categoría. En efecto, si se considera una de ellas en particular en un caso determinado, no puede decirse que todos los Estados tengan un interés jurídico en que sea respetada. Un Estado no puede presentar una demanda de reparación por la violación de una de esas obligaciones antes de haber demostrado que tiene derecho a ello, pues las normas existentes en la materia presuponen dos condiciones:

«En primer lugar, que el Estado demandado ha incumplido una obligación para con el Estado nacional, con respecto a sus súbditos. En segundo lugar [que] solamente la Parte para con la cual existe una obligación internacional, puede presentar una reclamación por razón de la violación de la misma» (Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, Dictamen CIJ, Recueil 1949, págs. 181 y 182).

En el presente asunto es, pues, esencial determinar si las pérdidas supuestamente sufridas por los accionistas belgas de la «Barcelona Traction» tuvieron como causa la violación de obligaciones de las que eran beneficiarios. En otras palabras, ¿se ha violado un derecho de Bélgica por razón de la supuesta infracción de derechos pertenecientes a súbditos belgas, accionistas de una sociedad no dotada de nacionalidad belga?

36. Así pues, la existencia o inexistencia de un derecho perteneciente a Bélgica y reconocido como tal por el Derecho internacional es decisiva en lo concerniente al problema de la legitimación de Bélgica.

“Este derecho no puede ser necesariamente ejercido [por un Estado] más que en favor de su nacional, pues en ausencia de acuerdos particulares, el vínculo de nacionalidad entre el Estado y el individuo es lo único que confiere al Estado el derecho de protección diplomática. Ahora bien, ha de considerarse como parte de la función de la protección diplomática el ejercicio del derecho de patrocinar una reclamación y de asegurar el respeto del Derecho internacional” (Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis, Sentencia, 1939, CPJI, Serie AIB, n° 76, p. 16)

De ello se deduce que esta misma cuestión es determinante por lo que respecta a la responsabilidad de España para con Bélgica. La responsabilidad es el corolario necesario del derecho. En ausencia de un tratado aplicable en la materia entre las Partes, esta cuestión fundamental debe ser resuelta conforme a las normas generales de la protección diplomática.

37. Al tratar de definir el Derecho aplicable en el presente asunto, la Corte debe pensar en la evolución continua del Derecho Internacional. La protección diplomática concierne a un sector muy delicado de las relaciones internacionales, pues el interés de un Estado extranjero en proteger a sus súbditos tropieza con los derechos del soberano territorial, hecho éste que el Derecho general en la materia ha debido tener en cuenta a fin de evitar los abusos y las fricciones. Estrechamente vinculada desde su origen al comercio internacional, la protección diplomática se ha resentido muy particularmente del desarrollo de las relaciones económicas internacionales, así como de las profundas transformaciones que se han producido en la vida económica de las naciones. Estos últimos cambios han engendrado en Derecho interno instituciones que han rebasado las fronteras y han comenzado a ejercer una considerable influencia en las relaciones internacionales. Uno de esos fenómenos, especialmente en el presente asunto, concierne a la sociedad anónima.

.../...

44. Aunque la sociedad tenga una personalidad moral distinta, un daño causado a la misma afecta a menudo a sus accionistas. Pero el mero hecho de que la sociedad y el accionista sufran ambos un daño no implica que los dos tengan derecho a pedir reparación.

.../...

47. (...) Si se ha menoscabado uno de los derechos propios de los accionistas, éstos tienen un derecho de recurso independiente. Sobre este punto no hay divergencias de opinión entre las Partes. Conviene, sin embargo, distinguir entre un menoscabo directo de los derechos de los accionistas y las dificultades o pérdidas financieras a que pueden encontrarse expuestos por razón de la situación de la sociedad. (...).

.../...

64. La Corte estudiará ahora si existen en el presente asunto otras circunstancias especiales en que pudiera no tener efecto la norma general. Dos situaciones concretas le parecen merecedoras de atención a este respecto: el caso de que la sociedad haya dejado de existir y el caso de que el Estado nacional de la sociedad no tenga legitimación para actuar en favor de ésta (...).

66. (...) Tan sólo la desaparición de la sociedad en Derecho priva a los accionistas de ejercer un recurso por mediación de la sociedad; únicamente cuando les está cerrada toda posibilidad de esa clase puede plantearse, para ellos y para su Gobierno, la cuestión de un derecho de acción independiente (...).

69. La Corte examinará ahora la segunda eventualidad, la de que el Estado nacional de la sociedad no tuviera legitimación para actuar en favor de la misma. La primera cuestión que procede plantearse es la de si el Canadá —tercer vértice en la relación triangular— es en Derecho el Estado nacional de la «Barcelona Traction».

70. Cuando se trata de establecer un nexo entre una sociedad y tal o cual Estado a los fines de la protección diplomática, el Derecho Internacional se basa, si bien sólo en medida limitada, en una analogía con las normas que rigen la nacionalidad de los individuos. La norma tradicional atribuye el derecho de ejercer la protección diplomática de una sociedad al Estado bajo cuyas leyes se ha constituido y en cuyo territorio tiene su sede. Estos dos criterios han sido confirmados por una larga práctica y por muchos instrumentos internacionales. Sin embargo, a veces se consideran como necesarios unos vínculos más estrechos o diferentes para que exista un derecho de protección diplomática. Así ciertos Estados tienen como práctica conceder su protección diplomática a una sociedad constituida conforme a su ley únicamente cuando el domicilio social, la dirección o el centro de control de dicha sociedad se hallan radicados en su territorio, o cuando la mayoría o una parte sustancial de las acciones pertenece a súbditos suyos. (...)

71. En el presente caso no se discute que la sociedad se constituyó en el Canadá ni que su sede estatutaria allí se halla. La constitución de la sociedad conforme al Derecho canadiense fue el resultado de una libre elección. No solamente la sociedad fue formada tal como querían sus fundadores, en virtud del Derecho canadiense, sino que además ha seguido rigiéndose por el Derecho canadiense por espacio de más de cincuenta años. La sociedad ha conservado en el Canadá su sede, su contabilidad y el registro de sus acciones. Allí se han celebrado durante muchos años reuniones del Consejo de Administración. La sociedad figura en los expedientes del fisco canadiense. Así se creó un vínculo estrecho y permanente que se ha reforzado más aún con el transcurso de más de medio siglo. Dicho vínculo no se ha debilitado en absoluto por el hecho de que la sociedad ejerciera desde sus comienzos actividades mercantiles fuera del Canadá, pues tal era su objeto declarado. Las relaciones entre la «Barcelona Traction» y el Canadá son, pues, múltiples.

.../...

76. En resumen, se desprende del sumario que, a partir de 1948, el Gobierno canadiense realizó cerca del Gobierno español numerosas gestiones en las que no cabe ver sino el ejercicio de la protección diplomática de la sociedad «Barcelona Traction». No se trata, pues, de un caso en el que la protección diplomática haya sido rehusada, ni de un caso en que dicha protección haya permanecido en un plano teórico. Además, es manifiesto que, a lo largo de todo el período de su acción diplomática, el Gobierno canadiense tenía pleno conocimiento de la actitud y de la acción del Gobierno belga.

77. Es verdad que en un momento dado el Gobierno canadiense cesó de actuar por cuenta de la «Barcelona Traction», por motivos que no han sido plenamente revelados, aun que un pasaje de una carta de 19 de julio de 1955, procedente del Secretario de Estado

para Asuntos Exteriores del Canadá, hace pensar que, para el Gobierno canadiense, el asunto debía ser resuelto en lo sucesivo mediante negociaciones privadas. El Gobierno canadiense no ha dejado, por ello, de conservar legitimación para ejercer la protección diplomática; ningún obstáculo de orden jurídico le ha impedido hacerlo; no se ha producido ningún hecho susceptible de imposibilitar dicha protección. El Gobierno canadiense cesó en su acción por su libre voluntad.

78. La Corte recuerda que, dentro de los límites fijados por el Derecho Internacional, un Estado puede ejercer su protección diplomática por los medios y en la medida que estime apropiados, ya que es su derecho propio el que se alega. Si las personas físicas o morales por cuenta de las cuales actúa estiman que sus derechos no están suficientemente protegidos, se encuentran sin recursos en Derecho Internacional. Con el fin de defender su causa y obtener justicia, no pueden sino apelar al Derecho interno, si éste les ofrece medios para ello. El legislador nacional puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero. Puede igualmente conceder a los ciudadanos el derecho de exigir que esta obligación sea respetada y apoyar tal derecho con sanciones. Pero todas esas cuestiones son competencia del Derecho interno y no modifican la situación en el plano internacional.

79. El Estado debe ser considerado como el único juez facultado para decidir si concederá su protección, en qué medida lo hará y cuándo le pondrá fin. Posee a este respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede depender de consideraciones, en particular de orden público, ajenas al presente asunto. No siendo su demanda idéntica a la del particular o de la sociedad cuya causa abraza, el Estado goza de una total libertad de acción. Sean cuales fueren los motivos de un cambio de actitud por su parte, el hecho no puede por sí mismo justificar el ejercicio de una protección diplomática por parte de otro Gobierno, a menos que éste tenga para ello un fundamento distinto y válido (...).

96. La Corte considera que la adopción de la tesis de la protección diplomática de los accionistas como tales, al abrir la vía a reclamaciones diplomáticas concurrentes, podría crear un clima de confusión y de inseguridad en las relaciones económicas internacionales. El peligro sería tanto mayor cuanto que las acciones de las sociedades con actividad internacional se encuentran muy diseminadas y con frecuencia cambian de manos. Tal vez cabría alegar que, si el derecho de protección correspondiente a los Estados nacionales de los accionistas no fuera considerado sino como subsidiario en relación con el Estado nacional de la sociedad, el peligro de inconvenientes de la naturaleza indicada sería menor. Sin embargo, el Tribunal debe hacer constar que la esencia de un derecho subsidiario es el no nacer sino en el momento en que cesa de existir el derecho originario. Toda vez que, el derecho de protección correspondiente al Estado nacional de la sociedad no puede ser considerado como extinguido por el hecho de no haber sido ejercido, no es posible admitir que en caso de no ejercicio los Estados nacionales de los accionistas tendrían un derecho de protección subsidiario en relación con el derecho del Estado nacional de la sociedad.

.../...

99. Conviene observar asimismo que los fundadores de una sociedad orientada hacia actividades internacionales deben tener en cuenta el hecho de que los Estados tienen el poder discrecional de conceder o negar la protección diplomática a sus súbditos. Al establecer una sociedad en un país extranjero sus fundadores se mueven normalmente por consideraciones especiales; se trata a menudo de aprovecharse de las ventajas fiscales o de otra naturaleza ofrecidas por el Estado anfitrión. No parece en modo alguno contrario a la equidad el que las ventajas así obtenidas tengan como contrapartida los riesgos creados por el hecho de que la protección de la sociedad y por tanto de sus accionistas, quede así confiada a un Estado distinto del Estado nacional de estos últimos.

100. En el presente asunto, se desprende de lo expuesto más arriba que la «Barcelona Traction» no se ha visto nunca reducida a una impotencia tal que no pudiera dirigirse a su Estado nacional, el Canadá, para solicitar su protección diplomática y que, por lo que sabe la Corte, nada habrá impedido al Canadá seguir concediendo su protección diplomática a la «Barcelona Traction» si hubiera estimado que debía hacerlo.

Por los motivos arriba indicados, la Corte no opina que, en las circunstancias particulares del presente asunto, unas consideraciones de equidad sean susceptibles de conferir legitimación activa al Gobierno belga». (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, arrêt CIJ Recueil 1970, pp. 4 ss) (Traducción de: Casanovas La Rosa, O., *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*, 7ª ed., Tecnos, 2016, pp. 633 y ss).

Algunos aspectos a considerar

- Nacionalidad de las sociedades.
- Derechos de la sociedad y derechos del accionista.
- Discrecionalidad internacional en el ejercicio de la protección diplomática. Su regulación en los órdenes internos.
- ¿A qué se está refiriendo la Corte cuando habla de obligaciones *erga omnes* en los párrafos 33 y 34 transcritos? Habida cuenta de la evolución del Derecho internacional, hoy, si el interés del particular se basase en la violación de un derecho humano, ¿cambiaría la CIJ su razonamiento?

4. Asunto Avena y otros nacionales mejicanos (Méjico c. Estados Unidos de América), Sentencia de la CIJ de 31 de marzo de 2004

Antecedentes: El 9 de enero de 2003, Méjico presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia contra Estados Unidos de América, en razón de la violación de los artículos 5 y 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963. Méjico alegaba que Estados Unidos no había informado sin retraso a 54 detenidos –luego los casos se redujeron a 52- de nacionalidad mejicana sobre su derecho a comunicarse con la oficina consular competente durante el proceso que iba desde su arresto, detención, juicio, declaración de culpabilidad y condena a muerte en Estados Unidos. Por ello, Méjico no había podido prestarles su protección consular ni ellos beneficiarse de ésta tal como se garantiza en los diversos apartados de la sección 1 del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963. Estados Unidos presentó diversas excepciones a la competencia de la Corte y a la admisibilidad de la demanda; entre estas últimas, alegaba que Méjico no podía ejercer la protección diplomática porque los nacionales mejicanos no habían agotado previamente todos los recursos internos reconocidos en el procedimiento penal estadounidense. La Corte consideró inadmisibles estas excepciones (Abellán Honrubia, V., *Prácticas de Derecho internacional público*, J.M.Bosch, 2006, pp. 484 ss)

a) Sentencia de la CIJ de 31 de marzo de 2004

“(…) 40. Méjico, en sus conclusiones finales, solicita a la Corte que declare y juzgue que Estados Unidos, al incumplir la sección 1 del artículo 36 de la Convención de Viena, ha “violado sus obligaciones jurídicas internacionales hacia Méjico, en su derecho propio y en el ejercicio de su derecho a asegurar la protección diplomática de sus nacionales”. La Corte observará en primer lugar que los derechos individuales que los nacionales mejicanos tienen conforme al párrafo b de la sección 1 del artículo 36 de la Convención de Viena, son derechos cuya realización debe ser buscada, en todo caso en primer lugar, en el marco del sistema jurídico interno de Estados Unidos. Únicamente cuando este proceso ha finalizado y los recursos internos se han agotado, Méjico podría hacer suyas

las demandas individuales de sus nacionales por el mecanismo de la protección diplomática. En el presente caso sin embargo, Méjico no pretende actuar únicamente por este mecanismo. Sino que presenta además las demandas en su propio nombre, fundándose en el perjuicio que declara *haber sufrido el mismo, directamente y a través de sus nacionales*, por el hecho de la violación por Estados Unidos de las obligaciones que le incumben al respecto en virtud de los párrafos a), b) y c) de la sección 1 del artículo 36.

La Corte recordará que, en el asunto *LaGrand*, reconoció que “la sección 1 del artículo 36 crea (para el nacional interesado) derechos individuales que pueden ser invocados ante la Corte por el Estado de la nacionalidad de la persona detenida (*CIJ, Recueil, 2001*, p. 494, parr. 77). Observará además que toda violación de los derechos que el individuo ostenta en virtud del artículo 36, puede conllevar una violación de los derechos del Estado que envía y que toda violación de los derechos de este último puede conllevar a una violación de los derechos del individuo. En estas circunstancias particulares de interdependencia entre los derechos del Estado y los derechos individuales, Méjico puede, al someter una demanda en su nombre propio, invitar a la Corte a juzgar sobre la violación de los derechos con respecto a los cuales sostiene haber sido víctima tanto directamente como a través de la violación de los derechos individuales atribuidos a sus nacionales por el párrafo b) de la sección 1 del artículo 36. La obligación de agotar los recursos internos no se aplica a una demanda de este tipo. Por lo demás, por los motivos que se acaban de exponer, la Corte no estima necesario tratar las demandas mejicanas relativas a tales violaciones bajo el ángulo distinto de la protección diplomática. (...) la Corte concluye que la segunda excepción de inadmisibilidad presentada por Estados Unidos no puede ser estimada (parr. 40). (...)” (Asunto relativo a Avena y otros nacionales mejicanos (Méjico c. Estados Unidos de América), Sentencia CIJ, Recueil, 2004).

b) Opinión Individual Del Juez Parra-Aranguren

“(...) 27. Méjico mantiene que hubo violación de la Convención de Viena por Estados Unidos, que hubo un hecho ilícito en las relaciones entre los dos Estados, cada vez que las autoridades estadounidenses no informaron a los nacionales mejicanos arrestados de sus derechos según el párrafo b) de la sección 1 del artículo 36. En consecuencia, la demanda de Méjico es una demanda “mixta”, para usar la terminología de la Comisión de Derecho Internacional, tal como se reconoce en el párrafo 40 de la Sentencia, donde se afirma que hay “circunstancias particulares de interdependencia entre los derechos del Estado y los derechos individuales”. Por lo tanto, correspondía a la Corte determinar si la demanda de Méjico estaba preponderantemente basada en el daño a un nacional y que no se habría llevado ante los tribunales de no haberse dado un daño causado a sus nacionales.

28. En mi opinión, Méjico no habría presentado su demanda contra Estados Unidos si no fuera por la existencia de un daño sufrido por sus nacionales. Consecuentemente la regla del agotamiento de los asuntos internos rige para las demandas sometidas por Méjico “en su propio derecho” en su primera demanda final, y por tanto la Corte debería haber examinado cada uno de los casos individuales para determinar si los recursos internos se habían agotado (...). Si éste no fuera el caso, las demandas presentadas por Méjico en el ejercicio de la protección diplomática por sus nacionales deberían ser rechazadas, excepto si entraran en alguna de las excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos establecidas por la costumbre internacional, teniendo en cuenta el artículo 10 del Proyecto de artículos sobre la Protección Diplomática preparado por la Comisión de Derecho Internacional (...). Por lo tanto, no puedo estar de acuerdo con la conclusión alcanzada en el párrafo 40 de la Sentencia. (...)” ((Asunto relativo a Avena y otros nacionales mejicanos (Méjico c. Estados Unidos de América), Sentencia CIJ, Recueil, 2004).

c) Opinión individual del juez Vereshchetin

“ (...) 10. Personalmente comparto la postura de la mayoría de que las demandas de Méjico son admisibles y que la obligación de agotar los recursos internos no se aplica en este caso. Sin embargo, mi postura sobre la naturaleza de las “circunstancias particulares” en cuestión es bastante diferente de la que se expone en el párrafo 40 de la Sentencia. Desde mi punto de vista, las circunstancias particulares que, en el asunto de esta Sentencia, exceptúan en este caso concreto el agotamiento de los recursos internos no se basan en el especial carácter del artículo 36 de la Convención de Viena, sino más bien en las particulares circunstancias de hecho del caso concreto ante la Corte, como explicaré más abajo. (...)”

11. Los derechos individuales de los nacionales mejicanos definidos en el párrafo b) de la sección 1 del artículo 36 de la Convención de Viena, son ciertamente, “derechos cuya realización debe ser buscada, en todo caso en primer lugar, en el marco del sistema jurídico interno de Estados Unidos” (párr. 40 de la Sentencia). En principio, sólo cuando este proceso ha finalizado y los recursos internos se han agotado, podría Méjico llevar adelante el caso haciendo suyas las demandas individuales de sus nacionales ante esta Corte. Sin embargo, el caso *LaGrand* demostró que la amplia extensión de posibles recursos internos del procedimiento penal en Estados Unidos tendía a agotarse sólo poco tiempo antes de la ejecución de los individuos sentenciados a pena de muerte. En consecuencia, hay un riesgo de que las demandas basadas en la protección diplomática con respecto a tales individuos se presenten ante esta Corte en circunstancias tales que estos últimos quedarían imposibilitados de acceder útilmente a estos recursos.

12. En las especiales circunstancias del presente caso, en el momento en el que la demanda fue presentada todos los mejicanos nacionales implicados estaban ya en el corredor de la muerte y por tanto sus vidas estaban en riesgo. En tales circunstancias, pedir que todos los recursos internos relativos a la violación de la sección 1 del artículo 36 hubieran sido completamente agotados para que Méjico pudiera ejercer su derecho a la protección diplomática de estos nacionales, podría llevar al resultado absurdo de que esta Corte tuviera que decidir en un momento en el que su decisión no tendría ningún efecto práctico. Esta es la razón por la que, precisamente porque la mayoría de los casos respectivos no habían todavía alcanzado la etapa final en el proceso penal en Estados Unidos, y en la esperanza de que esta Corte pudiera clarificar el asunto desde la perspectiva del derecho internacional, Méjico podía presentar sus demandas tanto en su propio derecho como en el del ejercicio de su derecho a la protección diplomática de sus nacionales.

13. Para concluir, la Corte debería haber utilizado el criterio de la “preponderancia” en las demandas mixtas mejicanas basadas tanto en los derechos propios de Méjico como en el ejercicio de su derecho a la protección diplomática de sus nacionales, y así mantener la coherencia con su jurisprudencia anterior sobre el derecho de la protección diplomática. Habiendo considerado que las demandas estaban esencialmente basadas en la protección diplomática, la Corte debería haber sostenido que la regla del agotamiento de los recursos internos era inaplicable no porque el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, supuestamente difiera en esencia de otras disposiciones convencionales que crean derechos individuales, sino más bien por las muy particulares circunstancias del caso en cuestión, tal como se han explicado arriba. (...)” (Asunto relativo a Avena y otros nacionales mejicanos (Méjico c. Estados Unidos de América), Sentencia CIJ, Recueil, 2004).

Algunos aspectos a considerar

- La regla del agotamiento de los recursos internos: fundamento; excepciones.
- Las reclamaciones mixtas: criterios para determinar si una reclamación es “directa” o “indirecta”: el criterio de la preponderancia