

**LA PROTECCION DE ESPAÑÓLES  
EN EL EXTRANJERO.  
PRACTICA CONSTITUCIONAL**

**por CASTOR M. DIAZ BARRADO**



## SUMARIO

### Nota previa

- I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS
- II. MANIFESTACIONES DE LA PROTECCION BRINDADA POR EL ESTADO ESPAÑOL A SUS NACIONALES EN EL EXTRANJERO
  1. **La asistencia consular**
  2. **La protección consular**
  3. **La protección diplomática**
- III. DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO ESPAÑOL EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCION
  1. **Contradicciones en la teoría de la discrecionalidad del Estado en la concesión de la protección**
  2. **Posición jurídica del Estado español a la hora de otorgar la protección**
- IV. MECANISMOS POR LOS QUE HACE EFECTIVA LA PROTECCION
  1. **Los procedimientos jurisdiccionales de solución de controversias**
  2. **Las negociaciones diplomáticas conducentes a acuerdos de protección**
  3. **La aplicación del ordenamiento interno del Estado en el que se halla o reside el particular**
  4. **La aplicación del ordenamiento interno del Estado «protector»**
- V. CONSIDERACIONES FINALES



## Nota previa

El 19 de enero de 1983, el editorial del periódico español *Diario 16*, se titulaba «Españoles desprotegidos», y en él, al hilo de ciertos asuntos que, por entonces, ocupaban a la opinión pública española, se afirmaba que «la imagen exterior de un país es fiel reflejo de su situación interior, tanto en lo político como en lo económico o cultural. Una nación sin pulso o con escasa confianza en sí misma, suele ser una sombra en la política internacional, y sus ciudadanos, cuando salen de sus fronteras, se encuentran a merced de cualquier arbitrariedad en cualquier país». Dejando a un lado las afirmaciones coyunturales o excesivas, superando las disensiones políticas y despejando las hojas que, a veces, ocultan la realidad, la verdad es que las palabras, hoy amarillentas, de aquel editorial periodístico, invitaban a la reflexión instantánea. Los *iusinternacionalistas*, hace tiempo que están «enfrascados» en el fondo de esta reflexión, pretendiendo desbrozar, mediante conceptos, lo que constituye el comportamiento habitual de los Estados cuando sus nacionales, y en ocasiones otras personas físicas, se hallan en peligro o sus derechos o bienes se encuentran afectados por el comportamiento de otros Estados en ámbitos bajo el control y jurisdicción de éstos.

Descubrir, penetrar y escudriñar, con escrupulosidad, en el comportamiento del Estado español no ha sido fácil, pero, al menos, lo hecho podrá servir para mostrar, aunque sólo parcialmente, *hasta dónde y cómo este Estado es capaz de garantizar los derechos de sus ciudadanos en el extranjero*. Escoja el lector la opinión que más le plazca, pero no dejaré, por ello, de ofrecerle, en cuanto pueda, otras perspectivas y, así, recordaré que el día 21 de ese gélido mes de enero, el entonces Director General de la Oficina de Información Diplomática, en cartas al Director, hacía las siguientes «Aclaraciones»: «La labor callada y sacrificada de nuestro Ministerio y del Cuerpo profesional que le sirve no merece un trato ligero e injusto como el que parece dispensarle su editorial».

No ha sido habitual que, en mi tarea de investigación, haya encontrado facilidades para desarrollarla. Quizá, tampoco tengo ahora el entusiasmo necesario

para lamentarme de ello, pero creo estar obligado a expresar públicamente mi agradecimiento a las personas que han hecho posible mi quehacer investigador en este campo, sobre todo, por su capacidad para discernir a quién no le mueven intereses meramente políticos, y su confianza en la discreción, sin merma del contenido de los análisis, que debe anidar en todo investigador. Gracias, pues, a todo el personal de la Dirección General de Asuntos Consulares del Ministerio español de Asuntos Exteriores y, muy, en particular, a la persona que, no sólo nos abrió las puertas a la investigación sobre la labor de protección de españoles en extranjero, sino que también escuchó con paciencia, y comentó y dialogó con pasión: D. Pedro Jiménez Nájchez, por entonces, Subdirector de esa Dirección.

Por último, he de señalar que el lector podrá apreciar cómo, a lo largo del trabajo, aparecen frases entrecomilladas de las que no se indica su fuente, lo que se debe, como se deduce fácilmente, a que se trata de «escritos sueltos» dirigidos normalmente a la Dirección General de Asuntos Consulares y que forman parte de los respectivos expedientes.

## I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Hace tiempo que la *protección diplomática* apareció en el orden jurídico internacional constituyéndose enseguida en una de sus señas de identidad. Hasta tal punto ha sido así, que la mera formulación de las expresiones «protección diplomática» evoca siempre su pertenencia al Derecho de gentes, remarcando, además, la originalidad de éste en cuanto a los medios que en él se utilizan para la aplicación de normas. Quizá pueda decirse que el contenido de la *protección diplomática* revela aún de manera muy clara los *rasgos definitorios* del actual derecho internacional, ya que las normas que la regulan —los contextos en los que aparece y los medios para hacerla efectiva— ponen de relieve *los aspectos puramente relacionales* que habitan en él, imprescindibles, en todo caso, para comprender el sentido último de este ordenamiento, a pesar del grado de institucionalización que, sin duda, ha experimentado en los últimos cincuenta años.

Hasta ahora, la protección diplomática sólo ha sido posible concebirla en un contexto así que, utilizando palabras de Gutiérrez Espada, podríamos describir de la siguiente forma: «la división y diversidad de la sociedad internacional contemporánea es la que explica la ampliación de las funciones del Derecho Internacional Público, es la que condiciona el sistema normativo al hacerlo incierto y favorecer, así, su quebrantamiento, y es, en fin, la que condiciona su aparato institucional, impidiendo la existencia de órganos internacionales comunes y fuertes y entorpeciendo el funcionamiento de los que existen» (1). Comoquiera

---

(1) C. GUTIÉRREZ ESPADA, *Hacia un compendio de Derecho Internacional Público*, Barcelona, 1991, p. 49.

que sea, el Derecho Internacional, como afirmó Thierry, conoce una institución *particularmente original* que no es otra que la protección diplomática (2).

Reconozcamos, sin embargo, que en la actualidad se han moderado, en relación con épocas pasadas, los mecanismos a través de los cuales se ejercita la acción exterior de los Estados en favor de personas físicas y que, con independencia de la relación de fuerzas existente entre el Estado que actúa y «contra» el Estado que se actúa, la diplomacia ha optado finalmente por utilizar al máximo los medios que le son propios: *la discreción y el diálogo*; y ello aunque, en ocasiones, la acción se concrete y realice al más alto nivel. Se ha llegado, de este modo, a que, bajo los términos «protección diplomática», se engloben, no sólo la acción exterior de un Estado mediante la cual éste hace suya la reclamación de uno de sus nacionales, sometiéndola a un procedimiento formal de solución de controversias internacionales, sino también *todas las acciones, interposiciones, gestiones, y demás actividades* que el Estado realiza en favor de sus nacionales en el extranjero, primordialmente cuando éstos han sido víctimas de la violación de una obligación internacional por otro Estado o, incluso, en situaciones jurídicas en las que no se produce el incumplimiento de normas internacionales.

En esta línea de flexibilidad de conceptos y contenidos, creo que es posible sostener: primero, que la protección diplomática ha perdido los *tintes dramáticos* que le eran propios en épocas pasadas en las que, a veces, para la defensa de los nacionales de un Estado, éste causaba a otro Estado daños desproporcionados con la ofensa que generó la acción de protección. En otras palabras, la acción exterior del Estado en defensa de personas físicas halla hoy *límites muy precisos* en normas fundamentales del Derecho Internacional. Segundo, la protección diplomática, en cuanto medio eficaz para asegurar la aplicación de normas internacionales, ha ido perdiendo, poco a poco, ámbito material de aplicación. Tercero, el modo de ejercitar ese derecho indiscutido de los Estados de defender a sus nacionales y los intereses de éstos cuando residan en el extranjero varía, como es obvio, de un Estado a otro en función, sobre todo, de las condiciones políticas, económicas, históricas y de otra índole que definan al Estado en cuestión.

Quizá todo esto, y mucho más, es lo que ha llevado a algunos autores, como Díez de Velasco, a hablar, con razón, de que la protección diplomática se encuentra en crisis (3) o, por lo menos, cabe sostener, con Ch. De Visscher, que, en el estado actual, la protección diplomática ofrece una combinación bastante

---

(2) H. THIERRY; J. COMBACAU; S. SUR y Ch. VALLE, *Droit International Public*, París, 1986, p. 644. Por su parte DREYFUS la calificó como *un mecanismo especial* que permite al Estado del cual el individuo es nacional, hacer suyas las reclamaciones de éste, víctima directa del daño, Cfr. *Droit des Relations Internationales*, París, 1978, p. 178.

(3) M. Díez DE VELASCO, Reflexiones sobre la protección diplomática, *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del Profesor D. Antonio Truyol Serra*, Madrid, 1986, t. I, pp. 378-ss. Del mismo autor: Las sociedades ante el Derecho Internacional: especial referencia a la protección diplomática de personas y de capitales. *Estudios en homenaje a A. Rodríguez Sastre*, Madrid, 1985, pp. 197 ss.; y La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires, *R.C.A.D.I.*, 1974-I, pp. 93-179.

desconcertante de elementos heterogéneos (4). Ahondemos, no obstante, en las consideraciones anteriores, con el fin de diseñar los límites y objetivos de este trabajo de investigación:

i) Tanto en el artículo 3, 1 *b* del *Convenio de Viena sobre Relaciones diplomáticas* de 1961 como en el artículo 5, 1 del *Convenio de Viena sobre relaciones consulares* de 1963, cuando se reconoce la función del personal diplomático y consular de los Estados de proteger a sus nacionales, se incluyen las expresiones «dentro de los límites permitidos por el Derecho internacional». Como se sabe, la incorporación de estas expresiones en el Convenio de 1961, del cual las retoma el Convenio de 1963, se debió a que, durante la *Conferencia sobre relaciones e inmunidades diplomáticas*, las diversas delegaciones aceptaron la enmienda presentada por Méjico en tal sentido y que, según la mayoría de los participantes en esa Conferencia, expresaba, debido a su redacción, mejor que cualesquiera de las otras enmiendas formuladas en la misma dirección, el significado más profundo de las mismas.

Si se repasa la historia de la protección diplomática, se comprende fácilmente por qué tales expresiones aparecen en el texto definitivo de estos Convenios, y todavía más lógico resulta que fuese un Estado iberoamericano el promotor de la incorporación. En efecto, cuando se aborda el estudio de esta institución entendida en sentido amplio —y estoy convencido de que lo mismo sucede cuando se pretende hacer efectiva en determinados supuestos por parte de los Estados—, tanto *los internacionalistas* como *los encargados de la diplomacia* han tenido siempre en sus mentes los contradictorios sentimientos que provoca, y que van desde el apoyo incondicional a los intereses que mediante ella se protegen hasta la pretensión, por parte de algunos, de «desterrarla» del orden jurídico, pasando, cómo no, por toda una amplia gama de reacciones de apoyo y sentimientos de sospecha que genera (o ha generado) su puesta en práctica. No me resisto pues a la tentación de recoger textualmente las expresiones de un diplomático iberoamericano del siglo pasado que, a mi juicio, se hacen eco de esos contradictorios sentimientos a los que me refiero.

Albertini sostuvo que «Es muy laudable, sin duda, el espíritu de esa ley internacional que, por el intermediario de los agentes públicos, *extiende la mano protectora del Estado sobre sus súbditos hasta las más apartadas regiones*; pero lamentables son también los frecuentes abusos que a la sombra de ella se cometen, falseando su mente». Para continuar indicando, de manera más amarga y a la luz de la experiencia americana que «Tristísimos ejemplos tenemos en América de la *caprichosa interpretación* de ese importante principio del derecho de gentes. Agentes diplomáticos hemos visto, con harta frecuencia, que, so pretexto de defender las personas o los intereses de sus nacionales, y con el verdadero objeto de manifestar un exagerado celo, que los hiciese acreedores a las simpatías de su gobierno, han

(4) Cfr. DE VISSCHER, Ch. *Théories et réalités en Droit International Public*, 4.<sup>a</sup> ed., París, 1970, p. 305.

pretendido sobreponerse a los principios de nuestra legislación y erigirse arbitrariamente, cuando no en jueces, por lo menos en amargos censores de ella» (5).

También, durante las diversas fases del proceso que condujo a la elaboración del Convenio de Viena de 1961 se fueron haciendo patentes las cautelas que el reconocimiento del derecho a la protección diplomática debería llevar incorporadas. Sirva como síntesis la intervención del representante de la República Árabe Unida, en la citada Conferencia de Viena, cuando indicó que «no sorprende que el apartado b) haya despertado temores, que se han expresado no sólo en la Conferencia sino también en la Comisión de Derecho Internacional, en las observaciones hechas por los gobiernos al antedicho proyecto y en la sexta Comisión de la Asamblea General». El Sr. El-Erian, antes de desarrollar su pensamiento al respecto señaló que «se ha aludido a las *infortunadas* connotaciones de la palabra —protección—» (6).

Con todo quiero significar, simplemente, que los límites que señalan tales preceptos están referidos a que la acción de protección de los nacionales en el extranjero no debe suponer, en ningún caso, *una injerencia en los asuntos internos del Estado receptor*. Se trata, por consiguiente, de límites que afectan al derecho que se reconoce a todos los Estados, por el ordenamiento internacional, de actuar en favor de sus nacionales en el extranjero y, en particular, a los modos de ejercitar la eventual protección (7), siendo ésta la razón principal por la cual «la protección diplomática» se configura básicamente como un derecho de los Estados en sus relaciones mutuas.

---

(5) L. E. ALBERTINI, *Derecho diplomático en sus aplicaciones especiales a las Repúblicas Sud-americanas*, París-México, 1891 (cursiva añadida). Y, en este sentido, nada de razón le falta a C. Sepulveda cuando afirma que el empleo de lo que él denomina «interposición diplomática» es causa de irritación en las relaciones internacionales, Cfr. *Derecho Internacional Público*, 4.ª ed., México, 1971, p. 225.

(6) *Actas resumidas, Conferencia de las Naciones Unidas sobre relaciones e inmunidades diplomáticas*, Viena, 1961, p. 83, párr. 16.

(7) Los límites, establecidos en el derecho internacional, *al uso de la fuerza en las relaciones internacionales*, hacen inconcebible que la protección o las acciones diplomáticas, se lleven a cabo, actualmente, a través de este medio, estando pues sometidas, como otros procedimientos de aplicación de normas internacionales, *al imperio de la solución pacífica de las controversias*. Lejos están, ciertamente, aquellos episodios en los que Potencias, sobre todo europeas, como España, procedían al envío de fuerzas armadas contra Estados iberoamericanos o al Norte de África por el trato que en estos territorios se daba a nacionales de aquéllos. Y más lejos aún resuenan los ecos de las afirmaciones doctrinales de P. FAUCHILLE, para quien: «El Estado tiene el derecho y el deber de proteger a sus nacionales residentes en el extranjero, por los medios permitidos por el Derecho Internacional, y recurrir, según las circunstancias a medios coercitivos, incluso a la guerra» (Cfr. *Traité de Droit International Public*, París, 1922, p. 884, cursiva añadida). Ahora bien, no se olvide tampoco que en los supuestos en los que usualmente podría tener lugar la protección de nacionales en el extranjero por parte de los Estados, éstos se han resistido, y aún se resisten, más que en otros sectores, a renunciar a la fuerza como medio para llevarla a efecto. Piénsese que todavía se discute acerca de la legalidad o no del uso de la fuerza «con base en consideraciones humanitarias» tendente a proteger a los nacionales residentes en el extranjero (C. M. DÍAZ BARRADO, *La pretensión de justificar el uso de la fuerza con base en consideraciones humanitarias*, R.E.D.I., 1988, pp. 41-78; y C. GUTIÉRREZ ESPADA, *El uso de la fuerza y el Derecho Internacional después de la descolonización*, Valladolid, 1988).

ii) Se observa, además, una clara pérdida de ámbito material de la protección diplomática, pues el avance en la *cooperación internacional* y la *inter-dependencia* han traído consigo que muchos de los sectores en los que tradicionalmente intervenía —o podía intervenir— hayan recibido una regulación —fundamentalmente mediante la celebración de tratados—, cuya aplicación no deja lugar a los mecanismos ordinarios utilizados para llevar a cabo dicha protección. Así, por ejemplo, la defensa de los *emigrantes españoles*, aunque exige aún cierta acción de la diplomacia española, ha encontrado base en acuerdos internacionales y de este modo los posibles daños personales o económicos que sufra ese «colectivo» son resueltos jurídicamente mediante la aplicación de los acuerdos concluidos al efecto. Del mismo modo, los llamados *acuerdos de establecimiento* no prevén la acción diplomática sino el cumplimiento de los mismos por los medios que en ellos se establezcan. Además, cuando la cooperación ha llevado a *procesos de integración*, como sucede con la Comunidad Europea, los eventuales conflictos derivados por daños causados a nacionales de un Estado miembro, se resuelven ya en un ámbito normativo bien delimitado sin que, por ensoñación, tengan cabida medidas propias de la acción diplomática tradicional.

Pero, sobre todo, el proceso conducente a la *institucionalización, codificación y desarrollo progresivo*, en materia de derechos humanos, ha restado bastante ámbito material de aplicación a la protección diplomática de personas físicas en sentido estricto, en la medida en que, en los acuerdos al efecto, se prevén *mecanismos propios* para garantizar, desbordando la acción diplomática, el goce de esos derechos. En otros términos, la defensa de los derechos fundamentales de los nacionales ya no pasa necesariamente, en estos casos, por una acción directa del Estado a través de sus medios diplomáticos (8). Incluso, no sería extravagantemente exagerado mantener que algunos convenios sobre derechos humanos, como es el caso del *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*, han incorporado formalmente a sus disposiciones, y delimitado así en el seno de un sistema garante de los derechos humanos, mecanismos que antes estaban ubicados en el contexto «más discrecional y generador de controversias internacionales» de la protección diplomática. A esto parece referirse Mariño Menéndez, cuando destaca que estos acuerdos hacen notoria la insuficiencia del mecanismo de la protección diplomática ya que mediante ellos «un Estado parte puede demandar a cualquier otro por violación de derechos de personas que no sean nacionales del primero, y así —*protegerlas diplomáticamente*—» (9).

---

(8) Observemos, por ejemplo, cómo el Estado español desbordó este ámbito cuando el Ministro de Asuntos Exteriores, con ocasión del «asunto del pesquero Valle de Atxondo», advirtió de la posibilidad de que la Comisión Europea de Derechos Humanos, tuviera conocimiento del mismo, al señalar que: «El Gobierno español, como tal, el Estado español, en su diferencia jurídico-política con el Estado francés, aparte de tener abierta la vía diplomática (...) *cuenta con otras posibilidades*, entre ellas la que concede la Convención para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales». *O.I.D.*, 1984, p. 202.

(9) F. MARIÑO MENÉNDEZ, *Nociones de Derecho Internacional Público* 3.<sup>a</sup> ed., Zaragoza, 1990, p. 308 (cursiva añadida).

Estos acuerdos han logrado, sin duda, que salten por los aires los cauces a través de los cuales se llevaba a efecto normalmente la protección diplomática, situando así la defensa de los derechos humanos básicos en los límites más precisos de procedimientos de otra naturaleza, con otro contenido y, sobre todo, con consecuencias jurídicas diferentes para los infractores de las normas que protegen y garantizan tales derechos. En definitiva, la protección diplomática y, en sentido amplio, las acciones de los Estados tendentes a proteger a sus nacionales que residen en el extranjero se nos presentan hoy con un carácter más subsidiario y residual que como *mecanismos habituales* de aplicación de normas internacionales.

iii) Estando claro que la protección diplomática «corretea» por amplios sectores de este orden jurídico sin encontrar perfecta ubicación en ninguno de ellos, parecería que su puesta en práctica, exigiría siempre la existencia de una *controversia internacional*, cuya solución sólo sería posible, acorde a la normativa internacional vigente, por medios pacíficos. En la práctica, no obstante, los Estados orientan su conducta hacia medidas precisas antes de que surja formalmente la controversia, y a través de acciones o gestiones diplomáticas que difuminen el conflicto surgido entre ellos a resultas de un determinado asunto; lo que, al mismo tiempo, hace que resulten borrosos los perfiles de la propia protección diplomática.

Ello explica que el fenómeno, en términos amplios, de la protección diplomática, esté *en fase de revisión y transformación*, de tal modo que, en la actualidad, priman, por decirlo así, los elementos suaves de esta institución frente a los elementos que podríamos denominar más duros. En este sentido, el examen de la práctica española, puede contribuir a clarificar muchos de los aspectos que integran el contenido de lo que se entiende, en sentido amplio, por *protección diplomática*, llevándonos quizá a la necesidad de reformular su contenido y rediseñar conceptualmente las maneras en las que se manifiesta el ejercicio de la misma. La práctica de cualquier Estado contribuye a la formación de las normas jurídicas internacionales que regulan la protección diplomática y, sobre la base de lo que es generalmente aceptado por todos, la *práctica particular* de un Estado enriquece la práctica general. Por ello, considero que no es inútil el examen de la *práctica española* en esta materia y, en particular el estudio de ésta tras la adopción del texto constitucional, ya que, si bien es cierto que podrían existir —como existen— soluciones de continuidad en la defensa de los nacionales independientemente del régimen político imperante en un Estado determinado, también es verdad que el ámbito en el que preferentemente se mueve hoy la protección o acción diplomática en favor de personas físicas está muy condicionado por el grado de protección «habitual» que en el territorio del Estado, primordialmente en defensa de los derechos humanos, se proporcione a las personas bajo su jurisdicción.

Por esto hemos de considerar, debidamente, que el ejercicio de la protección diplomática requiere, por más que no se quiera, tomar en consideración conjuntamente *el sistema jurídico internacional y los ordenamientos internos*, al

menos en un doble sentido: para determinar la obligación o no de los órganos del Estado de llevar a cabo la protección de sus nacionales en el extranjero con base en normas de su ordenamiento jurídico y, sobre todo, a los efectos de plantearse las posibles indemnizaciones —y los mecanismos de carácter interno para hacerlas efectivas— que los nacionales de un Estado puedan percibir como consecuencia de los comportamientos de otros Estados. La aproximación así entre *los intereses de los Estados y los intereses de los particulares* es real y está más cercana la superación de la «ficción» —que ha recibido carta de naturaleza a través de posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales—, según la cual cuando el Estado ejerce la protección diplomática hace valer frente a otro Estado un derecho propio.

No quisiera dar la impresión, con lo anteriormente dicho, de que la protección diplomática ejercida en el contexto descrito se nos presenta, en la actualidad, como una medida «inmaculada», al estar destinada a la defensa y protección de los derechos de los individuos, pues un aspecto de ella que permanece inalterable —esto es, la protección diplomática está destinada básicamente a la defensa de los nacionales del Estado en cuestión— revela *una de las caras más crueles* de la misma. Bien es verdad, como se ha dicho muchas veces, y como señaló acertadamente Makarov, que «Como personas físicas que pueden ser protegidas por el Estado hemos de mencionar en primer lugar a los súbditos del Estado que concede la protección. Sin embargo, en ciertos casos excepcionales, el Estado *puede proteger también a extranjeros*» (10), pero es natural que los Estados asuman esencialmente la defensa de sus nacionales «en detrimento normalmente» de nacionales de otro Estado y fundamentalmente de los que ostentan la nacionalidad del Estado «contra» el que se ejerce la protección.

Esto ni tan siquiera se ha superado mediante la utilización de otros mecanismos más flexibles, como es el caso, por un lado, de la *protección humanitaria* que no satisface las necesidades que existen en este campo, ni por lo que podríamos denominar la «protección diplomática colectiva» entendida en sentido amplio, y que se ejerce, cada vez con mayor frecuencia, bajo el impulso de la acción de los *Estados comunitarios*.

Sigo pensando, pues, que en la sociedad internacional, tal y como es, su ordenamiento jurídico no ha encontrado el modo de superar, por ahora, está dramática contradicción y, por supuesto, no me atrevería a dar, en este momento, un paso más allá de la afirmación de que, en determinados casos, nacionales de un Estado se han podido beneficiar, por lo que a nosotros respecta, de las acciones y gestiones diplomáticas ejercidas por el Estado español, sobre todo, porque los extranjeros fueron víctimas del mismo hecho y en las mismas circunstancias que los nacionales españoles y, con mayor fundamento jurídico, porque mantenían algún vínculo con el Estado español.

---

(10) A. MAKAROV, Consideraciones sobre el derecho de protección diplomática, *R.E.D.I.*, 1955, pp. 518-519 (cursiva añadida). Mucho antes, se expresó en tal sentido, L. E. BOEUF, *De la protection diplomatique et consulaire des indigènes au Maroc*, París, 1905.

Por tanto, mal ubicada, desprovista de cierto ámbito de aplicación material que antes poseía, perdiendo los perfiles que le eran propios, *la protección diplomática* no se resigna a permanecer, como un sugerente epitafio, inscrita eternamente en viejos manuales de Derecho Internacional, y así pretende renovarse y «desperzarse», ya que algo esencial permanece en una sociedad internacional como la nuestra, poco integrada y escasamente solidaria: *la defensa por los Estados de los derechos, intereses y bienes de personas físicas*.

## II. MANIFESTACIONES DE LA PROTECCION BRINDADA POR EL ESTADO ESPAÑOL A SUS NACIONALES EN EL EXTRANJERO

Es abundante la práctica de acciones y gestiones llevadas a cabo por los órganos de los Estados encargados de las relaciones internacionales de éstos, y destinadas a *proteger, restablecer, mantener o asegurar los derechos de sus nacionales*, u otras personas, en el extranjero. Cuando el Estado español asume la defensa de sus nacionales que se encuentran en el extranjero, los derechos que, a través la acción de protección garantiza, *son de muy diversa naturaleza*. Con frecuencia, las distintas manifestaciones de la acción diplomática y consular aspiran: bien a garantizar el disfrute de *derechos humanos básicos*, tales como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o a un proceso justo y equitativo, o bien el derecho de los particulares *a no verse privados de sus bienes* o, en su caso, a recibir la compensación o indemnización correspondiente por los daños sufridos. En el fondo, la naturaleza y el contenido de estas acciones estarán siempre condicionados por *las situaciones concretas* en las que los particulares pueden llegar a encontrarse, y que son, como se sabe, de lo más variadas.

La práctica de los Estados revela, palmariamente, que es preciso utilizar *diversos medios*, situarse en *diferentes niveles* y, muchas veces, *combinarlos* todos ellos, si se quiere alcanzar con éxito el objetivo perseguido, es decir, *proteger eficazmente* los derechos y los intereses, en nuestro caso, de los españoles en el extranjero.

i) Antes de penetrar en el examen de las diversas manifestaciones de la acción de protección, quisiera destacar ciertas conductas que, entroncadas en un sistema general de protección, están orientadas a la protección de españoles que se hallan inmersos en situaciones concretas. Se trata, muchas veces, de *medidas de carácter preventivo* (11) que manifiestan, por lo menos, la intención del Estado

---

(11) Así lo señaló el Gobierno español al hilo del asunto «Martínez Liste», al decir que «la protección, por tanto, que viene ejerciendo el Gobierno de España respecto de sus nacionales o sus intereses en el extranjero, es la preventiva que se deriva de las buenas relaciones donde los contenciosos se solucionan en base al respeto de los intereses mutuos (...), R.E.I., 1985, p. 1.043. (El ciudadano español Antonio Martínez Liste falleció, en situación lamentable, el 2 de febrero de 1985 en la pista del

de evitar que se produzcan situaciones que les llevarían a comportamientos más comprometidos en relación con otros Estados, o a eventuales controversias internacionales, al estimarse que la mejor protección consiste en salvaguardar los derechos de los nacionales, antes de que tenga lugar el hecho que produce su eventual vulneración, y que, en todo caso, sitúan a la protección en niveles inferiores al plano estrictamente internacional, aunque tienen una clara proyección sobre éste.

Es posible comprobar, cómo los servicios exteriores del Estado español no sólo se activan inmediatamente cuando tienen conocimiento de un determinado supuesto que podría dar lugar eventualmente al ejercicio de acciones diplomáticas o consulares en defensa de sus ciudadanos, sino que están alerta e indagan, incluso, sobre la *situación en la que se encuentran los españoles* cuando acontece algún hecho extraordinario que pueda afectar a sus vidas o intereses (12). Y, todo ello, se ha materializado mediante medidas concretas, como podemos apreciarlo en dos asuntos recientes de enorme trascendencia internacional: Con ocasión de la crisis en la zona del Golfo Pérsico en 1991, el Gobierno español aclaró, a preguntas de un senador, que se había constituido un «servicio de emergencia» que, con los medios materiales y apoyos imprescindibles «establece una *estrecha comunicación* con nuestros representantes diplomáticos y consulares destacados en el lugar de la crisis y, en contacto y colaboración *constante* con ellos, procediéndose incluso al envío de los refuerzos de personal que sean precisos, va tomando las decisiones más convenientes *para asegurar la protección* de los españoles» (13). De la misma manera, puesto que la intervención de los Estados Unidos en Panamá afectó a bienes de españoles radicados en este país centroamericano, el Gobierno español señaló que el Ministerio de Asuntos Exteriores había establecido desde hacía tiempo, lo que era aplicable al caso, «*un sistema de ayudas económicas*, con carácter de reintegrable o a fondo perdido, para aten-

---

aeropuerto de Malabo, como consecuencia de las heridas sufridas por arrojarse del vehículo en el que la policía guineana le transportaba a dicho aeropuerto, con el fin de que abandonase, cuanto antes, el país africano, dado que mantenía un grave contencioso con sus socios (también españoles) en relación con ciertos negocios.

(12) Observemos que esta «diligencia diplomática» se ha plasmado, notoriamente, en algunos sucesos recientes de los que se ha tenido amplio conocimiento a través de los *comunicados difundidos por la O.I.D.* Por sólo citar algunos ejemplos, este organismo informó, en 1981, de que la Embajada española en Beirut no fue bombardeada y que no se produjeron, en consecuencia, *daños en bienes o personas de nacionalidad española*; ese mismo año se comunicó a la opinión pública que no resultó afectada *la colonia española* en Gambia a pesar de los trágicos sucesos ocurridos en este país, y que ningún *ciudadano español* se encontraba en el hotel Norfolk en el momento en el que se produjo la explosión; y, en la misma línea, se informó de que no fue afectada *la colonia española* en Santa Cruz (Bolivia); en 1982, la Embajada española en Canadá comprobó que no se habían producido *víctimas de nacionalidad española* en el accidente de la plataforma petrolífera; y en 1984 se tuvo conocimiento de que la Embajada española en Beirut fue alcanzada pero que *no se produjeron daños personales*. *Vid.*, asimismo, las medidas para la evacuación de *ciudadanos españoles* de Bagdad, *O.I.D.*, 1985, p. 597; Terremoto en Mejico, *ibíd.*, pp. 612-615; Guerra del Líbano, *ibíd.*, 1987, p. 447 (...).

(13) *R.E.D.I.*, 1991, p. 144.

der en el ámbito de la función consular de protección o asistencia, las situaciones de necesidad» en que pudieran encontrarse ciudadanos españoles (14).

ii) El resultado final que se obtenga, al poner en marcha las medidas de protección, y los mecanismos que se empleen, guardarán una estrecha relación, no sólo con el número o la naturaleza de las gestiones realizadas sino también con *el nivel alcanzado* en las mismas, en función de los entes que participaron en ellas. En este ámbito se observan, también a través de la práctica española, *ciertos cambios y transformaciones en la doctrina tradicional de la protección*, por lo que hemos de considerar, primero, al Estado que, a través de ciertos órganos del mismo, será quien *normalmente* lleve a cabo tal función; asimismo, hemos de apreciar, en segundo lugar, la aparición de un *nuevo sistema de protección* cuyo peso no recae sobre los hombros de los Estados considerados individualmente, sino agrupados en el marco de un *sistema de cooperación política*;

a) Por lo que respecta a la *protección puramente estatal*, hay que aceptar que, entre las tareas que corresponden a los respectivos Ministerios de Asuntos Exteriores de los Estados, ocupa *un lugar preferente* la relativa a la protección de sus nacionales en el extranjero. El quehacer de protección lo desarrollan, ante todo, los órganos del Estado encargados específicamente de la relaciones internacionales de éste (es decir, el personal diplomático y consular), sobre la base de lo dispuesto, al efecto, tanto en normas internas como internacionales. En particular, el Derecho Internacional, contempla entre las *funciones* de los órganos del Estado encargados específicamente de la acción exterior de éste, la relativa a la *protección y defensa de los derechos e intereses de sus nacionales cuando éstos residan o se encuentren en el extranjero*. De ahí que la rotundidad de las palabras del representante soviético en la *Conferencia de Viena sobre Relaciones Consulares*, en el sentido de que «en el Derecho Internacional existe una norma muy antigua: se trata del derecho de todo Estado a defender a sus nacionales» (15), adquiriese pleno sentido en ese foro, al estar entonces procediéndose a la codificación y desarrollo progresivo en materia consular, y, en concreto, al estar examinándose, en ese momento, las funciones que correspondían al personal consular.

Pero a veces, esta función la asumen *los órganos centrales del Estado* y, en especial, el máximo responsable de su acción exterior, es decir, el *Ministro de Asuntos Exteriores*. Incluso, es posible que, en algunos asuntos, intervengan el Jefe de Estado (16) y/o el Presidente del Gobierno.

(14) B.O.C.G. Senado, 20 de marzo de 1990, y O.I.D., 1990, p. 735.

(15) *Actas resumidas. Conferencia de las N. U. sobre relaciones consulares*, vol. I, 1963, p. 38, párr. 14.

(16) En este sentido, el Jefe del Estado español realizó gestiones, cuyo contenido exacto desconocemos, para que se produjese la liberación de las dos religiosas de la Orden de Santa Teresa de Jesús, secuestradas en Angola en 1983. Esto se deduce claramente de diversos escritos, como el que envió el Embajador de España en la Santa Sede al Ministro de Asuntos Exteriores, en enero de 1984, y en el que se remarcaba que las religiosas estaban profundamente agradecidas por las gestiones realizadas,

Ahora sólo interesa subrayar que, en la práctica española, se hallan supuestos en los que *el propio Ministro de Asuntos Exteriores* se ha ocupado de realizar acciones concretas tendentes a defender y proteger derechos de ciudadanos españoles que se encontraban en el extranjero, más allá, por supuesto, de las labores de coordinación que le corresponden; *con lo que se pone de manifiesto que la protección de los nacionales puede llegar a constituir una prioridad en la política exterior de los Estados* (17).

En síntesis, los Estados, a través de ciertos órganos, son los que *normalmente, y de modo regular*, desarrollan las labores de protección, y por esto los particulares, que aspiran a obtener satisfacción a sus pretensiones, lo primero que hacen es dirigirse a ellos con este fin. Resulta significativo, por ejemplo, que ciertas Organizaciones No Gubernamentales y el Comité de Solidaridad con Chile enviaran, el 15 de noviembre de 1989, una carta al Ministro español de Asuntos Exteriores, en la que se ponía de relieve su insistencia «en que el Gobierno español tiene *especial obligación* con los cinco presos de origen español», detenidos en Chile, lo cual ahondaba en su petición, de 13 de septiembre, «de libertad inmediata para los presos de origen español».

b) Está claro que el *proceso de integración europea* no sólo va a repercutir, sino que lo está haciendo ya, en las medidas de protección que podrían llevarse a

---

para su liberación, por «*S.M. el Rey*, el Ministro de Asuntos Exteriores y las Embajadas que se han ocupado del asunto».

(17) Quizá merece la pena recordar un asunto especialmente relevante, cual es el caso del «Capitán Rosales». Como se sabe, en 1990, Jesús Rosales López, primer oficial del petrolero «Minav-4», fue detenido por Irán en el momento en el que comparecía voluntariamente a declarar en relación con la explosión que en dicho buque se produjo, y que causó la muerte a dieciséis personas, así como la destrucción de once barcos iraníes. Desde el primer momento, las autoridades españolas se pronunciaron por la inocencia del Sr. Rosales que, no obstante, fue juzgado y condenado por los tribunales de Irán. Lo importante a destacar es que, en este caso, cuya solución definitiva se produjo casi dos años después de producirse los hechos, *tuvo lugar una ingente actividad diplomática encabezada, en ocasiones, por el propio Ministro de Asuntos Exteriores* y que, incluso, contó con cierta participación del Presidente del Gobierno. En efecto, el Gobierno español informó de que se había «llevado a cabo una intensa actividad con el fin de conseguir la libertad del Sr. Rosales», poniéndose el énfasis en que se había hecho llegar a las autoridades iraníes «la trascendencia que la resolución (del asunto) (tenía) para las relaciones entre los dos países» (*R.E.D.I.*, 1990, p. 522; y *O.I.D.*, 1990, pp. 593 ss.).

El despliegue diplomático inusual que tuvo lugar entonces, lo reconocía el propio Ministro, al señalar que «de momento se ha(bía) hecho más que para cualquier súbdito español que se en(contraba) en prisión», estando dispuesto el Gobierno español, lo que constituye ciertamente un precedente, a «agotar todos los trámites procesales y extraprocesales y, (...) utilizar todos los medios a nuestro alcance. Eso es lo que hay que hacer y eso es lo que hemos hecho y estamos dispuesto a hacer como es natural, por todos los medios, *no sólo en este caso sino con cualquier persona que se encuentre en parecidas condiciones*» (*O.I.D.*, 1990, p. 593). De este modo, amén de la relación epistolar entre los Ministros de Asuntos Exteriores de los dos Estados, se mantuvieron encuentros a nivel de ambos Ministros e, incluso, el Ministro español se ofreció a viajar a ese Estado, en noviembre de 1991, llevando *como punto central* de su agenda la liberación del Capitán Rosales, algo que, de manera no sorprendente, tuvo lugar unos días antes de producirse dicha visita. Lo mismo cabe decir en relación con el Capitán Pecaña en el conocido asunto del «Izarra», *O.I.D.*, 1985, pp. 421-422 y 473, *ibíd.*, 1986, p. 247; y *ibíd.*, 1989, pp. 329-330.

cabo en favor de los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad. Por de pronto, y como ha señalado Fernández Liesa «Progresivamente y *de modo pragmático*, en el marco de la cooperación política, la protección de los derechos humanos (...) va a traspasar las fronteras comunitarias hasta convertirse (...) en uno de los principios fundamentales de la política exterior europea» (18), y ello hace que los Estados miembros de la Comunidad, al tiempo que conjuntamente actúan en defensa de los derechos humanos en general, con independencia de la nacionalidad de los beneficiarios de sus acciones (19), *dirijan preferentemente sus esfuerzos* a la protección de los derechos de «los ciudadanos comunitarios».

Sin duda, esta cuestión exige un estudio más detenido y profundo (20), pero podemos señalar algunos de los *elementos centrales y de las direcciones en las que apunta este nuevo sistema de protección* de los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad, cuando residan o se encuentren en el territorio o bajo la jurisdicción de terceros Estados, siendo conscientes de que se pretenden cumplir, de manera efectiva y de forma más amplia, las pautas marcadas durante la Presidencia española de la Cooperación Política Europea, cuando los Doce *de-seaban* llegar a una «*política de protección y asistencia consular común* para los ciudadanos comunitarios en terceros países, incluyendo de modo especial la obligación de proteger a aquellos que no cuentan con Representación Diplomática de su país» (21):

Por ahora, no obstante, existe un límite a la eventual acción de los Estados comunitarios en favor de los nacionales de alguno de los Estados miembros. Continúa siendo *competencia exclusiva de los Estados el ejercicio formal de la protección diplomática* en favor de sus nacionales. Por lo tanto, en el marco del Sistema de Cooperación Política, no cabe que cualquier Estado miembro o algún órgano o institución comunitarios pudieran *presentar una reclamación internacional* ante un tercer Estado por los daños o perjuicios sufridos por el nacional de otro Estado miembro, en el primer caso, o por un ciudadano comunitario, en el segundo caso. Para llegar a una situación de este tipo, deberían superarse ciertos obstáculos con algo más que el entusiasmo comunitarista y, de ser así, estarfa-

---

(18) C. FERNÁNDEZ LIESA, *El sistema de cooperación política europea y sus relaciones con el sistema comunitario europeo*, tesis doctoral inédita, Universidad Carlos III, Madrid, 1992, p. 149 (cursiva añadida).

(19) Si tomamos en cuenta las declaraciones formuladas por los Doce, en el seno de la Cooperación Política, durante 1990 (EPC. *European Political Cooperation Statements*, 1990, Luxemburgo, 1991), podemos comprobar cómo se intensifican las acciones, en el marco de la *protección humanitaria*, de los Estados miembros de la Comunidad. El 15 de marzo, los Doce expresaban su consternación por la ejecución en Bagdad de Farzad Bazoft y lamentaban que los *llamamientos* de clemencia a las autoridades iraquíes *por razones humanitarias* no hubieran sido atendidos (p. 125). Asimismo: Declaración de la Presidencia respecto a Indonesia (p. 201); Declaraciones relativas a Liberia (pp. 233 y 245); Somalia (pp. 251 y 271); Guatemala (p. 281); y El Salvador (p. 317).

(20) En este sentido, es necesario consultar el reciente trabajo de C. JIMÉNEZ PIERNAS, *La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea*, R.I.E., 1993, pp. 9 ss.

(21) M.A.E. Secretaría General de Política Exterior, *Balance de la Presidencia española de la cooperación política europea*, enero/junio 1989, p. 68.

mos, sin duda, ante una sustancial transformación, en el seno de la Comunidad Europea (22).

Más allá, incluso, de la protección diplomática en sentido estricto, se constata fácilmente que *la iniciativa y la realización de las gestiones* en favor de particulares, también recaen sobre el Estado cuya nacionalidad ostentan los beneficiarios de éstas, con independencia de que, como posteriormente veremos, se cuente, en algunas ocasiones, *con la colaboración y ayuda de los Doce*, que, no obstante, se concreta y materializa *esencialmente* en la resolución de *asuntos de naturaleza consular*.

Es un hecho, no obstante, que la cooperación política y los mecanismos de concertación que ella supone, están presentes también en las Misiones diplomáticas de los Estados miembros de la Comunidad en terceros Estados, lo que quizá nos sitúa, como se ha dicho, ante supuestos distintos y más allá de la diplomacia tradicional (23). Lo importante, para nosotros, es que la colaboración entre Embajadas ha cubierto el campo de los *asuntos consulares* o, con mayor amplitud, tal y como señalaba la decisión 86: «Los Estados miembros examinarán la posibilidad de *prestar ayuda y asistencia* en países terceros a los nacionales de los Estados miembros que no tengan representación en los mismos». De esta forma, se le abre a un Estado miembro la posibilidad, por un lado, de contar con *la ayuda y la colaboración* de otros Estados miembros en la resolución de asuntos en los que se vean implicados nacionales del primero y, por otro lado, en los casos en los que éste carezca de representación diplomática en el Estado donde acontece el hecho, *podría solicitar* de la Misión diplomática del Estado que asume la Presidencia, la realización de *acciones y gestiones* en favor de su nacional. Con ello, *se profundiza* en la labor de protección que llegará a ser, seguramente, más eficaz, ya que, por de pronto, *aumenta el número* de Estados interesados en la defensa de los derechos e intereses de un ciudadano y, además, se aprovechan

---

(22) Sería preciso, primeramente, que en el ámbito normativo de la Comunidad Europea, se estableciesen normas precisas que atribuyesen a sus órganos e instituciones o a los Estados miembros, la facultad de dirigir *una reclamación formal* a un tercer Estado no comunitario, referente al trato que éste otorgó a un nacional de cualquier Estado miembro. El «asunto Juan A. Rodríguez» nos hace ver nítidamente, sin embargo, la escasa incidencia de la actuación de los Doce en la resolución del caso. En el marco del Sistema de Cooperación Política se afirmó, en febrero de 1992, que ésta no tenía competencias para emprender ningún tipo de acción en la materia y que, por lo tanto, no se exigiría responsabilidad a los Estados Unidos. Únicamente, la insistencia de ciertos diputados españoles en Estrasburgo, reclamando actuaciones de la Comunidad Europea, ante lo que calificaron de «injusta y violenta muerte de un ciudadano europeo», favoreció la formulación, en enero de 1990, al fragor del asunto, de una resolución del Parlamento Europeo en la que se pedían explicaciones satisfactorias, informes sobre el resultado de la investigación llevada a cabo y persecución judicial de los responsables. (Es suficientemente conocido que este ciudadano español falleció, el 21 de diciembre de 1989, en las cercanías del Hotel Marriot, en Panamá, como consecuencia de los disparos provenientes de las Fuerzas armadas estadounidenses que habían invadido ese Estado. Parece ser que, algunos soldados norteamericanos, confundieron la lente alargada del aparato fotográfico que portaba el reportero español con un arma antitaque de tipo ligero).

(23) Por todos, C. FERNÁNDEZ LIESA, *op. cit.*, pp. 280 ss., y la bibliografía por él citada.

mejor las *especiales relaciones* que los distintos Estados comunitarios mantienen con terceros Estados por motivos fundamentalmente históricos; pero, asimismo, *se amplía* el ámbito geográfico de la acción exterior de los Estados miembros en favor de personas físicas, al alcanzar la «mano protectora comunitaria» espacios en los que, en ocasiones, no están representados alguno de los Estados miembros.

La consecución de estos objetivos, en todas sus dimensiones, se ha plasmado más precisamente, desde el punto de vista normativo, mediante la previsiones contenidas en el T.U.E. El artículo 8 c del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, establece que «Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado», comprometiéndose los Estados a adoptar las medidas necesarias para ello antes del 31 de diciembre de 1993, es decir, «establecerán ente sí las normas necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección». Pero aún más, el artículo J. 6 del T.U.E, señala claramente que las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros «intensificarán su cooperación intercambiando información, procediendo a valoraciones comunes y contribuyendo a la ejecución de las disposiciones contempladas en el artículo 8 c del T.C.E.».

Estando claros, hasta ahora, los límites que aún existen en la construcción de un *verdadero sistema común* en el que, cualquier Estado miembro, pudiera actuar «sin más» en favor de nacionales de los otros Estados miembros, no cabe duda del alcance que podrían llegar a tener tales disposiciones y, sobre todo, de que se están *sentando las bases* para la realización de acciones y gestiones comunes en favor de los «ciudadanos comunitarios» e, incluso, si el futuro no desmiente el presente, de un Estado miembro en favor de particulares que no ostenten su nacionalidad (24).

Respecto a lo primero, ya existe práctica, y cada vez más abundante, por lo que no debe extrañar que se difundan comunicados en los que subyace la cooperación que, al efecto, existe entre los Doce, como fue el caso del emitido por la O.I.D., en el que se decía, al hilo de la situación generada en Ruanda en 1990, que: El Ministerio de Asuntos Exteriores seguía con atención la situación de violencia existente en ese país y que estaba «*en contacto con otros países de la Comunidad con vistas a asegurar* la protección de la colonia española en aquel país» (25). En relación con lo segundo, se está acercando el momento en el cual, junto a la protección ofrecida por el Estado cuya nacionalidad ostenta el particular, éste pueda disfrutar, además, de la otorgada por la Comunidad Europea. La crisis en el Golfo Pérsico incrementó la voluntad política de cooperación en este ámbito y, seguramente, las decisiones que, en el marco del sistema de coopera-

---

(24) Para todo ello, C. JIMÉNEZ PIERNAS, *loc. cit.*

(25) O.I.D., 1990, p. 986.

ción política, se adoptaron entonces, sean un buen reflejo del futuro que se acerca en la materia. Dos manifestaciones de este sistema de protección alcanzaron cierto relieve:

Por un lado, se acordó la protección de los «ciudadanos comunitarios» a cargo de las Embajadas de los Estados miembros y, por esto, en la Declaración de los Doce de 17 de septiembre, se contenía la siguiente afirmación «Con este mismo espíritu de solidaridad, han acordado que sus Embajadas en Kuwait se hagan cargo colectivamente, en particular por lo que respecta a la protección de ciudadanos, de las responsabilidades de aquellas Embajadas cuyo personal sea obligado a abandonar Kuwait» (26). Por otro lado, la Declaración de los Doce, realizada en París, el 21 de agosto, había subrayado sobremanera esta voluntad de cooperación de los Estados miembros, quienes, además de expresar su indignación por la intención de Iraq de concentrar *a los súbditos extranjeros* cerca de las bases y objetivos militares, advertían claramente al Gobierno iraquí de que «toda tentativa que atente o amenace la seguridad de *cualquier súbdito de la Comunidad Europea* se considerará como un acto ofensivo gravísimo *dirigido contra la Comunidad* y todos sus Estados miembros y provocará su respuesta unánime» (27).

En todo caso, los preceptos del T.U.E. que hemos mencionado abren, como ha señalado D. Linán Noguerras, ciertas incógnitas (28), lo que aconseja una reflexión más profunda sobre las cuestiones que, en este momento, tan sólo reseñamos con brevedad y que han sido convenientemente analizadas por C. Jiménez Piernas, en el trabajo antes citado: Primera, estos preceptos suponen ciertamente un avance más en la construcción del concepto de «ciudadanía europea»; segunda, tal y como está redactado el artículo 8 *c.* la solicitud de ayuda (y de protección) pudiera partir, incluso, del nacional de un Estado miembro; tercera: tendremos que esperar al contenido de esos eventuales acuerdos con terceros Estados para descubrir el pleno alcance y significado de la protección; cuarta: abrirá que descubrir hasta dónde (diplomática, consular, protección, gestión, ayuda) llegará la voluntad política de los Doce; y, finalmente, se presenta una buena oportunidad para resolver, de una vez por todas y en esta línea, las dificultades que aún pudieran generarse en aquellos casos en los que un Estado comunitario ejerciese la protección diplomática en favor de alguno de sus nacionales ante otro Estado comunitario. Situaciones estas últimas, que, hemos de reconocer, no se producen debido, en buena parte, a los efectos benéficos del *Convenio europeo para la protección de los derechos y libertades fundamentales*, pero que, de antemano, no debemos descartar.

iii) Sin querer agotar las infinitas posibilidades que caben en el quehacer de protección, estimo que es apropiado detallar *las manifestaciones concretas de la*

(26) O.I.D., 1990, *Conflicto del Golfo Pérsico, Invasión Iraquí de Kuwait, número especial.*

(27) *Ibid.*

(28) D. LIÑAN, NOGUERAS, De la ciudadanía Europea a la Ciudadanía de la Unión, *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, número monográfico, septiembre, 1992, p. 94.

*acción exterior del Estado en favor de personas físicas*, generalmente aceptadas, y la incidencia en éstas de normas de derecho internacional; aunque ello hemos de hacerlo con la seguridad de que los Estados combinan, muchas veces, para resolver supuestos concretos, acciones y gestiones diplomáticas con acciones y asistencias de naturaleza consular, con lo que la *acción exterior del Estado* adquiere en este campo una unidad que viene impuesta tanto por la compleja naturaleza de los asuntos que se han de resolver, como por ser único el centro de decisión que autoriza y permite que se lleve a cabo la protección, en nuestro caso, *de españoles en el extranjero* (29). De este modo, es comprensible, por ejemplo, que para mejorar la *situación de los presos españoles que se encuentran en cárceles tailandesas*, los servicios de la Embajada española en Bang-kok hayan dirigido sus esfuerzos en múltiples direcciones, realizando tareas de muy diversa índole, es decir, desde las labores más típicamente de asistencia —ni siquiera protección— consular, como abastecerles de jabón para su aseo personal, hasta las gestiones diplomáticas más intensas destinadas a negociar un acuerdo tendente a permitir que los ciudadanos españoles cumplieran sus condenas en cárceles de nuestro país y que, con seguridad, fueron una manifestación de la protección diplomática entendida en sentido más estricto.

Esta *combinación de métodos y niveles* en las gestiones realizadas, se observa, asimismo, cuando el fin fue liberar a las dos religiosas de la Orden de Santa Teresa de Jesús, secuestradas por UNITA en 1983 (30). A tal efecto resulta extraordinariamente indicativo el escrito enviado por la Dirección General de Asuntos Consulares al Embajador de España en Rabat, el 15 de diciembre de ese año, y mediante el que se puso en conocimiento del Embajador español que el Sr. Sawimbi, dirigente de la guerrilla angoleña, pasaba sus vacaciones en una vivienda que tenía en Casablanca, por lo que se pensó, por parte del Ministerio español, que podría ser eficaz realizar alguna gestión directa. Ahora bien, según el propio Ministerio español, con el fin de no politizar bajo ningún concepto esas gestiones, *sería preciso que se realizasen y circunscribiesen en el marco estrictamente consular*.

En la misma línea, las acciones realizadas en favor del español Mario Turégano, detenido en Londres en 1990 (31), demuestran una vez más esa combinación de métodos, y no hay que sorprenderse, entonces, de que la nota verbal

---

(29) En términos muy generales, se podría decir que esto sucede en todos los Estados, ya que cuando las Misiones Diplomáticas u Oficinas consulares realizan acciones de protección en favor de los nacionales, están sujetas, de un modo u otro, a las órdenes recibidas por los órganos centrales del Estado. Por lo que respecta al ámbito diplomático «En todo caso, el agente diplomático no debe intervenir en favor de un connacional (...) sin estar debidamente autorizado por su Gobierno» (P. de Alcantara Arcondo, *Derecho Diplomático*, Madrid, 1960, p. 114).

(30) Más reciente, españoles secuestrados por RENAMO en Mozambique, *O.I.D.*, 1990, p. 751. Y *O.I.D.*, 1984, p. 319.

(31) Este ciudadano español fue detenido, el 31 de marzo, y condenado a 28 días de prisión, por sustraer, en el curso de una manifestación que tuvo lugar en el centro de Londres y en la que no participaba, una muestra de colonia sin valor económico o, en su caso, con un valor no superior a cinco libras. Su situación se hizo más compleja debido a que su detención no se notificó al Consulado español,

que el Ministerio español de Asuntos Exteriores hizo llegar, el 5 de abril, a la Embajada del Reino Unido en Madrid, estuviese acompañada por la convocatoria al Cónsul General británico en la capital española, para que se presentase ante el Ministerio español con el fin de indicarle y subrayarle las deficiencias observadas en el procedimiento jurídico llevado a cabo contra el ciudadano español.

Todo esto hace ver que, aunque teóricamente no debemos confundir lo diplomático y lo consular, entre las relaciones diplomáticas y las relaciones consulares, como señaló juiciosamente E. Vilariño, se encuentran «manifestaciones de coordinación, tendentes a conseguir una mejor acción exterior del Estado» (32) que es realmente lo importante.

En síntesis, la determinación de la *naturaleza jurídica* de las diversas medidas que los Estados realizan para proteger a sus nacionales en el extranjero, ha de hacerse teniendo en cuenta *factores de muy diversa índole*, y así y todo, resultará difícil sostener con rotundidad, en ocasiones, que una medida concreta debe ser encuadrada en alguna de las categorías jurídicas convencionalmente establecidas. Ello explica que se confunda, muchas veces, a la protección diplomática *stricto sensu* con gestiones diplomáticas o de otro tipo, porque todas ellas están destinadas al mismo fin, sirviendo, en cualquier caso, la expresión «protección diplomática», mejor que cualesquiera otras, para *enfocar el núcleo de la cuestión*, es decir, la preocupación que manifiestan los Estados por la protección y defensa de sus nacionales residentes en el extranjero (33).

## 1. La asistencia consular

Reconozcamos con A. Maresca que la asistencia consular es connatural a la misión del Cónsul y que se trata de una «función prevista por el Derecho Consular consuetudinario más antiguo», siendo, también a mi juicio, una de sus características esenciales, lo que señaló acertadamente este autor al decir que «puede desarrollarse en tantas formas como situaciones jurídicas diferentes se presenten a los nacionales» (34). No vamos, por ello, a detallar las diferentes y múltiples

---

como era preceptivo en razón del Convenio con Gran Bretaña, y debido al deficiente servicio de traducción que se le facilitó.

(32) VILARIÑO PINTOS, E. *Curso de derecho diplomático y consular. Parte General y Textos codificados*, Madrid, 1987, p. 24.

(33) Estoy convencido de que el Gobierno español no se refería a la protección diplomática, a pesar de que utilizó tales expresiones, con ocasión de su respuesta, el 26 de mayo de 1988, en relación con el «asunto del buque congelador Botalón» que supuso la detención del ciudadano español José González Arias, por las autoridades canadienses, cuando afirmó que «los pescadores españoles que se encuentran formando parte de tripulaciones de pesqueros con bandera marroquí gozan de la protección diplomática española, de la misma manera que cualquier ciudadano español fuera de España», B.O.C.G. 26 de mayo de 1988; y *O.I.D.*, 1988, p. 551.

(34) A. MARESCA, *Las relaciones consulares*, Madrid, 1968, pp. 220 y 221; *Considerations sur les derniers développements du droit diplomatique et consulaire*, R.D.I.S.D.P., 1965, pp. 325 ss., y J. ZOUREK, *The status and functions of consuls*, R.C.A.D.I., 1962, pp. 392-393.

expresiones de la asistencia consular prestada por el Estado español durante el periodo examinado, lo que, además de inútil, sería improcedente. Pero sí considero preciso destacar, al hilo de la práctica española, algunos elementos que puedan contribuir a definir y a perfilar, aún más, esta figura de la protección de nacionales en el extranjero:

i) *La asistencia consular*, aparece recogida en el apartado e) del artículo 5 del *Convenio de Viena sobre Relaciones consulares de 1963*, como función típicamente consular, al establecerse en él que es función del Cónsul: «prestar *ayuda y asistencia* a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas». En realidad, poco, por no decir nada, supone esta norma en cuanto desarrollo progresivo, ya que se trata de una disposición que se limita a reflejar fielmente «por escrito» prescripciones que se contienen en el ámbito consuetudinario y que, en la actualidad, le son oponibles como tales a la generalidad de Estados. En otras palabras, la negativa de un Estado a que el Cónsul asista a sus connacionales supone *prima facie* la violación de una norma de derecho internacional que, en términos radicales, entrañaría la responsabilidad internacional de aquél y que, como tal, podría servir de base para una eventual reclamación internacional.

Ahora bien, el marco normativo en el que se regula el ejercicio de esta función es diferente para cada Estado, ya que junto a la consideración inicial, debemos tener en cuenta los límites y las condiciones en los que se desarrolla la asistencia consular y que, eventualmente, estarán fijados tanto en *convenios internacionales* como en *normas del derecho interno* del Estado que envía y del Estado receptor. Como muy bien se preceptúa en el artículo 20 del R.D. 632/1987 de 8 de mayo, *relativo a la organización de la Administración del Estado en el exterior*, «Son funciones consulares las establecidas con este carácter en el Derecho español, admitidas por el Estado receptor, las atribuidas por los acuerdos internacionales suscritos entre el Estado español y el receptor y, de forma general, las relacionadas en el artículo quinto del Convenio de Viena de Relaciones Consulares».

La *asistencia consular* ha de prestarse, por lo tanto, en el marco de las condiciones establecidas por dichos ordenamientos, sin que se sobrepasen los límites que éstos impongan. Sólo sobre la base de ellos, se determinará si se produjo o no una injerencia o si, por el contrario, el comportamiento del Cónsul estaba dentro del cumplimiento regular de la asistencia consular. En otros términos, las disposiciones del Convenio de Viena en la materia, han de ser desarrolladas sin que, en ningún caso, se produzca un menoscabo significativo de las funciones que corresponden a todo Cónsul.

En el derecho español, el añejo Reglamento de 1900, dispone en su artículo 24 que «como agentes de la Administración corresponde a los cónsules *dar protección y apoyo* a los súbditos españoles que se encuentren en su distrito», lo que permite afirmar que los Cónsules españoles tienen atribuido el ejercicio de esta función en sus relaciones con los connacionales, aunque esto resulte, evidentemente insuficiente, tanto por su contenido como alcance, para deducir la

obligación del Estado español de proteger a sus nacionales en el extranjero en todo caso. Se reconoce, sin embargo, de forma general, que corresponde a todos los Cónsules enviados por el Estado español *prestar asistencia a los españoles* que se encuentren en su circunscripción consular, por lo que, obligados por normas del derecho interno a prestar tal asistencia, el modo de hacerla efectiva dependerá básicamente de los convenios consulares o con regulación consular celebrados por España.

Y en este ámbito, hemos de reconocer que, pese a que el Estado español, ha celebrado multitud de acuerdos consulares o acuerdos con cláusulas consulares, se observa meridianamente la *ausencia de una sistemática regulación consular* que, en nuestro caso, permitiría la unidad de acción y el cumplimiento de los criterios que emanan, sin duda, de la Dirección General de Asuntos Consulares. A mi juicio, se debe, por ende, *abordar la celebración de nuevos acuerdos consulares* que, en esta materia, bien podrían inspirarse en los contenidos del Título V del Convenio Consular con Gran Bretaña de 30 de marzo de 1961 y del Capítulo III del Convenio Consular con Hungría de 8 de agosto de 1982 (35).

---

(35) Cabe mencionar los acuerdos consulares o con cláusulas consulares celebrados por España con los siguientes Estados: Alemania: Convenio determinando atribuciones, derechos, privilegios e inmunidades de los agentes consulares, 22 de febrero de 1870 (*Gaceta* de 3 de mayo); Austria: Convenio de Comercio, de 3 de febrero de 1925 (*Gacetas* de 21 de febrero y 15 de marzo); Bélgica: Convenio consular, de 19 de marzo de 1870 (*Gaceta* 15 de junio); Bolivia: Tratado de paz y amistad, de 21 de agosto de 1879 (*Gaceta* de 15 de marzo de 1880); Bulgaria: Canje de notas sobre establecimiento de representaciones consulares y comerciales, de 4 de junio de 1970 (no publicado); Checoslovaquia: Canje de notas sobre establecimiento de representaciones consulares y comerciales, de 16 de noviembre de 1970; El Salvador: Tratado consular de 6 de noviembre de 1953 (*BOE* de 5 de agosto de 1954); Fiji: Canje de notas, de 16 de octubre y 18 de diciembre de 1972, poniendo en vigor entre ambos países el Convenio consular hispano-británico de 10 de mayo de 1961; Filipinas: Tratado sobre derechos civiles y atribuciones consulares de 20 de mayo de 1948 (*Boletín del M.A.E.*, 1949); Francia: Convenio para fijar los derechos civiles de los respectivos súbditos y las atribuciones de los agentes consulares destinados a protegerlos, de 7 de enero de 1862 (*Gacetas* de 15 de marzo de 1862, 10 de mayo de 1892 y 21 de julio de 1919); Gran Bretaña: Convenio consular de 30 de marzo de 1961 (*BOE*, de 27 de abril de 1963, 6 de mayo de 1978 y 25 de mayo de 1982); Grecia: Tratado consular y navegación de 23 de septiembre de 1926 (*Gaceta* de 8 de septiembre de 1928); Guinea Ecuatorial: Convenio consular de 24 de julio de 1971 (*BOE* de 23 de diciembre); Hungría: Convenio consular de 24 de febrero de 1982 (*BOE* de 3 de agosto de 1984); Italia: Convenio consular de 21 de julio de 1867 (*Gaceta* de 23 de noviembre); Marruecos: Convenio diplomático de 11 de febrero de 1957 (*BOE* de 4 de marzo); Países Bajos: Tratado de comercio y navegación de 16 de junio de 1934 (*Gaceta* de 26 de abril de 1936); Polonia: Canje de notas para el establecimiento de representaciones consulares y comerciales de 15 de julio de 1969; Portugal: Convenio consular, fijando los derechos civiles de los súbditos respectivos y las atribuciones de los agentes destinados a protegerlos, de 21 de febrero de 1870 (*Gaceta* de 9 de mayo de 1871); Suiza: Tratado para determinar las condiciones de establecimiento de los súbditos de 14 de noviembre de 1879 (*Gaceta* de 21 de julio de 1880); Uruguay: Protocolo sobre concesión de facultades y prerrogativas a los cónsules respectivos de 25 de junio de 1870 y (*Gaceta* de 9 de noviembre de 1870) Venezuela: Tratado de comercio y navegación de 20 de mayo de 1882 (*Gaceta* de 26 de septiembre); Para un análisis doctrinal de algunos acuerdos consulares: L. GARCÍA ARIAS, Los acuerdos consulares entre España y los Estados de la Europa Oriental, *R.E.D.I.*, 1969, pp. 519-521.

El motivo de esta proposición, no es otro que hacer efectiva la acción consular, ya que la existencia de acuerdos consulares en los que se regulan con detalle las funciones del personal consular (36) coadyuvará, sobremanera, a la defensa y protección de los españoles en el extranjero. Que existan o no tales acuerdos es, muchas veces, determinante de la firme posición jurídica del Estado español frente al Estado donde se encuentra el nacional que precisa la asistencia. De esta manera, en el «asunto Mario Turégano», el acuerdo consular con Gran Bretaña ofreció una buena base jurídica a la Nota verbal que el Ministerio de Asuntos Exteriores transmitió a la Embajada del Reino Unido en Madrid, el 5 de abril de 1990, lo que fue apreciado, tanto por los redactores de la misma, puesto que comenzaba diciendo que «las autoridades británicas no (habían) dado cumplimiento, en este caso, a lo dispuesto» en el artículo 26, 1 de dicho Convenio, «según el cual debían de haber notificado sin demora la detención del estudiante al Consulado de España en Londres», como por el Gobierno británico que, valga la expresión, aceptó el «desafío» en su nota de respuesta del día siguiente, al señalar, al final de la misma, que «La Embajada (británica) puede asegurar al Ministerio (español) que es política del Gobierno de Su Majestad cumplir totalmente con los términos» de dicho Convenio «de la misma forma que está seguro de la intención del Gobierno español en cumplir con estas obligaciones».

---

(36) Tal es así que, en ocasiones, no hay acuerdos consulares específicos y hay que acudir a los tratados de paz. Entre los más importantes: Afganistán: Tratado de amistad, 28 de octubre de 1957 (*BOE* de 25 de julio); Arabia Saudita: Tratado de amistad, 9 de enero de 1961 (*BOE* de 6 de junio); Argentina: Tratado de paz y amistad, de 21 de diciembre de 1863 (*Gaceta* de 23 de junio de 1864); Colombia: Tratado de paz y amistad, de 30 de enero de 1880 (*Gacetas* de 22 de diciembre de 1881 y 11 de julio de 1896); Costa Rica: Tratado de amistad perpetua, de 9 de enero de 1953 (*BOE* de 3 de marzo de 1954); Chile: Tratado de paz y amistad, de 12 de junio de 1883 (*Gaceta* de 10 de julio de 1884); China: Tratado de amistad de 19 de febrero de 1953 (*BOE* de 10 de octubre); Dominicana (República): Tratado de amistad, de 10 de noviembre de 1952 (*BOE* de 3 de septiembre de 1953); Ecuador: Tratado de paz, amistad y reconocimiento de 16 de febrero de 1840 (y otros) (*Gacetas* de 14 de noviembre de 1840, 12 de agosto de 1861, 26 de junio de 1886 y 8 de mayo de 1889); Estados Unidos, Tratado de amistad y relaciones generales, de 3 de julio de 1902 (*Gaceta* de 20 de julio de 1902 y 10 de noviembre de 1922); Honduras: Tratado de paz y amistad de 17 de noviembre de 1894 (*Gaceta* de 11 de junio de 1896); Irán: Tratado de amistad y establecimiento de 12 de marzo de 1956 (*BOE* de 19 de diciembre de 1957); Japón: Tratado de amistad y relaciones generales de 15 de mayo de 1911 (*Gacetas* de 9 de junio y 12 de julio de 1915); Jordania: Tratado de amistad de 7 de octubre de 1950 (*BOE* de 6 de julio de 1951); Líbano: Tratado de amistad de 6 de mayo de 1950 (*BOE* de 6 de junio de 1951); Liberia: Tratado de amistad de 2 de abril de 1953 (*BOE* de 9 de diciembre); Méjico: Tratado de paz y amistad de 28 de diciembre de 1836 (*Gaceta* de 7 de diciembre de 1837); Panamá: Tratado de amistad de 18 de marzo de 1953 (*BOE* de 6 de julio de 1954); Paquistán: Tratado de paz y amistad de 8 de julio de 1957 (*BOE* de 17 de junio de 1959); Paraguay: Tratado de amistad perpetua de 12 de octubre de 1949 (*BOE* de 9 de agosto de 1951); Perú: Tratado de paz y amistad de 14 de agosto de 1879 (*Gacetas* de 15 de mayo de 1890 y 12 de agosto de 1898); Siria: Tratado de amistad de 18 de abril de 1952 (*BOE* de 24 de enero de 1953); Suecia: Tratado de amistad y navegación de 15 de marzo de 1883 (*Gaceta* de 8 de julio); Tailandia: Tratado de amistad, comercio y navegación de 3 de agosto de 1925 (*Gaceta* de 30 de julio de 1926); Turquía: Tratado de amistad de 27 de septiembre de 1924 (*Gaceta* de 7 de agosto de 1925); Uruguay: Tratado de paz y reconocimiento de 19 de julio de 1870 (*Gaceta* de 28 de enero de 1883); y Yemen: Tratado de amistad de 19 de mayo de 1952 (*BOE* de 15 de mayo de 1955).

Por su parte, la inexistencia de un acuerdo así con Argelia, estimo que pudo contribuir a las dificultades que encontró el Cónsul español en Argel para prestar toda la asistencia posible a Rafael Vilar (37), ya que, en la práctica, no deja de haber casos en los que, si bien los Estados no impiden claramente que el Cónsul preste asistencia a sus connacionales, sí, al menos, obstaculizan, en ocasiones, el ejercicio de tal función, como en este asunto, en el que las autoridades argelinas sólo permitieron al Cónsul español en Argel que tuviese una breve entrevista con el detenido, teniendo que desarrollarse ésta en francés y en presencia de dos policías.

Más aún, la inexistencia de acuerdos de esta naturaleza y con el contenido propuesto, favorece que los Estados que desean comportarse de una manera determinada en relación con españoles, gocen de un margen de maniobra tal que, las consecuencias de dichos comportamientos, puedan ser perjudiciales para éstos. A principios de la década de los ochenta, los apresamientos de pesqueros españoles por las autoridades marroquíes, daban lugar a que los españoles no contaran con la debida asistencia consular, en particular con la presencia del Cónsul español cuando los tripulantes de los barcos tenían que firmar los atestados realizados sobre los apresamientos. Ello originó el intercambio de notas verbales entre los dos Estados. Mediante escrito, de 16 de abril de 1980, el Ministerio español de Asuntos Exteriores llamaba la atención de las «autoridades marroquíes sobre la necesidad de que, en casos de apresamientos de buques españoles, se autori(zara) a un funcionario de la Representación Consular española a intervenir para traducir a patrones de pesca y a tripulaciones el texto de los atestados levantados por la Autoridad marítima marroquí, evitando así que los súbditos españoles que desconocen el idioma francés se vean obligados a firmar documentos cuyo contenido ignoran, dando lugar a declaraciones contradictorias ante las Autoridades españolas» (38).

ii) En esencia, la asistencia consular tiene lugar *sin que sea necesario que las autoridades locales hayan infringido*, respecto al nacional de otro Estado, alguna norma de derecho internacional o de derecho interno, lo que no impide que, en aquellos casos en los que se den estas condiciones, quepa también esta manifestación de la labor consular. En palabras muy acertadas de A. Maresca «Esta acción consular no presupone —a diferencia de la protección en sentido estricto—

---

(37) El 23 de febrero de 1987, este ciudadano español, Director de la delegación de Cubiertas y MZOV en Argel, fue detenido a su llegada al aeropuerto de Argel procedente de Barcelona, acusado de infringir la legislación argelina sobre cambios. El día 5 de junio, tras intensas gestiones en su favor por parte del Estado español, se le puso en libertad.

(38) En su nota verbal de respuesta, de 23 de abril, la Embajada de Marruecos señalaba que la firma de tales atestados se realizaba en Alta Mar, por lo que era imposible dar satisfacción a la petición española, aunque, no obstante, se dijo que las autoridades competentes de Marruecos estudiarían poder dar una solución satisfactoria a tal solicitud. Respuesta que provocó una *nueva nota verbal* por parte de España, de 8 de mayo, en la que el M.A.E. reiteraba que consideraba muy importante la aludida *intervención consular*.

un comportamiento de las autoridades locales contrario a las obligaciones jurídicas impuestas por el derecho internacional o por el derecho interno, y no se manifiesta, por tanto, en forma de reclamación» (39). Y esto es así, porque a lo largo del desarrollo histórico de la institución consular, finalmente ésta se consolida y afianza, sobre todo, «como órgano para la atención de sus connacionales» (40). Este elemento podemos comprobarlo, de nuevo, en los supuestos de *apresamientos en aguas marroquíes de pesqueros españoles*, tal y como lo hizo, en pregunta formulada al Gobierno, un miembro de la oposición al señalar que «Con independencia de las causas de los apresamientos, en ocasiones justificadas» era preciso que los servicios consulares atendieran «debidamente sus obligaciones» para con los súbditos españoles que, en algunos casos, no disponían ni tan siquiera de servicio de intérpretes (41).

No olvidemos, por lo demás, que si bien *la asistencia consular* puede requerir que el Cónsul realice gestiones o acciones en favor de sus connacionales ante las autoridades locales del Estado receptor, también será habitual que se preste en circunstancias en las que únicamente se produce *la relación entre el Cónsul y su connacional*, tratándose aquí de una mera relación jurídica sometida al ordenamiento interno del Estado que envía. Por esta razón, el incumplimiento de sus obligaciones, en relación con la asistencia consular, por parte de los Cónsules del Estado español, daría lugar a las acciones pertinentes en el ámbito estrictamente del derecho administrativo español (42).

Se trata, en este último caso, de relaciones que no trascienden al plano internacional y cuyo control se efectúa con base en el derecho interno. Las quejas, respecto al comportamiento del Cónsul honorario en Cagliari, por un transportista español que, en 1990, fue objeto de un robo en Cerdeña, quedando sin documentos ni dinero para su retorno a España, fueron respondidas por el Gobierno español sobre la base de las atribuciones que a aquél le correspondían, según lo establecido en el Reglamento de Cónsules honorarios, de 25 de abril de 1984 (43). Con mayor claridad aún, se observa esa relación puramente de derecho interno, al hilo de las denuncias relativas a que el Consulado General de España en Caracas daba un trato vejatorio a los ciudadanos españoles, residentes en Venezuela. En este caso, el Gobierno español manifestó que no había «recibido ninguna denuncia sobre trato vejatorio por parte de algunos funcionarios de dicho Consulado General» y que, además, tenía «constancia por los resultados de las inspecciones de servicio realizadas, así como por las visitas personales giradas por altos funcionarios del Ministerio de Asuntos Exteriores, del buen funcionamiento de esa

---

(39) A. MARESCA, *op. cit.*, p. 220.

(40) E. VILARIÑO PINTOS, *op. cit.*, p. 103. Del mismo autor: *La institución consular: debate conceptual abierto, Homenaje al Prof. A. Truyol*, vol. 2, Madrid, 1986, pp. 1.229-1.246.

(41) Pregunta entregada a la Mesa del Congreso el 14 de julio de 1987, por el diputado del C.D.S. Don León Buil Giral.

(42) Vid. J. NÚÑEZ HERNÁNDEZ, *La función consular en el Derecho español*, Madrid, 1980.

(43) *O.I.D.*, 1990, p. 864.

Oficina Consular». Con todo, ha de quedar claro que los particulares están facultados para exigir a sus Consulados un determinado comportamiento, siendo muy conveniente, como se dijo en este último caso, que las denuncias se particularicen «respecto de las personas que supuestamente han sufrido ese trato vejatorio así como de los funcionarios que, al parecer, hayan permitido dicha situación» (44), para realizar la oportuna investigación.

iii) Pese a las múltiples manifestaciones de la asistencia consular, destaca, quizá porque sea más necesaria, aquélla que se facilita cuando el nacional de un Estado se ve sometido a una *situación de privación de libertad en el territorio de otro Estado*. No nos corresponde comentar aquí el aspecto más discutido del cumplimiento de esta función consular en tales casos, cual es si las autoridades locales están obligadas de manera automática a informar al Cónsul de la detención de un connacional de éste y a permitir, sin limitaciones, que ambos se comuniquen o si, por el contrario, se precisa, al efecto, contar con la voluntad de los individuos detenidos (45), pero sí importa destacarla, ya que, como he podido constatar, las situaciones de detención de ciudadanos españoles en el extranjero hacen que se desarrollen, por parte del Estado español, múltiples actividades que, englobadas en el marco de la asistencia consular, protegen los derechos e intereses de aquéllos.

Quizá el «asunto M. Magdalena Monteverde» es útil para apreciarlo, debido a que, a la sazón, España y Guatemala no mantenían relaciones diplomáticas y porque en este asunto, al borde pero sin traspasarse, en sentido técnico, *el ámbito de la asistencia consular*, se alcanzó el resultado perseguido. Como se sabe, esta ciudadana española fue detenida, el 11 de enero de 1983, en San Lucas de Tulimán, y resultó acusada de participar en la quema de dos fincas y de dar muerte al administrador de una de ellas, llegando a permanecer veintinueve días en prisión. *Las gestiones consulares* realizadas en su favor,  *fueron realmente intensas*, como lo reconocía el propio Cónsul español en Guatemala, en su escrito del 11 de febrero, cuando afirmaba que «*Más que nunca* todo el personal de este consulado (que ha realizado una labor admirable, pues no ha sabido lo que es una hora de descanso desde que el tema se inició) estaba en alerta permanente» (46).

Hasta tal punto fue así que, en ocasiones, la lectura del Expediente sugiere que se agotaron (quizá se desbordaron) todas las posibilidades que, en el caso, brindaba el cumplimiento de la asistencia consular. Por de pronto, se estableció *una estrecha colaboración* entre el Consulado español y la Embajada norteamericana, ya que el ciudadano de esta nacionalidad M. G. Ernest fue detenido con-

(44) O.I.D., 1990, pp. 827-828.

(45) Por todos, A. MARESCA, *op. cit.*, pp. 225 ss. y artículo 36, del *Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares*, (*Actas resumidas cit.*, pp. 40-43 y 331-334).

(46) O.I.D., 1983, pp. 688-689 y 692-693. Véanse: Orden circular 3065 (ayudas para asistencia jurídica) y Ordenes circulares 3061 y 3111 de 1 de marzo de 1985 y de 11 de febrero de 1988 respectivamente.

juntamente y por las mismas causas que la ciudadana española (47). Asimismo, se aprovecharon al máximo las *ayudas prestadas* por la Embajada de Venezuela que representaba, entonces, los intereses de España en Guatemala, proponiéndose, incluso, al Ministerio español de Asuntos Exteriores que, mediante nota verbal a través de esta Embajada, se pusiera de manifiesto al Gobierno guatemalteco que había transcurrido el plazo legalmente previsto para que se dictase sentencia (48). Se prestó, por lo demás, la *asistencia legal* necesaria a la detenida (49), destinándose multitud de esfuerzos para el conocimiento de la legislación guatemalteca aplicable y, en fin, la ciudadana española recibió, también, todos los *auxilios materiales* pertinentes (50).

Hasta sería posible decir, en favor del Consulado español, que las autoridades guatemaltecas percibieron claramente la intensa acción consular en favor de la ciudadana española y, de ser así, no resultaría tan extraño lo que el Cónsul de España comunicó, el 11 de febrero, al Ministerio español tras la liberación de esta española, al decir que «Deseo señalar que, en ningún momento, se cumplió con la ley en lo que se refiere al procedimiento legal, ya que los notificados deberían haber sido los abogados por los jueces del Tribunal de Fuero Especial, y no los Cónsules respectivos por un Jefe de Policía».

## 2. La protección consular

Está demostrado que la función consular consistente en la defensa por el Consulado, mediante *la protección consular*, de los derechos e intereses de los nacionales del Estado que envía es una *derivación natural* de la norma que otorga al Estado la facultad de defender a sus nacionales en el extranjero. La norma en la que se recoge tal función es de *naturaleza consuetudinaria* y goza de un gran arraigo en el derecho consular. Ya lo dijo, hace tiempo, un auténtico especialista en la materia: «la norma más antigua y segura del Derecho consular consuetudinario que se refiere a las funciones consulares es la que atribuye al Cónsul el poder de ejercer en favor de sus nacionales la protección consular» (51).

---

(47) Escrito de 17 de enero.

(48) Escrito de 4 de febrero.

(49) Escrito de 21 de enero.

(50) «A la detenida se le asiste con nuestras largas visitas todos los días. Se le provee con todo lo necesario en el sentido material y está siempre bien atendida por nuestra parte» (Escrito de 28 de enero). «Por último, señalar a V.E. que nunca le falta a María Magdalena nuestra visita, llevándole alimentos, ropa y vitaminas, además de unas inyecciones de moral y paciencia» (Escrito de 4 de febrero).

(51) A. MARESCA, *op. cit.* p. 215. Asimismo, J. ABRISQUETA afirmó que la protección de los nacionales en el extranjero es una manifestación de las funciones consulares, universalmente admitida en el tiempo y en el espacio, Cfr. *El Derecho Consular internacional*, Madrid, 1974, p. 325 (Del mismo autor: *La organización consular*, Madrid, 1977). También, es conveniente consultar: M. A. AHNAD, *L'institution consulaire en Droit International*, París, 1973, p. 91; Consular Law. Le consul, ses fonctions et son statut, *Annuaire A.A.A.*, 1979-1980, pp. 1-441; G. BISCOTTINI, *Manuale di diritto consolare*, Padua, 1969; A. H. FELER, y M. O. HUDSON, *A Collection of the Diplomatic and Consular laws and*

Esta norma consuetudinaria ha sido también codificada, como se sabe, en el artículo 5, a) del *Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 1963*, donde se reconoce que el Cónsul podrá «proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el Derecho Internacional».

Los elementos que definen a esta modalidad de la acción exterior del Estado en favor de personas físicas, se han diseñado, en ocasiones, sobre la base de sus diferencias con la protección diplomática, ya que, sin duda, guarda, en muchos sentidos, amplias similitudes con ella (52), pero lo que resulta difícil, a veces, es deslindar los supuestos de asistencia y protección consulares. Observemos cómo el Estado español identificó, de algún modo, ambas modalidades cuando, con ocasión de la detención del Sr. Sadurní por las autoridades iraníes, señaló que «la Embajada de España en Teherán ha mantenido contacto estrecho y directo con el Sr. Sadurní prestándole *la debida asistencia* en todo momento, dentro del marco de *la protección consular*» (53). A decir verdad, a la protección consular le sucede lo mismo que a la protección diplomática, es decir, que se trata de expresiones especialmente útiles para englobar bajo ellas a todas las acciones que, en un ámbito u otro, se llevan a cabo en favor de los nacionales en el extranjero y que, al mismo tiempo, representan y sirven de fundamento al resto de las acciones diplomáticas y consulares de protección.

Sin que procedamos a un examen minucioso de la protección consular, interesa, no obstante, apuntar *aquellos rasgos* que, a la luz de la práctica española, nos permitirían identificar los casos en los que la acción de los Estados en favor de personas físicas se manifiesta de este modo; y que puedan contribuir, tal y como hicimos al analizar la asistencia consular, a definir y perfilar esta modalidad de protección.

i) El ejercicio de la protección consular, en sentido amplio, está sujeto a las normas de derecho interno del «Estado protector», de derecho interno del Estado ante el que se ejerce y a las normas de Derecho Internacional.

Al primero le correspondería decir hasta dónde está dispuesto a llegar el Estado en cuestión, y en qué condiciones, en la utilización de esta modalidad de la labor consular, destinada a garantizar los derechos e intereses de sus nacionales en el extranjero. Muchas veces, los ordenamientos internos de los Estados se limitan a señalar, con carácter general, que los Cónsules protegerán los derechos e intereses de sus connacionales en el ámbito de su circunscripción, sin especifi-

---

*regulations of various countries*, Washington, 1933; A. HEYKING, *La théorie et la pratique des services consulaires*, R.C.A.D.I. 1930, pp. 815-911; L. LEE, *Vienna Convention on consular relations*, Leiden, 1966; E. NASCIMENTO E SILVA, *The Vienna Conference on consular relations*, I.C.L.Q., 1964, pp. 1.214 ss.; y J. WIEBRINFHAUS, *La Convention européenne sur les fonctions consulaires*, A.F.D.I., 1968, pp. 770-783.

(52) A. MARESCA, *op. cit.*, pp. 217 ss.; y C. WARBUCK, *Protection of national abroad*, I.C.L.Q., 1988, pp. 1.002-1.006

(53) *O.I.D.*, 1987, p. 349.

car las actividades y acciones concretas a realizar en el ejercicio de esa función, haciéndose una referencia muy genérica a las normas internacionales en la materia. En este sentido, el Reglamento Consular español de 1900 dispone, como dijimos, que corresponde a los Cónsules *dar protección a los súbditos españoles en el extranjero*, recibiendo así la misma regulación que la asistencia consular; y el Real Decreto 632/1987, de 8 de mayo se remite a los convenios consulares celebrados por España y al Derecho Internacional general, en cuanto caminos más adecuados para determinar, con precisión, la facultades de los Cónsules en estos casos.

En buena parte, pues, el ejercicio de la protección consular estará sujeto a lo que se disponga en *los acuerdos consulares*, y en ellos se fijarán tanto el contenido como los límites de la misma. Tomemos al efecto, como ejemplo, el Convenio Consular firmado con Gran Bretaña, en cuyo artículo 2, párrafo 3 se estipula que «Los Cónsules, para el cumplimiento de su función primordial de aconsejar, asistir y proteger a sus connacionales y defender sus derechos e intereses, tendrán derecho, *especialmente (...)*», —desarrollándose, a continuación, las diversas acciones consulares que caben—, y proaremos advertir, primero, que no es extraño que en estos acuerdos se formule, con carácter general, el derecho de los Cónsules a proteger a sus connacionales y, segundo, que se especifiquen, a título enumerativo, ciertas acciones a realizar eventualmente por éstos, en cumplimiento de la protección consular.

La cuestión central a resolver es, sin embargo, si hay que entender que los Convenios consulares detallan los límites exactos dentro de los cuales los Cónsules han de cumplir la tarea de protección o si, por el contrario, es posible desbordar esos límites convencionales sobre la base de las normas del derecho internacional general. En otros términos, cómo hay que interpretar la norma de Derecho Internacional general que otorga a los Cónsules la facultad de ejercitar la protección en favor de sus connacionales. Sin duda, lo más discutible será si, en defecto de pacto o en ausencia de una disposición al efecto, cabe la protección consular, en cuanto facultad del Cónsul para dirigirse a las autoridades locales, mediante reclamación, exigiéndoles un determinado comportamiento en relación con uno de sus connacionales. A mi juicio, la discusión será breve, pues la protección consular, formando parte de esas funciones que derivan del Derecho consular consuetudinario, puede «ser, por tanto, ejercitada por el Cónsul incluso aunque no exista ninguna norma convencional entre el Estado de origen y el Estado territorial» (54).

---

(54) A. MARESCA, *op. cit.*, p. 204. A mí me resulta significativo que en los *Apuntes de Derecho Internacional Público*, adaptados al cuestionario oficial para dicha asignatura por Alumnos de la Escuela diplomática, editados en Madrid en 1948, se contuviese la siguiente afirmación: «la primera función (de los Cónsules) es la protección de los intereses, tanto nacionales como de sus connacionales», p. 354. Véase, también, *Actas resumidas cit.*, 1963, p. 141, párr. 44 (Sr. ZOUREK); S. TORRES BERNARDEZ, *La Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, A.F.D.I.*, 1963, p. 85; y J. ZOUREK, *Quelques problèmes théoriques du Droit consulaire. J.D.I.*, París, 1963, pp. 386-387.

Es verdad que, en muchos acuerdos consulares, se contiene expresamente esta facultad de los Cónsules pero, ni ello debe ser interpretado en el sentido de que, en ausencia de una disposición así, los Cónsules carecen de la facultad ni, por supuesto, debe ser considerado como una injerencia en los asuntos internos el hecho de que el Cónsul decidiera, en ausencia de acuerdos o de disposiciones de ese tenor, formular una reclamación formal en favor de uno de sus connacionales. A la postre, carecería de sentido aferrarse a la interpretación contraria, pues los obstáculos así colocados por el Estado en cuestión serían fácilmente superables. El «asunto Mario Turégano» ofrece una buena muestra de ello. El Convenio con Gran Bretaña no reconoce explícitamente la facultad de los Cónsules respectivos de dirigirse a las autoridades locales, a través de una reclamación formal (55), y quizá por ello, pero también por la naturaleza del caso, el Estado español optó por ejercer la protección consular, —yo diría con todos los matices que se quiera típicamente consular—, a través de otros cauces cuya utilización no alteró, en modo alguno, el contenido de la acción exterior del Estado en favor de personas físicas a través de esta modalidad. En efecto, la nota enviada por el Ministerio español de Asuntos Exteriores a la Embajada británica en Madrid, hizo que el Sr. Turégano se beneficiase de la protección española.

ii) La protección consular tiene lugar cuando el nacional del Estado que la ejerce *es sujeto pasivo de la violación de una norma del derecho interno del Estado en que se encuentra*, o de una norma de Derecho Internacional, bien de naturaleza consuetudinaria o convencional. Y éste, sí que es un elemento que nos permite diferenciar la *asistencia consular* de la *protección consular* en sentido estricto. Su consideración es lo que hace que la protección consular, en cuanto tal, exija bien la presentación de una *reclamación formal* ante las autoridades locales del Estado receptor o, en otro caso, actuaciones del Cónsul que contradicen los posicionamientos de los órganos internos de este Estado.

En el «asunto Claudia Continente» (56), se observa esta segunda posibilidad. Como se sabe, el Tutor General, designado por el juzgado de paz suizo, co-

---

(55) Por su parte, los convenios consulares celebrados por España durante el siglo pasado y el primer tercio del presente, suelen incluir una cláusula de tenor similar a la que aparece incorporada en el *Tratado consular y Navegación, de derechos civiles y comerciales y de establecimiento*, entre España y Grecia, de 10 de agosto de 1928, en cuyo artículo 11 se dispone que «Los Cónsules generales, Cónsules, Vicecónsules y agentes consulares *tendrán derecho a dirigirse a las autoridades competentes de los Estados respectivos* (...) para proteger los derechos e intereses de sus nacionales (...)» (*Gaceta de Madrid*, 8 de septiembre de 1928).

(56) Se trata de uno de los asuntos más relevantes de la práctica constitucional española. En breve, podemos decir que el 23 de julio de 1986 nació esta niña en Lausanna, hija de una española soltera y declarada incapaz por el Juzgado de paz del Círculo de Ecublens el 12 de agosto de 1980. Antes de nacer la niña se designó Tutor al Tutor general, siendo «depositada» a los diez días de nacer, por orden de éste, en el hogar «Los Clarines» de Chardonne. Con posterioridad, y a pesar de las gestiones realizadas por el Consul de España en Ginebra y de las actuaciones llevadas a cabo por los tíos y abuelos de la niña con el fin de que fuese entregada a sus abuelos maternos, se decidió, por las autoridades suizas, entregarla a una familia helvética en adopción.

municó, por carta de 18 de enero de 1988, su decisión de entregar la niña española «a una de las familias solicitantes de adopción», y no a la de sus abuelos en Madrid, pues esta última solución no garantizaba suficientemente, según él, «el bienestar y desarrollo armonioso de su pupila». Con independencia de que, a mi juicio, el Tutor general hizo una interpretación muy sesgada de la norma de derecho internacional consuetudinario según la cual todas las medidas que adopte cualquier institución o autoridad de un Estado, concerniente a los niños deberán atender de *manera primordial* «el interés superior del niño» (57), lo cierto es que, también lo entendió así el Cónsul General de España en Ginebra, quien ejerció la protección consular, al dirigirse, el 29 de marzo, a los tribunales internos suizos, comunicándoles su propósito de constituir tutela, lo que se hizo conforme a la *legislación española*, el *Convenio de la Haya de protección de menores*, de 5 de octubre de 1961, y el artículo 5, *h* del *Convenio de Viena de 1963*. La verdad es que las autoridades suizas no dieron validez a estas acciones consulares y se decidió, entonces, en el mes de diciembre, constituir la tutela en el Juzgado 1.º de instrucción número 6 de Madrid.

Interesa destacar que, en función de las circunstancias, se trata de un típico supuesto de protección consular, que se canaliza a través de las normas vigentes tanto en los ordenamientos de los Estados afectados como en el Derecho Internacional, y no a través de una «reclamación formal», pero, y esto es lo importante, la protección se ejerce cuando el Cónsul tiene *la plena certeza* de que su connacional es sujeto pasivo de la violación de normas jurídicas. Más claro imposible, el Cónsul español algún tiempo después, y al hilo del eventual ejercicio de la protección diplomática, se mostró en favor de ésta porque el comportamiento de las autoridades suizas, según él (posición, por lo demás, con la que coincido) suponía la adopción de medidas que bien pudieran estar emarcadas en los conceptos de «crueldad e injusticia».

iii) La protección consular se desarrolla de forma concomitante al agotamiento de los recursos internos. La realización de acciones consulares afianza la posición jurídica del Estado ante el eventual ejercicio de la protección diplomática y, en particular, la protección consular, se configura, cuando proceda, como una actuación previa al ejercicio de aquélla. Este rasgo esencial de la protección consular se ha destacado también en la práctica española. Baste, como ejemplo relevante, lo que señaló el Gobierno español en el «asunto del Capitán Rosales» al decir, el 11 de noviembre de 1991, que desde el momento en que se tuvo noticia de la detención «el Gobierno español ha seguido puntualmente el desarrollo de su caso, realizándose todo tipo de gestiones encaminadas a conseguir la liberación del Capitán Rosales y su vuelta a España. *Dichas gestiones han sido dirigidas*, de un lado, a coadyuvar a la defensa jurídica del marino español, y de otro, a *plantear tanto directa como indirectamente a las autorida-*

---

(57) C. M. DÍAZ BARRADO, La Convención sobre los derechos del niño, *Estudios Jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Córdoba, T. I, 1991, pp. 183-221.

*des iraníes* la injusta situación del Sr. Rosales», dejándose entrever, no obstante, que era preciso esperar a la resolución del caso en el ámbito del derecho interno iraní, ya que era «difícil hacer previsiones aún sobre su liberación, dado que el asunto está en manos de los Tribunales y no se ha producido un fallo definitivo» (58).

### 3. La protección diplomática

Sin lugar a dudas, la expresión más sobresaliente de la acción de los Estados en favor de personas físicas en el extranjero, es la *protección diplomática* que, como se sabe, ha sido definida de muy diversas formas, hasta el punto de que, como decíamos al inicio, esta expresión evoca por sí sola el conjunto de acciones que el Estado realiza en defensa y protección de los derechos e intereses, sobre todo, de sus nacionales en el extranjero. Pese a esto, siempre será útil, por flexible, la clásica definición de J. Basdevant, que entiende por protección diplomática «l'action d'un Gouvernement auprès d'un Gouvernement étranger pour réclamer à l'égard de ses nationaux ou, exceptionnellement, de certains autres personnes le respect du droit international ou por obtenir certains avantages à leur profit» (59). Sin apartarnos del contenido de esta definición, podemos advertir, antes de todo, la existencia de *dos formas típicas* de ejercitar la protección diplomática que, a la luz de la práctica española hemos podido detectar y, entre las cuales, existen sustanciales diferencias, pudiendo incluso discutirse si la segunda manifestación que mencionaremos encaja perfectamente en la doctrina tradicional de la protección diplomática:

La primera modalidad, podría denominarse «protección diplomática mediante reclamación», y consiste básicamente en que, con ella, se da origen a una

(58) *O.I.D.*, 1991, p. 735.

(59) *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, París, 1960, p. 485. Entre los trabajos, ya clásicos, sobre la protección diplomática, en los que se pueden encontrar definiciones de esta institución: BARBIER, A. *L'intervention diplomatique d'un Etat pour la protection des droits de ses nationaux résidant à l'étranger*, París, 1935; DECENCIERE-FERNANDIERE, A. *La responsabilité des Etats à raison des dommages subis par des étrangères*, París, 1925; DE VISSCHER, C. Notes sur la responsabilité internationale des Etats et la protection diplomatique d'après quelques documents récents, *R.D.I.L.C.*, 1927, pp. 245 ss.; HURST, C. J. B. Nationality of claims, *B.Y.B.I.L.*, 1926, pp. 163-182; LEVAL, *De la protection diplomatique des nationaux à l'étranger*, Bruselas, 1907; PITTARD, E. *La protection diplomatique des nationaux à l'étranger*, Ginebra, 1896; RÆSTAD, *La protection diplomatique des nationaux à l'étranger*, *R.D.I.*, 1933; ROOT, E. The basis of protection of citizens residing abroad, *A.J.I.L.*, 1910, pp. 517 ss.; TCHERNOFF, J. *De la protection des nationaux résidant l'étranger*, París, 1898; y TOSTI, Dei limiti giuridici della cosidella protezione dei cittadini all'estero, *R.D.I.*, 1915, pp. 374-418. Tras la adopción de la Carta: KISS, A. Ch. Protection diplomatique, *Répertoire de Droit International*, *Encyclopédie Dalloz*, París, 1969, pp. 660-669; PARRY, Cl. Some considerations upon the protection of individuals in International Law, *R.C.A.D.I.*, 1956, pp. 653-725; ROUSSEAU, Ch. La protection diplomatique, *Cours de Droit International Public*, Doctorat, 1962, París, 1963; SORAT, L. La protection diplomatique, *Jurisclasser de droit international*, Fasc. 250-A; VISSCHER, P. DE. La protection diplomatique des personnes morales, *R.C.A.D.I.*, 1971-I, pp. 395-513.

*controversia* que nos sitúa inmediatamente en el plano internacional, en razón de la reclamación formal que uno de los Estados parte formula al otro Estado, exigiéndole a éste un determinado comportamiento y, dando con ello inicio a los diversos procedimientos de solución pacífica de controversias; aunque, no obstante, la reclamación puede estar orientada, muchas veces, a ser resuelta definitivamente en el ámbito de los procedimientos de naturaleza jurisdiccional.

Esta modalidad suele utilizarse para proteger los derechos que han sido violados por un comportamiento puntual y en relación, habitualmente, con una sólo persona que ostenta la nacionalidad del Estado del que procede la reclamación. Antes de interponer la reclamación será preciso el cumplimiento de requisitos previamente establecidos y la concurrencia de ciertas condiciones, ya que se trata de la *manifestación por excelencia* de la protección diplomática, cuyo ejercicio pretenden eludir todos los Estados, pues, como es evidente, se aleja sobremanera de la cooperación para acercarse al enfrentamiento; y, sobre todo, no hay que olvidar que su ejercicio irregular supondría una injerencia en los asuntos internos de otro Estado y, en consecuencia, la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.

La segunda manifestación podría denominarse «protección diplomática mediante acuerdo», la cual tiene lugar en el seno de contactos entre los Estados interesados, que se plasman en el establecimiento y mantenimiento de negociaciones que culminarán en la celebración de un acuerdo internacional, destinado a satisfacer, sobre todo, las pretensiones de uno de los Estados parte en relación con sus nacionales. Los acuerdos a los que aquí nos referimos no tienen un alcance general, sino que más bien representan la *respuesta a situaciones concretas* en las que se encuentra un grupo de nacionales de un Estado que han resultado o resultan perjudicados por la acción de otro Estado (60). La esencia de estos acuerdos es, por lo tanto, que la actuación de los Estados está motivada por su interés en garantizar ciertos derechos de sus nacionales que, como consecuencia del comportamiento sin más de otro Estado, pueden verse afectados. En la práctica española podemos comprobar, al menos, la existencia de dos tipos de acuerdos que responden plenamente a estas características: Se trata, por utilizar denominaciones generales, de los *acuerdos de indemnización o compensación global* (61) y de los *acuerdos para el traslado de personas condenadas* (62).

---

(60) En la práctica española, por lo menos, no se ha puesto en duda que se trata de una manifestación más de la protección diplomática. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado se ha pronunciado en relación con los acuerdos de compensación global celebrados con Egipto, Marruecos y Cuba: (Dictamen de 14 de abril de 1983); «La materia del Convenio constituye un típico caso de ejercicio de la protección diplomática...» (Dictamen de 30 de octubre de 1980); Se trata del «ejercicio del derecho de España a la protección diplomática» mediante negociaciones (Dictamen del 27 de abril de 1989).

(61) Los casos más relevantes son: *Cuba*: Tras la revolución en 1959, el Gobierno cubano dictó disposiciones que privaron de sus bienes a españoles residentes en este país. Finalmente se llegó a un acuerdo de compensación, el 16 de noviembre de 1986 (Véase también: Ley 19/1990 de 17 de diciembre, *BOE* de 18 de diciembre, y R.D 324/1991 de 15 de marzo, *BOE* de 16 de marzo); *Egipto*: Aunque fue escaso el número de españoles afectados, en 1980 se iniciaron las conversaciones en el

Visto lo anterior, y sin ánimo de reiterar e insistir en conceptos muchas veces utilizados al hilo de los trabajos sobre protección diplomática, estimo que se podrían señalar ciertos rasgos muy sobresalientes de ésta, en razón de la práctica española.

i) El ejercicio formal de la protección diplomática representa el fracaso de numerosas y diversas gestiones encaminadas a satisfacer las pretensiones que se contendrán, seguramente, en la reclamación internacional formalizada o, en su caso, se plasmarán en el acuerdo internacional celebrado al efecto. Ya lo intuyó, hace tiempo, aunque con distintos términos Dreyfus, para quien la puesta en marcha de la protección diplomática comportaba numerosas etapas, situando esta autora, las primeras de ellas en el plano diplomático, tales como negociaciones y gestiones diversas; y después, eventualmente, en ausencia de una solución satisfactoria a través de estos medios, habría que acudir al ámbito de los procedimientos jurisdiccionales (63).

A diferencia, no obstante, de la «protección diplomática por reclamación», en los casos de «protección diplomática mediante acuerdo», éste supone el estadio final en el plano internacional, como ha quedado suficientemente reflejado en los acuerdos de compensación global celebrados por España, así como durante el proceso de negociación de los mismos. De esta manera, el Preámbulo del acuerdo con Cuba señala, claramente, que ambos Estados han llegado a él «Animados del deseo de concluir el proceso relativo a la indemnización por los bienes de españoles afectados por las leyes, disposiciones y medidas dictadas por el

---

Cairo para llegar a un acuerdo que indemnizase a los españoles que se vieron privados de sus bienes por diversas medidas de nacionalización y expropiación que, desde el año 1952, fueron adoptadas por el Gobierno egipcio (Acuerdo de 14 de abril de 1982. BOE de 22 de junio de 1986); Marruecos: Se trata de uno de los supuestos más conflictivos, dado que parte de los españoles que fueron privados de su bienes por el Gobierno marroquí en virtud de las disposiciones dictadas en 1973, no se han dado por satisfechos con la solución alcanzada mediante el acuerdo de 8 de noviembre de 1979 (BOE de 11 de octubre de 1985). Véase también: Orden de 22 de mayo de 1986, BOE de 28 de mayo, y Orden de 23 de junio de 1988, BOE de 29 de junio; Bulgaria: Las disposiciones dictadas en 1947 por el Gobierno búlgaro afectaron a bienes de españoles residentes en este país (Familia Elias y Sr. Levy Kenazy). La apertura formal de negociaciones para llegar a un acuerdo comenzaron en 1981.

(62) España es parte en el *Convenio europeo sobre traslado de personas condenadas*, Estrasburgo, 21 de marzo de 1983, junto con Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido (y adheridos: Estados Unidos y Canadá), *Tratados multilaterales de cooperación jurídica internacional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 389 ss.. España ha celebrado, a su vez, acuerdos bilaterales con Argentina, Dinamarca, Méjico, Perú y Tailandia. Véase, también, B.O.C.G. Congreso, 17 de marzo de 1988. Desde el punto de vista doctrinal: F. BUENO ARUS, Una nota sobre el Convenio europeo relativo a la transferencia de personas condenadas, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1.347, 1984, pp. 3 ss.; y J. L. MANZANARES SAMANIEGO, El Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas, *Comentarios a la legislación Penal*, T. VIII, vol. 2, *Revista de Derecho Público*, pp. 753-820.

(63) Cfr. S. DREYFUS, *Droit des relations internationales. Elements de Droit International Public*, París, 1978, p. 181.

Gobierno de la República de Cuba a partir del 1 de enero de 1959» (64). Lo mismo se deduce de la respuesta del Gobierno a la pregunta, en el Congreso, relativa al acuerdo con Marruecos, cuando señaló, después de una detallada exposición de los hechos y de las gestiones realizadas, que «Puede asegurarse, en resumen, que este complejo problema de las indemnizaciones a personas españolas expropiadas en Marruecos por el Gobierno marroquí *está en su etapa final*» (65), quedando por resolver sólo problemas de tramitación administrativa en el ámbito del ordenamiento interno español. Más aún, durante el proceso que conduce al acuerdo, éste se configura como el objetivo último a alcanzar para cerrar el asunto en el ámbito internacional. Así se dejaba entrever en el Informe presentado a la Dirección General de Asuntos Consulares, en relación con las negociaciones con Bulgaria para obtener una cantidad en favor de los españoles perjudicados por las leyes nacionalizadoras búlgaras de 1947, cuando se afirmaba que «algo resulta claro, eso sí, de la lectura del expediente: la insistencia (...) del Ministerio de Asuntos Exteriores para tratar de buscar *una salida* digna y razonable a este problema y la resistencia a ultranza (...) de las autoridades búlgaras para hacer frente a este asunto».

En consecuencia, *el final*, en ambos casos, de todo un proceso, largo en ocasiones y repleto de acciones con incidencia tanto en los planos del derecho interno de los Estados interesados, como en el plano internacional; y *el inicio*, en caso de tratarse de «protección diplomática por reclamación», de la andadura por los caminos de los procedimientos de solución pacífica de controversias. Comoquiera que sea, todo hace pensar que los Estados *eluden el ejercicio de la protección diplomática*, entendida en sentido estricto y formal, mediante la utilización de otros medios que, con carácter amplio, quizá tendrían cabida dentro de tal expresión, pero que, sin duda, siempre serán más útiles y apropiados para resolver la situación, sin que se materialice ante la opinión pública la *confrontación entre Estados* que toda acción de protección genera, y sin que se formalice, por ende, la acción de protección. Esta es una de las razones, por las que, como indicó M. Díez de Velasco, «el mecanismo de la protección diplomática es de por sí lento, especialmente si se hace necesario llegar a la utilización de la vía judicial o a la arbitral para hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado» (66).

---

(64) En el artículo 5 del *Convenio entre España y Marruecos*, ambos Gobiernos se comprometen a «no presentar ni mantener, ante el otro Gobierno o ante una instancia arbitral o judicial, las posibles reivindicaciones de sus ciudadanos relativas a los bienes e intereses» contemplados por dicho acuerdo. El párrafo 3, del artículo 4 del *acuerdo entre España y Egipto* señala, por su parte, que «el Gobierno español no respaldará ni presentará al Gobierno egipcio las reclamaciones de los nacionales españoles a que se hace referencia y que se resuelven en el presente Acuerdo». Finalmente, el Gobierno español, en el artículo 5 del *acuerdo entre España y Cuba*, se compromete de la misma forma que la indicada en el acuerdo con Marruecos a no «mantener ante el Gobierno de Cuba o ante una instancia arbitral o judicial las posibles reivindicaciones de las personas naturales o jurídicas españolas relativas a los bienes, derechos, acciones e intereses a que se refiere el presente acuerdo».

(65) R.E.D.I., 1989, p. 568.

(66) M. Díez de Velasco, *top. cit.*, p. 378. Y lo mismo sucede, cuando la protección diplomática se materializa en un acuerdo internacional.

A mayor abundamiento, hay que constatar dos comportamientos de los Estados que ahondan en la dirección marcada:

Primero, aunque pueda darse el caso contrario, *lo habitual* será que los Estados, antes de presentar formalmente su reclamación, agoten todas las vías y realicen cuantas gestiones diplomáticas sean precisas con el fin de evitarla. El agotamiento de lo que podríamos denominar «recursos diplomáticos» aparece, por lo tanto, como un requisito, no inexcusable, *pero sí habitual y previo al ejercicio de la protección diplomática en sentido estricto*. La práctica del Estado español camina, sin duda, en esta línea, y lo podemos comprobar tanto en supuestos en los que se presentó formalmente la reclamación, en cuanto manifestación última de la protección diplomática, como en aquellos otros en los que no se ejercitó y que, sin embargo, se solventaron, en términos generales, satisfactoriamente.

En el primer caso, sólo cuando el Estado español pudo comprobar que resultaría absolutamente infructuosa la realización de nuevas gestiones para lograr una reparación por la muerte del ciudadano español J. Antonio Rodríguez, fue cuando se decidió el ejercicio de la protección diplomática. En efecto, las autoridades norteamericanas mantuvieron, de forma contumaz, lo que se hacía constar en su Nota verbal, de 11 de abril de 1990, es decir, que *era absolutamente imposible* ofrecer a la familia del Sr. Rodríguez cualquier tipo de compensación económica en metálico, hasta el punto de que, cuando el Ministerio español de Asuntos Exteriores comunicó, el 11 de junio de 1991, la «decisión política» del Gobierno español de ejercitar la protección diplomática, el Sr. Zappala, a la sazón Embajador de Estados Unidos en España, indicó que comprendía tal posición.

En el segundo caso, el comportamiento del Estado español con ocasión del apresamiento, el 15 de julio de 1984, del pesquero español «Cigala II», por las autoridades mauritanas, confirma igualmente lo anterior, ya que se llevaron a cabo gestiones de todo tipo con el objetivo de obtener la liberación de los doce españoles retenidos en Mauritania y, como se dijo entonces, se estudió incluso la posibilidad de «un recurso ante el Tribunal Internacional de Justicia por diversas consideraciones que podrían hacerse a la ley mauritana sobre el tema» (67), algo que, seguramente, fue a parar al baúl de los olvidos, una vez que todos los españoles se encontraron en libertad, tras la entrevista final entre el Secretario General de Pesca español y el Presidente mauritano, gestión diplomática que tuvo por virtud dar por concluido el asunto (68), en sus elementos esenciales.

Segundo, la ineficacia de los métodos consulares y diplomáticos para satisfacer los intereses de los nacionales, dadas las circunstancias del caso, lleva a los Estados a celebrar acuerdos que, en cuanto manifestación de la protección diplomática, tratan de garantizar aquellos intereses. Se observa, con claridad, en los *convenios sobre traslado de personas condenadas*, que son, en definitiva, una

---

(67) *O.I.D.*, 1984, pp. 330-331, 325-326; 321-322.

(68) *O.I.D.*, 1985, pp. 472 y 493.

respuesta eficaz, por resultar insuficientes otros procedimientos diplomáticos y consulares para la defensa de los nacionales. Me atrevería a decir que, en ocasiones, se celebran cuando resultan inútiles, a muchos efectos, las medidas que apuntaba el Gobierno en 1984, en relación con la situación de los españoles en cárceles extranjeras. Entonces, como se recordará, se afirmaba que los españoles que se hallan en situaciones de este tipo «reciben la protección de nuestros Consulados y Embajadas, que básicamente consiste en visitas personales, información a familiares, establecimiento de circuitos protegidos de correo, servicio de custodia de pertenencias, envíos de prensa y libros y ayudas para asistencia sanitaria, alimentación y en el momento de la excarcelación» (69). Pero aún más, «En la medida de lo posible, se pretende que *las condiciones en que cumplan las penas no sean más penosas que lo serían en España*, habiéndose establecido una serie de ayudas para alimentación y servicio sanitario en los casos necesarios» (70).

En síntesis, el agotamiento de los «recursos diplomáticos», en uno u otro caso, comienza a configurarse como una condición, aunque no *sine qua non*, para el ejercicio de la protección diplomática, correspondiendo al Estado que realiza las gestiones previas a ésta, *determinar unilateralmente* el momento en el cual se ha producido dicho agotamiento, sobre la base, claro está, de la actitud y el comportamiento del otro Estado. Aunque no le sería oponible, en sentido estricto, en el ámbito jurisdiccional, al Estado que eventualmente ejerciera la protección diplomática, está claro que el haberse abstenido de realizar gestiones o acciones previas que, probablemente, hubieran resuelto el caso, no pasaría inadvertido para el órgano jurisdiccional correspondiente.

ii) Quizá se pueda pensar que es *condición imprescindible* para el ejercicio de la protección diplomática, el incumplimiento por un Estado de una obligación dimanante de una norma internacional. El Estado ante el que se ejerce debería, en consecuencia, haber violado una obligación o, al menos, como veremos, el Estado que la ejercita debería razonablemente considerar que así había sucedido. Sobre la base de que, en todo caso, cuando se trata de infracciones del derecho interno de un Estado sin proyección internacional o cuando no se ha perfeccionado el hecho internacionalmente ilícito, sólo cabrían acciones o gestiones de protección de otra índole, las afirmaciones anteriores han de ser, sin embargo, matizadas a la luz de las manifestaciones de la protección diplomática que anteriormente hemos señalado, así como por la incorporación, en el Derecho Internacional Contemporáneo, de nuevas categorías jurídicas en el marco de la responsabilidad internacional. Todo ello, a decir verdad, hace que en la protección diplomática, entendida en sentido formal y estricto, se planteen *normalmente* problemas específicos de *responsabilidad internacional*. Hasta no hace mucho, tal era así que, en los procesos de codificación, casi se llegó a identificar respon-

---

(69) R.E.D.I., 1985, p. 1.079.

(70) *Ibíd.*

sabilidad de los Estados con responsabilidad de éstos por los daños sufridos por los particulares extranjeros en sus personas y bienes (71).

Por consiguiente, cuando un particular sufre una lesión, daño o perjuicio atribuible al comportamiento de un Estado, cuya nacionalidad no ostenta, tal situación puede ser tratada dentro de los parámetros generales de la responsabilidad internacional de los Estados sin olvidar, no obstante, que en estos casos se dan, como veremos, *ciertas peculiaridades* tanto en función de los sujetos que se ven directamente afectados por la relación jurídica de responsabilidad creada, como respecto a las consecuencias concretas derivadas de dicha responsabilidad y, sobre todo, a los modos y medios de hacerla efectiva. Pero no siempre sucede de este modo, y así «la protección diplomática mediante acuerdo» no manifiesta necesariamente que haya tenido lugar la comisión de un hecho internacionalmente ilícito o, al menos, parece claro que los Estados que la ejercen desean mostrar, con su comportamiento, que no aspiran a plantear, en el plano internacional, cuestiones de responsabilidad. Además, no hay que descartar que los Estados presenten reclamaciones a otros Estados por los perjuicios o daños sufridos por los nacionales del primero, como consecuencia de comportamientos de los segundos que supongan actos no prohibidos por el derecho internacional.

Podemos establecer de este modo, con fundamento en la práctica internacional y en relación con las obligaciones de los Estados por sus comportamientos respecto a particulares extranjeros que se hallen en su territorio o bajo su jurisdicción y que podrían resultar perjudicados por la acción de aquéllos, ciertas categorías:

---

(71) A pesar de todo, estos supuestos se han ido reconduciendo, en la actualidad, al marco general de la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos y de la responsabilidad del Estado por hechos no prohibidos por el derecho internacional. De ahí que vayan desapareciendo, poco a poco, las constantes referencias a este concepto en los sucesivos proyectos de artículos, elaborados por la C.D.I., y ello a pesar de que, en un principio, la responsabilidad del Estado por daños causados a los extranjeros fuera considerado en este ámbito casi con exclusividad. En particular, así se destacó en los primeros informes presentados por el Sr. AGO ante la C.D.I. puesto que era patente en los trabajos realizados, sobre el tema de la responsabilidad, desde 1956 a 1961 por el Sr. GARCÍA AMADOR. En efecto, ya en su primer informe, el Sr. AGO subrayó que «tal vez sólo en los últimos años han llegado a comprender los organismos encargados de preparar la codificación del derecho internacional la necesidad de tratar la responsabilidad internacional de los Estados como un problema de carácter general, distinto y único. La mayor parte de los proyectos, tanto privados como oficiales, elaborados hasta ahora estaban dedicados principalmente al examen de un sector determinado: el llamado de la responsabilidad de los Estados en razón de los daños causados a extranjeros dentro de su territorio», *A.C.D.I.*, 1969, vol. II, p. 132, párrs. 4-5. En buena parte, la opción de tratar la responsabilidad internacional de los Estados desde una perspectiva general se debió a que «se hizo patente que era imposible en la práctica tratar de la responsabilidad por daños a la persona o a los bienes de los extranjeros sin plantear, en relación con este sector particular, todos los problemas fundamentales que se presentan en general a propósito de la responsabilidad internacional del Estado, de sus causas y de sus modalidades, cualquiera que sea la esfera en que se produzca la responsabilidad (...) Resultaba, pues, ilusorio tratar de eludir las dificultades inherentes a los problemas de la responsabilidad en general limitando el esfuerzo de codificación a la responsabilidad por violación de las obligaciones relativas al trato de los extranjeros», *A.C.D.I.*, 1969, vol. II, p. 139, párr. 56.

a) Parece claro que la violación de un derecho que corresponde a un particular extranjero podría llegar a constituir *la comisión de un hecho internamente ilícito* y entrañar, en consecuencia, la responsabilidad internacional del Estado al que se le atribuya el hecho. En estos casos, surgirían nuevas obligaciones para los Estados autores de los hechos, situadas en el marco de las «normas secundarias». Es irrelevante pues, con carácter general, que el sujeto pasivo de esa relación de responsabilidad sea un Estado o un particular extranjero, siempre y cuando éste sea titular del derecho conculcado o, mejor dicho, cuando el comportamiento o conducta del sujeto activo sean contrarios a una obligación internacional que le corresponda respecto a los mismos.

La C.D.I. ha incluido estos supuestos entre los que se consideran hechos internacionalmente ilícitos y así se deduce, ante todo, del artículo 1 del *proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos*, aprobado en primera lectura, en el que, aunque no se indique ni defina al sujeto pasivo de la relación de responsabilidad, se estipula que «*Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste*» (72). Ya lo decía, por otra parte, el Sr. AGO, en su primer informe ante la C.D.I., al manifestar «el firme convencimiento de que, para llegar a una codificación, debe considerarse la responsabilidad internacional de los Estados en cuanto tal, es decir, como situación resultante del incumplimiento de una obligación jurídica internacional por un Estado, *cualesquiera que sean la naturaleza de esa obligación y la materia a la que se refiere*» (73).

De ello, se desprende que la responsabilidad derivada de la comisión de hechos internacionalmente ilícitos comprende, por una parte, un conjunto de normas generales aplicables *a situaciones y sectores distintos de las relaciones internacionales*, entre las que se encuentran aquellas relativas al trato de los extranjeros; y que, por otra parte, la violación de normas en esta materia se constituye como su *sector específico* en el marco genérico de dicha responsabilidad. De ahí que, en la línea antes señalada, quepa el establecimiento de requisitos adicionales para que se estime que se ha producido el perfeccionamiento del hecho internacionalmente ilícito en ciertos casos y que puedan variar, en ocasiones, los modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional.

En este contexto, se comprenderá por qué la «protección diplomática mediante reclamación» tiene lugar, casi siempre, cuando se le atribuye, a otro Estado, la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Así, lo hacía ver el Go-

---

(72) Es comprensible, en todo caso, la ausencia de una definición del sujeto pasivo hasta ese momento porque, tal y como se expresó en el seno de la C.D.I., «Mientras que en la primera parte, relativa al origen de la responsabilidad del Estado, era en general indiferente determinar el Estado o los Estados respecto de los cuales existía la obligación primaria, esta cuestión era fundamental tratándose de las consecuencias jurídicas de una violación de tal obligación primaria», *A.C.D.I.*, 1982, vol. 2, pr. par., p. 29, párr. 21.

(73) *A.C.D.I.*, 1969, vol. II., p. 132, párr. 6, (cursiva añadida). Esto se observa igualmente en los artículos 16 y 17 del mencionado proyecto de artículos.

bierno español, cuando en el Memorándum que acompañaba a la Nota verbal por la que ejerció la protección en favor de los familiares del Sr. Rodríguez, se decía que el hecho atribuible a los Estados Unidos, constituía un hecho internacionalmente ilícito que «vulneró un arraigado y elemental principio del llamado Derecho Internacional Humanitario».

El problema más delicado quizá sea precisar si, realmente, ha tenido lugar o no la comisión del hecho internacionalmente ilícito, y, en particular, a quién corresponde hacerlo, lo que nos lleva a preguntarnos, cómo no, si sólo cuando exista la *absoluta certeza* de que así fue, sería posible presentar la reclamación internacional de protección. En otras palabras, si el derecho internacional exige realmente al Estado que presenta la reclamación que fundamente jurídicamente ésta en todos sus elementos. No olvidemos, siguiendo con el mismo asunto, que, como se decía en la Nota Informativa de 1 de noviembre de 1990 de la Dirección General de Asuntos Consulares: «Todas las gestiones españolas han tropezado sistemáticamente desde el primer momento con el informe del Comando Sur, que no acepta que la muerte del Sr. Rodríguez fuera producida por disparos de soldados norteamericanos. Por el contrario, la causa se atribuye a un cruce de fuego entre soldados norteamericanos y panameños, *sin que pueda demostrarse* cuál de los dos bandos fuera el causante».

Para resolver satisfactoriamente estas interrogantes, ya que sobre ellas gravita la sombra de un ilícito internacional, cual es la eventual injerencia de un Estado en los asuntos de otro o lo que, muchos autores, denominaron, abuso de la protección diplomática (74), es necesario entender el significado último de la «protección diplomática mediante reclamación».

A mi juicio, el ejercicio de ésta genera *siempre* la existencia de una controversia internacional, al menos, en el doble sentido de que, por un lado, materializa, en el plano internacional, puntos de vista diferentes de los Estados sobre una cuestión de hecho o de derecho y, por otro lado, en la medida en que que marca el inicio de la ulterior utilización de procedimientos de solución pacífica de controversias. La reclamación *no significa*, en modo alguno, *un juicio definitivo sobre el fondo del asunto*, en términos de Derecho Internacional. En otras palabras, corresponde al Estado que ejerce la protección *determinar unilateralmente* el alcance y la base jurídica de su reclamación, estando sujeta la decisión final sobre lo ajustado o no a derecho de sus pretensiones y dilucidándose la determinación de sus consecuencias, en el marco de la utilización de los procedimientos de solución pacífica de controversias que se empleen. Esto no representa novedad alguna, pues ya lo decía, en 1934, aunque con expresiones de su época, J. R. Orué, para quien: «El Estado nacional *es dueño de decidir para cada especie*, si el daño causado a su súbdito es suficientemente grave, para justificar una demanda de reparación» (75).

(74) A. ALVAREZ, *Le Droit International américain. Son fondement. Son nature*, París, 1900, pp. 233 ss; y J. L. SIQUEIROS PRIETO, *Las reclamaciones internacionales por intereses extranjeros en sociedades mexicanas*, México, 1947, pp. 53 ss.

(75) J. R. ORUE, *Manual de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1934 (cursiva añadida), p. 265.

Por lo tanto, se puede concluir que, primero, el Estado que está dispuesto a presentar la reclamación estará obligado, si realmente la hace efectiva, a fundamentarla jurídicamente en la violación de una obligación dimanante de una norma internacional y, segundo, que la existencia de la condición señalada por E. Jiménez de Aréchaga en el sentido de que «las reclamaciones en nombre de nacionales —para distinguirlas de los buenos oficios o de una expresión de interés con respecto a ciertas materias o personas— pueden ejercerse válidamente sólo cuando un derecho de un nacional, ha sido afectado directamente por un acto del Estado en violación del Derecho Internacional» (76), corresponde apreciarla al Estado en cuestión.

Nos vemos, de este modo, obligados a penetrar en *una esfera especialmente incómoda para los iusinternacionalistas*. En efecto, las conclusiones anteriores obligan a considerar que siempre tendrá lugar, en el seno del Estado que formula la reclamación, y además parece aconsejable que así sea, un debate interno respecto a la oportunidad jurídica de presentarla o no, así como referente a los términos de la misma; y ello creo que ha de hacerse en el convencimiento de que, con frecuencia, en este ámbito, no se halla la solución al fondo del asunto. Estando claro que este debate es conforme, en nuestro caso, a los criterios que inspiran un Estado democrático y que resulta absolutamente preciso si se quiere introducir la racionalidad en el plano internacional, se corre, no obstante, el riesgo de que algunos elementos del mismo pudieran ser utilizados por la otra parte en el supuesto de un eventual ejercicio de la protección diplomática, algo evitable, al menos, de dos formas: la primera, ilógica y, a la postre, inútil de mantener los casos en el más absoluto de los secretos, y la segunda, más eficaz, de la afirmación, por parte del Estado, de que, a un sistema democrático y basado en la defensa de los derechos fundamentales, le es consustancial la discusión en torno a la eventual presentación de una reclamación internacional conforme a su derecho interno y al Derecho Internacional, de tal modo que carecerían de fundamento las alegaciones relativas a opiniones de órganos del Estado de carácter técnico y de consulta a los que se les encarga la tarea.

Dos supuestos muy específicos de la práctica española han prestado la oportunidad para apreciar, por un lado, que el foro interno no es el lugar apropiado para hallar soluciones a problemas que deben solventarse en el plano internacional, cuando de ello depende la protección de los nacionales del Estado y, por otro lado, que las dudas razonables relativas a si tuvo lugar o no la comisión del hecho internacionalmente ilícito, deberían siempre resolverse, si se trata de derechos humanos básicos, en favor de la acción protectora de los nacionales.

El primero de ellos ha sido el «asunto Claudia Continent», en el que la Asesoría Jurídica Internacional se mostró contraria al ejercicio de la protección diplomática aduciendo como razón principal el que sería difícil sustentar, en el plano internacional, la eventual reclamación española. El argumento esgrimido

---

(76) E. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, 1980, p. 342.

fue, afortunadamente, rechazado por el Consejo de Estado, que además respiró el impulso necesario para no aceptar, en el ámbito interno, conclusiones que sólo corresponden al plano internacional; y así, en su dictamen de 10 de abril de 1990, manifestó que hay «argumentos suficientemente fundados para el ejercicio de la protección española y, en consecuencia, para mantener la posición procesal pertinente». Y, es que, en realidad, una cosa es el fundamento jurídico de la reclamación y otra muy distinta que ésta sea estimada o no positivamente, en el ámbito internacional, por los órganos que corresponda. En términos jurídicos, aceptar lo contrario sería como decir que el Estado, abogado de la causa en el ámbito internacional, renuncia a defenderla porque duda de que los órganos jurisdiccionales vayan a admitir sus pretensiones, y es sabido que únicamente cuando los clientes piden que se les reconozcan sus derechos de propiedad sobre el sol y el resto de los astros, los abogados deben convencerlos de que resultará algo más difícil ganar el caso.

El segundo asunto, el del ciudadano español «Condomines» (77), ha generado el otro elemento de la discusión, cual es si el Estado que eventualmente formule la reclamación ha de tener *la seguridad completa* de que se produjo la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, antes de hacerla efectiva. En este supuesto, como se dijo con razón por parte de la Asesoría Jurídica Internacional: «El fundamento de un hipotético ejercicio de la protección diplomática habría de buscarse en un hecho ilícito cometido por las autoridades judiciales suizas e imputable, por tanto, al Estado helvético» (78). No obstante, ésta mantuvo su posición contraria al ejercicio de la protección, al señalar que la condena impuesta a la causante de la muerte del Sr. Condomines por los Tribunales suizos «es, en principio, conforme con el Derecho suizo y resulta arriesgado sostener que este sistema jurídico está por debajo del *standard mínimo internacional*. En estas condiciones, el ejercicio de la protección diplomática carecería de fundamento jurídico bastante» (79).

Opinión que, sin embargo, no era compartida por la orden ministerial, de 24 de septiembre de 1990, en la que se decía que «Estos datos dan pie a sostener que ha existido un elemento subjetivo de mala fe e intención discriminatoria por parte de la justicia suiza. Se trata, igualmente, de violaciones flagrantes e inexcusables del Derecho suizo. Ambas constataciones permiten afirmar que nos encontramos ante un caso de injusticia notoria que puede ser calificado como *su-*

---

(77) Este ciudadano español falleció en Ginebra, en accidente de tráfico, el 15 de diciembre de 1987, al ser atropellado por una ciudadana suiza, considerada en 1989, culpable de un delito de homicidio por negligencia y condenada a una pena de multa de mil francos. El padre de la víctima recurrió la sentencia dictada por los tribunales suizos, siendo el correspondiente recurso desestimado. Hay que destacar que, según la familia del Sr. Condomines, eran claras la irregularidades del procedimiento penal tramitado por las autoridades helvéticas, habiéndose producido, entonces, *denegación de justicia*. Véase: A. V. FREEMAN, *The international responsibility of States for denial of justice*, Nueva York, 1970, 2.ª ed., pp. 456 ss.

(78) *Dictamen Consejo de Estado*, 16 de mayo de 1991, p. 21.

(79) *Ibid.*, p. 22.

*puesto de denegación de justicia*». Y por ello «entiende el Ministerio de Asuntos Exteriores que resulta procedente el ejercicio de la protección al objeto de obtener una reparación adecuada y evitar que en el futuro se reproduzcan situaciones semejantes» (80). Ambas posiciones quedaron reflejadas, finalmente, en el seno del Consejo de Estado que, en su dictamen de de 16 de mayo de 1991, apoyó por mayoría el razonamiento de la Asesoría Jurídica Internacional, con dos votos particulares en contra.

Sin penetrar, ahora, en el fondo del asunto, la decisión del Consejo de Estado es, cuando menos, discutible. En todas las fases del debate, tanto interno como internacional, concerniente a este asunto, siendo todos los elementos del mismo portadores de eventuales soluciones contradictorias, uno, al menos, no lo era. En efecto, existían argumentos, tanto en favor como en contra, para sostener la denegación de justicia por parte de los tribunales suizos. Tal era así, que la propia Asesoría Jurídica Internacional, pese a pronunciarse en contra del ejercicio de la protección, no dejó de señalar que «el levantamiento del secuestro (del vehículo) resulta difícil de explicar, pero, a tenor del expediente de instrucción, pudiera ser fruto de *un error judicial* al pensar el juez que se habían tomado las fotos pertinentes; en cualquier caso, las declaraciones de aquellos que vieron el vehículo antes de ser reparado y el detalle de las reparaciones efectuadas por el taller suple en parte *la ausencia de pruebas fotográficas*. La fijación del lugar del accidente en la instrucción podría *parecer arbitraria*, pero lo cierto es que los testigos presenciales del hecho no contradicen abiertamente este dato, aunque *algunas de sus declaraciones son confusas*. La autopsia, por su parte, *no hubiera aportado nada relevante a lo que ya se manifestaba en el examen externo*» (81). Y esto daba pie, lógicamente, a mantener la posición contraria.

Por su parte, la insistencia de los familiares del Sr. Condomines, ante los tribunales suizos, para que se practicasen determinadas pruebas y se diera cabida, en la instrucción, a diversas actuaciones, sería más que suficiente para que las dudas razonables respecto a la oportunidad jurídica de presentar la reclamación, inclinase la balanza en favor de ésta. Y es que, en definitiva, el Estado que presenta la reclamación sólo está obligado a comprobar que existen elementos razonables para afirmar la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, quedando más bien vinculado a dispensar la protección a sus nacionales, ya que será en el seno de los procedimientos de solución pacífica de controversias donde se halle la respuesta definitiva al caso.

b) También, en el ámbito de la responsabilidad de los Estados por hechos no prohibidos por el Derecho internacional podrían hallarse inmersos los supuestos en los que particulares extranjeros sufran algún daño o perjuicio como consecuencia de comportamientos de los Estados que, sin oponerse a una norma de derecho internacional, generasen, sin embargo, daños o perjuicios a los mismos.

---

(80) *Ibíd*, p. 23.

(81) *Ibíd*, pp. 42-43 (cursiva añadida).

Cabe imaginar, a este respecto, dos situaciones diferentes: La primera, aquélla en la que el comportamiento atribuible a un Estado, y realizado dentro de su territorio o bajo su jurisdicción, ocasione, fuera del territorio de este Estado, pérdidas o daños efectivos a los nacionales de otro Estado. En esta línea caminan los trabajos de la C.D.I. y aunque el tema tiene, sin duda, un gran interés, resulta claro que no será objeto específico de nuestra atención. La segunda situación, a la que nos referiremos, sí que tiene una enorme relevancia al hilo del estudio de la práctica española. Se trata de aquellos casos en los que los Estados, en su territorio o bajo su jurisdicción, adoptan medidas conformes al orden jurídico internacional, siendo así que su plena conformidad con este ordenamiento, está condicionada por la obligación de reparación, compensación o indemnización. Prefiero, no obstante, situar tales supuestos en una categoría autónoma.

c) Aunque pudieramos alejarnos, en estos casos, de la teoría de la responsabilidad, y estando claro, de todos modos, que la responsabilidad por actos lícitos y por actos ilícitos se sitúan en planos diferentes, a pesar de que el contenido de *la obligación de reparar* sea, en ocasiones, similar, la verdad es que las situaciones mentadas son portadoras de ciertas características que permiten, aunque sólo sea a efectos expositivos, incluirlas en una única categoría. A mi juicio, fue correcto el pensamiento del Sr. Quentin-Baxter cuando en su comentario acerca del artículo 2 del *Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales*, de 1971, indicó, lo que es aplicable a nuestro caso, que «Esa disposición crea para los Estados partes una obligación —primaria— de pagar una indemnización por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. En virtud de una norma —secundaria—, el hecho de que un Estado parte no pague la indemnización debida constituye una violación de una obligación internacional de ese Estado y da lugar a su responsabilidad internacional» por hechos ilícitos (82).

En este orden de cosas, siendo siempre lícitas *per se* la actividades de expropiación y nacionalización, el Derecho internacional exige al Estado autor del hecho que compense el perjuicio causado por la adopción de tales medidas. Ahora bien, nos podemos situar aquí en dos perspectivas diferentes: La primera es aquella en la que la obligación de reparar, entendida en sentido amplio, proviniese de la comisión de un hecho lícito. Como dijera M. Sorensen, refiriéndose a la expropiación, «si no es ilícita, la expropiación entraña no obstante la obligación de pagar una indemnización, pero es una indemnización por un acto lícito (...)» (83). La segunda, nos remite, sin embargo, al campo de la ilicitud internacional, es decir, el Estado que estando obligado a ofrecer una reparación por la realización de una actividad lícita, incumple dicha obligación y, en consecuencia, la «nueva» obligación de reparar tiene su origen en la comisión de un hecho internacional-

(82) *A.C.D.I.*, 1980, vol. II, pr. part. p. 265, párr. 21.

(83) M. SORENSEN, *Principes de droit international public, R.C.A.D.I.*, 1960-III, p. 178.

mente ilícito. El propio Sorensen señaló que si la expropiación se efectúa sin respetar los límites fijados por el derecho internacional «constituye así un acto ilícito que entraña un deber de reparación» (84).

No obstante, lo primero que se constata, también a la luz de la práctica española, es que en estos supuestos, el Estado que protege a sus nacionales *no desea cuestionar eventuales problemas de responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos*. En particular, el objetivo de la acción protectora en los denominados «lump sum agreements» (85), es obtener para los nacionales del Estado que impulsa la negociación *una compensación económica* por el daño sufrido, sin que ésta se base jurídicamente en la existencia de un previo ilícito internacional. Así lo entendió el Consejo de Estado en su dictamen, de fecha 13 de junio de 1991, al seguir la línea de pensamiento marcada por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores, y decir que el único fin de estos acuerdos era «beneficiar la posición de los que se vieron privados de sus bienes» (...) «La intervención del Estado español en este caso se dirige precisamente a la protección, también diplomática, de los intereses de los españoles», sin entrar, por lo tanto, a calificar o valorar, como lícito o ilícito, el origen de dicha privación. Tal es así, que las medidas expropiatorias adoptadas por el régimen alahuita se hicieron, como establecía el artículo 8 del Dahir de 2 de marzo de 1973, sobre la base de que darían lugar a «indemnización en las condiciones que serán fijadas ulteriormente», precepto claramente destinado a no ser desarrollado jamás. A pesar de esto, la Administración española no sostuvo, durante el proceso de negociación del acuerdo de 1979 con Marruecos, la ilicitud de los actos de expropiación que afectaron a los bienes españoles.

d) Pero, incluso, es posible que no se dé ni el más mínimo atisbo de ilicitud en el comportamiento del Estado ante el que se ejerce la protección diplomática. Al menos, el Estado que realmente la ejerce elude, intencionadamente, pronunciarse sobre ello. Esto sucede en los *acuerdos sobre traslado de personas condenadas*, y se plasma, con rotundidad, como veremos, en los Preámbulos de los mismos, en los que no se vislumbra reproche alguno respecto al régimen jurídico imperante en los Estados interesados y en relación con el trato que reciben los ciudadanos de los Estados partes sujetos a la jurisdicción de alguno de ellos. Si bien la situación y las condiciones en las que se encuentran los españoles en las cárceles tailandesas desborda ampliamente, desde la óptica española y yo diría desde el promontorio del «estándar mínimo internacional», el marco del respeto a los derechos humanos básicos, el modo de proteger a los nacionales españoles que se hallan en tales situaciones no ha sido, pues resultaría mucho menos eficaz, la presentación de reclamaciones; sino, por el contrario, el reconocimiento

---

(84) *Ibíd.*, 177.

(85) R. LILLICH y WESTON, *International claims. Their settlement by lump sum agreements*, Charlottesville, 1975.

de «las leyes y reglamentos vigentes relativos a la observancia de la Ley» y el deseo de «establecer una cooperación en materia de ejecución de sentencias penales» (86), aceptando que «las cárceles, generalmente, son reflejo de las condiciones del país donde están sitas. En los países en vías de desarrollo donde los recursos son enormemente limitados y donde las condiciones de vida de la población, en general, son difíciles, las cárceles reflejan estas circunstancias (...) Estas deficiencias, que son producto de la pobreza en que viven dos de cada tres personas en el mundo, *se reproducen necesariamente* en las condiciones de las instituciones penitenciarias» (87).

En síntesis, la protección diplomática es, en esencia, una respuesta a las necesidades de protección de las personas físicas, pudiendo ejercitarse tanto en supuestos en los que los Estados ante los que se ejerce se han comportado de manera disconforme con sus obligaciones internacionales, como en aquellos otros en los que su comportamiento genera un daño o perjuicio a los nacionales del otro Estado, sin que quepa hablar de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.

iii) El Estado español sólo ejerce la protección diplomática en favor de personas que ostenten la nacionalidad española (88). Lo han repetido, hasta la saciedad, todas las autoridades del Estado, tanto en los supuestos en los que se ejercitó o está en trámites de ejercitarse, como en aquellos otros en los que no se ejerce, precisamente, en razón de la *ausencia de la nacionalidad española* de la persona eventualmente beneficiaria de la misma.

El escaso contenido de la reclamación en sí, presentada por España contra los Estados Unidos por la muerte de J. A. Rodríguez, era suficiente para dar cabida, por dos veces, a esta condición y en todas las acepciones que evitaran cualquier posible equívoco. Se decía en dicha Nota que «en relación con la muerte de *nacional* español», y «en ejercicio de la protección diplomática del *ciudadano* español» (89). De la misma manera, en los supuestos de «protección diplomática mediante acuerdos», los beneficiarios del contenido de éstos han sido, en exclusividad, los nacionales españoles. El acuerdo con Marruecos señala, en el párrafo 2 del artículo 1, que los beneficiarios del Convenio serán las *personas físicas*

(86) *B.O.E.*, 10 de diciembre de 1987, y *Aranzadi Legislación*, 1987, n.º 2.579.

(87) *R.E.I.*, 1984, p. 543.

(88) Sobre las cuestiones de nacionalidad, en el marco de la protección diplomática, en especial: KLEIN, P. La protection diplomatique des doubles nationaux: Réconsidération des fondements de la règle de non-résponsabilité, *R.B.D.I.*, 1988, pp. 184-216; DUNN, S. *The protection of nationals*, Baltimore, 1932; LEIGH, G. I. F. Nationality and diplomatic protection, *I.C.L.Q.*, 1971, pp. 453-475; MAURY, J. Du conflit des nationalités, *Etudes à G. Scelle*, París, 1950, pp. 365-385; y YANGUAS MESSIA, J. La protection diplomatique en cas de double nationalité, *Homn. Pre. Basdevant*, París, 1960, p. 457-558.

(89) En el «asunto Condomines», el Consejo de Estado, en su dictamen, de 16 de mayo de 1991, lo primero que resaltaba era la *nacionalidad española* de D. Gabriel-Job Condomines Béraud; y en su dictamen, de 10 de abril de 1990, en el «asunto Claudia Continente» destacaba, además, la nacionalidad española de los tíos y abuelos maternos de la niña, tras lo que latía, quizá, que la protección se extendía a los *todos los ciudadanos españoles afectados en el asunto*.

de nacionalidad española (90). Por su parte, en los *acuerdos sobre traslado de personas condenadas*, como el celebrado con Tailandia de *cooperación en materia de ejecución de sentencias penales*, se hace lo mismo, y así en el artículo 2, párrafo 2 de este acuerdo se dispone, como condición necesaria para su aplicación, que «el delincuente que deba ser trasladado sea *ciudadano* del Estado receptor». Se trata, por lo demás, de una *condición esencial* en los acuerdos de este tipo, como queda palmariamente reflejado en el artículo 3 (condiciones de la transferencia) del *Convenio europeo sobre traslado de personas condenadas* que estipula, con toda claridad, como primera condición, que un traslado «podrá llevarse a cabo con arreglo al presente Convenio *solamente* en las condiciones siguientes: a) El condendo deberá ser nacional del Estado de cumplimiento», es decir, del Estado «al cual el condenado pueda ser trasladado o lo haya sido ya, con el fin de cumplir su condena» (artículo 1, d).

En los supuestos contrarios, es decir, en aquellos en los que no se ejercitó la protección diplomática, el camino que se ha recorrido, en esta materia, ha sido el mismo. En 1983, el Director General de la O.I.D. corregía sutilmente las afirmaciones contenidas en el editorial de Diario 16, al que hicimos mención en la Nota Previa, y en las que se agrupaban en el mismo compartimento asuntos tales como «M. Magdalena Monteverde y Gutiérrez Menoyo», e indicaba que: «En el caso de personas que carecen de la nacionalidad española (...) la acción española no puede ser, evidentemente, *tan directa y fundada* en la protección a los nacionales».

En resumen, la ausencia de la nacionalidad del Estado es, por ahora, un obstáculo insuperable para éste a la hora de ejercer la protección diplomática, a pesar de que exista la firme voluntad política de hacerlo. El «asunto Gutiérrez Menoyo», que acabamos de mencionar, revela cómo las gestiones diplomáticas de protección, pudiendo llegar a ser muy intensas, no traspasan la línea que nos haría penetrar en la protección diplomática (91), si el eventual beneficiario *no ostenta en exclusividad la nacionalidad española*; así como la posesión, también, de la nacionalidad española de los jesuitas asesinados en el Salvador en 1989 (92), ha sido, sin duda, una buena base jurídica para realizar todo tipo de acciones y gestiones destinadas a esclarecer los hechos, *pero insuficiente* para abrir la puerta de esta modalidad de protección. Por tanto, el Estado español ha seguido, y sigue fielmente a este respecto, el contenido de la posición doctrinal mayoritaria, perfectamente expresada por Zourek, en 1961, cuando en el seno de la C.D.I., afirmó que la protección consular tanto como la protección diplomática

---

(90) El artículo 3 del Convenio de Cuba considera beneficiarios a «aquellas personas naturales y jurídicas de *nacionalidad española*», racionalizando, de algún modo, lo que se disponía, en el artículo 2 del *Acuerdo Preliminar sobre reclamaciones relativas a bienes de españoles afectados por disposiciones del Gobierno revolucionario de Cuba*, de 14 de marzo de 1967.

(91) Como se sabe, se trataba de un ciudadano detenido en las cárceles cubanas y respecto al cual se planteaban problemas de nacionalidad: *B.O.C.G.*, 20 de febrero de 1985 y 21 de diciembre de 1984.

(92) *O.I.D.*, 1989, p. 411.

se refiere siempre al nacional del Estado que envía. La nacionalidad del Estado que envía *es condición esencial* para que este Estado pueda ejercer la protección diplomática y consular» (93).

Más allá de ello, podemos constatar, sin embargo, ciertas posiciones del Estado español en materia de nacionalidad, y que se reflejan, notoriamente, cuando se trata de *obtener la liberación de personas que se encuentran detenidas en cárceles extranjeras*. Se puede sostener que el Estado español no ha dejado de actuar en favor de personas que se hallaban en estas situaciones, pero que, sin embargo, los límites de su labor de protección están previamente marcados, como lo señaló el Gobierno, cuando declaró que «de acuerdo con las normas de Derecho internacional sólo en aquellos casos en que un preso ostenta exclusivamente la nacionalidad española es posible el ejercicio de la protección diplomática y consular. No obstante lo anterior nuestra Embajada y Consulado en la Habana se han interesado e interesan por estos casos, habiéndose producido, como consecuencia de las gestiones realizadas, catorce liberaciones de detenidos hispano-cubanos desde 1986» (94). A la luz primordialmente de asuntos de esta índole, podemos establecer ciertas conclusiones:

Primera, sólo cuando una persona posea *exclusivamente la nacionalidad española*, el Estado español ejercerá o estaría dispuesto a dispensar en su favor la protección diplomática. El vínculo de la nacionalidad le hace a la persona, además, destinataria de las acciones de todo tipo que el Estado español pudiera realizar en defensa de sus derechos e intereses, y ello con independencia de las condiciones o los modos en que dicha persona esté sujeta a la jurisdicción de otro Estado. Como lo indicó el Gobierno español en relación con ciertos pescadores españoles, que aunque estuviesen faenando y formasen parte de tripulaciones con bandera marroquí «gozan de la protección diplomática española, *de la misma manera que cualquier ciudadano español fuera de España*» (95).

Segunda, en los casos de españoles, con doble nacionalidad, siendo así que ostenten *la nacionalidad efectiva* del Estado frente al que cabe la protección, el Estado español se abstiene de ejercitar la protección diplomática y mantiene, frente a ese Estado, que las gestiones y actuaciones en favor de tales personas no suponen, en modo alguno, una injerencia en los asuntos internos de éste.

Nada impide, ciertamente, al Estado español realizar acciones en favor de dichas personas, utilizándose, básicamente, y siempre en función de las circunstancias, dos argumentos: que la nacionalidad española, aunque no efectiva, genera un vínculo suficiente con el Estado español para que éste dispense una protección de esa naturaleza; y que al no ser posible, en algunos casos, llegar a un juicio definitivo sobre la nacionalidad de una persona, —por la oposición entre los criterios imperantes en los ordenamientos internos de cada Estado—, caben

(93) A.C.D.I., 1961, vol. II., p. 67, párr. 2.

(94) B.O.C.G., 10 de mayo de 1990.

(95) O.I.D., 1988, p. 551.

actuaciones en favor de la misma, sobre la base de que no está resuelta jurídicamente la determinación de las competencias de ambos Estados en función de la nacionalidad del particular. Como se indicó, con ocasión de los detenidos en Uruguay, «entre los numerosos presos políticos encarcelados por el actual régimen uruguayo, existió un numeroso grupo de detenidos que, *o bien habían nacido en España o por ser hijos de españoles*, fueron considerados como tales por las autoridades españolas, aunque no hubieran sido debidamente inscritos en el Consulado de España en Montevideo» (96). El segundo argumento se utilizó, débilmente, en el «asunto del Sr. Adolfo González Martínez», que deseaba abandonar la Unión Soviética y ser repatriado a España, y así «a pesar de ser español, de acuerdo a nuestro ordenamiento, sigue siendo para la URSS ciudadano soviético, ya que no se le ha concedido la pérdida de la ciudadanía soviética que en su día solicitó, por lo que está sometido a la leyes internas soviéticas» (97). Con mayor firmeza ha sido empleado este argumento en los casos de detenidos en Cuba respecto a los cuales «las autoridades cubanas no aceptan visitas de nuestra Embajada porque aquí, como en el caso de otros presos que tenemos en el continente americano, chocan las interpretaciones sobre la nacionalidad del detenido entre los dos Estados» (98). Ahora bien, el interés mostrado por las autoridades españolas por estos particulares ha propiciado cambios en la actitud de ciertos Estados, como el cubano, que «contrariamente a lo que había ocurrido en épocas anteriores, en ningún momento han rechazado las gestiones del Gobierno español» (99).

Tercera, el Estado español *interpreta de modo amplio*, a la hora de realizar gestiones diplomáticas o consulares en favor de personas físicas, *el concepto de nacionalidad española*. Su actuación se caracteriza por proteger inicialmente, por un lado, a todas aquellas personas que, en supuestos de duda, presentan *la mera apariencia* de poseer la nacionalidad española, y por destacar al máximo, por otro lado, el vínculo que mantiene con los eventuales beneficiarios de la protección, debido al origen español de éstos. Respecto a lo primero, el comportamiento de la representación española en Tailandia ha sido muy significativo, ya que «no se detiene a hacer averiguaciones» y procura «proteger a todos los que dicen ser españoles», tratándose de un problema a obviar «de la manera más práctica y expedita, pues no siempre los documentos que presentan coinciden con las identidades reales» (100). Respecto a lo segundo, basta proceder a la lectura de la lista de desaparecidos por los que se interesó el Estado español, para descubrir su interés por todas las personas, «hijos, nietos o conyuges de españoles, por los que el Gobierno español *también ha realizado gestiones* ante el Gobierno argentino *por razón de su vincu-*

---

(96) *Ibíd.*, 1984, pp. 267-268.

(97) *Ibíd.*, p. 340.

(98) *Ibíd.*, 1985, pp. 417-418.

(99) *Ibíd.*, p. 418.

(100) *Ibíd.*, 1984, p. 229.

lación con España y por razones humanitarias» (101), aunque, lógicamente, dichas actuaciones son más limitadas (102).

Cuarta, cuando se trata de personas que carecen de la nacionalidad española y que tampoco son de origen español, pero que, sin embargo, *se hallan conjuntamente inmersos en situaciones en las que se encuentran éstos*, podrían resultar beneficiadas de ciertas acciones del Estado español, eso sí, de menor alcance e intensidad que las llevadas a cabo en favor de los segundos, situándose el comportamiento del Estado español en el marco de la estricta «protección humanitaria». En el asunto de los detenidos en Uruguay era claro que «las autoridades uruguayas no admittían ningún tipo de gestión en favor de detenidos uruguayos, ya que lo califica(ban) de injerencia directa en los asuntos internos del país. Por lo tanto, en este caso sólo ca(bía) realizar contactos informales con las autoridades correspondientes transmitiéndoles *la preocupación española* por la suerte de personas detenidas únicamente por delitos de opinión» (103).

### III. DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO ESPAÑOL EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCION

En las ocasiones en las que ha tenido oportunidad, *la jurisprudencia internacional* ha reflejado en sus decisiones uno de los aspectos más característicos e inconfundibles de la protección diplomática, reconocido y aceptado generalmente por los Estados, es decir, *la absoluta discrecionalidad* de éstos a la hora de ejercerla o no en favor de sus nacionales (104). Extraordinariamente explícitos al efecto han sido ciertos tribunales internacionales, cerrando con sus pronuncia-

(101) *Ibid.*, 1983, pp. 689-692. También, *ibid.*, 1983, pp. 719-720; *ibid.*, 1985, pp. 484-485.

(102) «En el caso de los presos cubanos de ascendencia española, podemos asegurar que el Consulado de España en La Habana se interesa por todos aquellos, en su condición de hijos de españoles, les visita y ayuda en lo posible. Sin embargo, al ser cubanos, las gestiones del Gobierno son lógicamente limitadas», *R.E.I.*, 1985, p. 1.080. Hasta tal punto que se «iniciaron las gestiones para conseguir la liberación de todos estos detenidos extendiéndose la protección incluso a los descendientes de españoles, a pesar de la oposición de las autoridades uruguayas, ya que según las leyes de nacionalidad de aquel país, los nacidos en el territorio nacional son uruguayos, por lo que no reconocían en principio ningún derecho de intervención a las autoridades españolas (...)», *ibid.* Todavía más, la residencia en España sería un vínculo suficiente para realizar gestiones de este tipo en favor de la persona en cuestión (p.e. D. José Luis Jone, residente en España, aunque sin nacionalidad española. España-Guinea, *B.O.C.G. Senado*, 17 de marzo de 1989).

(103) *O.I.D.*, 1984, pp. 267-268.

(104) Este concepto de discrecionalidad se extiende, por lo general, a todas las acciones que el Estado pudiera ejercer en favor de sus nacionales en el extranjero, abarcando pues a *gestiones y acciones diplomáticas de todo tipo*, así como a la *asistencia y protección consulares* (...) Más aún, se ha entendido, frecuentemente, que las acciones y gestiones diplomáticas deben ser consideradas *como actos meramente políticos*, no sujetos, en principio, a normas internas o de derecho internacional (opinión que, claro está, no comparto). Aunque tomamos como concepto básico de análisis, en este capítulo, el de «protección diplomática», ya que es la manifestación «por excelencia» de la acción de protección de los Estados, se irán contemplando, a lo largo de él, otras manifestaciones de la labor de protección.

mientos, según la mayor parte de la doctrina, el más mínimo resquicio para una eventual interpretación distinta en este campo.

Ya, en 1924, y en el asunto concerniente a las *concesiones Mavrommatis en Palestina*, el T.P.J.I. manifestó, en un pasaje reiterada y machaconamente citado, que: «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, de los que no hayan podido obtener satisfacción por las vías ordinarias» (105). Más cercano en el tiempo, el asunto de la *Barcelona Traction*, permitió que el T.I.J. fuese singularmente rotundo cuando, en su sentencia de 5 de febrero de 1970, recordó «que, dentro de los límites fijados por el Derecho Internacional, *un Estado puede ejercer su protección diplomática* por los modos y en la medida que estime apropiados, ya que *es un derecho propio del Estado* el que alega» (106), lo que le llevó a sostener que «El Estado debe ser considerado como *el único juez facultado* para decidir si concederá su protección, en qué medida lo hará y cuando le pondrá fin. Posee a este respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede depender de consideraciones, en particular de orden político, ajenas al presente asunto» (107).

Sin ningún recato pues, el T.I.J. dio cabida, en este caso, a *consideraciones meramente políticas* cuando tuvo que pronunciarse sobre el ejercicio en sí y los modos que eventualmente adoptase la protección diplomática, y destacó que facultado pues, y no obligado, por el Derecho Internacional, el Estado conserva en sus manos la decisión, en cada caso, de ejercitarla o no; y ello, como ha señalado M. P. Andrés, porque se ha pensado siempre que «al tratarse de un derecho del Estado y no de los particulares, aquél goza de absoluta *discrecionalidad* en orden al ejercicio de la pretensión jurídica en que se concreta la protección diplomática» (108).

A lo más que ha llegado *la jurisprudencia internacional* ha sido a reconocer que el Estado *podría estar obligado* a proteger a sus nacionales en el extranjero cuando normas de su derecho interno impusiesen a los órganos del mismo

(105) *T.P.J.I., Recueil*, p. 12. «Al hacerse cargo de la causa de uno de los suyos, al poner en movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial, *este Estado hace valer*, a decir verdad, *su propio derecho*, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos, el Derecho Internacional», *ibid.* Tal es así que DUBOIS calificó a este pasaje como una de las letanías más célebres del derecho internacional, (La distinction entre le droit de l'Etat réclament et le droit du ressortissant à la protection diplomatique, *Re. cri. D.I.Pr.*, 1978, p. 619).

(106) *T.I.J., Recueil*, 1970, p. 45.

(107) *Ibid.*

(108) M. P. ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno, *Anuario de Derecho Internacional*, 1976, p. 323. Del mismo modo, al comentar la doctrina tradicional, F. CASTRO-RIAL ha señalado que «Tratándose de un —derecho propio— del Estado, a éste ha de corresponderle en exclusiva la ponderación de las circunstancias internas y externas, favorables o adversas, que posibiliten o dificulten el ejercicio en favor de sus nacionales, de la acción reivindicativa ante otro Estado», *R.E.D.I.*, 1988-2, p. 178. Todo ello lleva, en definitiva, a comprobar, como lo hizo M. P. Andrés que «existe una absoluta mediatización del particular por el Estado del que es nacional», *R.E.D.I.*, 1977-1, p. 129.

esa obligación, siendo así que el incumplimiento de ésta daría lugar a la responsabilidad del Estado frente al particular, pero no, por supuesto, de carácter internacional, por lo que las consecuencias de ese eventual incumplimiento por el Estado de su deber sólo serían exigibles, en principio, en el ámbito interno. En esta línea, y en el asunto antes citado de la *Barcelona Traction*, el T.I.J. manifestó que: «El legislador nacional puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero. Puede además conceder a los ciudadanos el derecho de exigir que esa obligación sea respetada y apoyar tal derecho con sanciones» (109).

Sobre estas bases, ha sido posible colegir ciertas conclusiones por lo que se refiere, en general, a la protección por parte de un Estado de sus nacionales cuando éstos se hallen o residan en el extranjero: Primera, se ha sostenido que el Estado goza del derecho de defender a sus nacionales, sobre todo, cuando éstos resulten, en violación de una norma de derecho internacional, lesionados en sus derechos como consecuencia de la acción o inacción de otros Estados, concibiéndose éste como *un derecho propio del Estado* y no del particular. Segunda, el Estado, y no el particular lesionado, sería, por ende, *el único legitimado* para emprender, utilizar y llevar a término los mecanismos procesales que permitirían la defensa y protección de esos derechos en el plano internacional (110). Tercera, los ordenamientos internos de los Estados *podrían facultar* a los particulares a utilizar procedimientos mediante los cuales éstos exigirían el restablecimiento de los derechos conculcados o la reparación por los daños sufridos, lo que se manifiesta en una doble vertiente: Por un lado, el ordenamiento interno de Estado «responsable» *debe* contar necesariamente con procedimientos idóneos, y al alcance del particular lesionado, para que éste haga efectiva su reclamación ya que, de no ser así, se entendería que el momento en el que se produjo la lesión coincidiría con el agotamiento de los recursos internos. Por otro lado, el ordenamiento interno del Estado «protector» *podría* poner a disposición del particular lesionado algún mecanismo en su derecho interno destinado, una vez agotados los recursos internos en el ordenamiento del Estado «responsable», a obligar a dicho Estado a actuar en favor del particular o, en su caso, a hacerse cargo de las consecuencias jurídicas de la lesión que se le causó. En definitiva, y como lo indicó el propio T.I.J.: el particular, en ausencia de protección por su Estado «con el fin de defender su causa y obtener justicia, *no puede sino apelar al derecho interno*, si éste le ofrece medios para ello» (111).

---

(109) T.I.J., *Recueil*, 1970, p. 44. Pero que quede claro que, en esta sentencia, el T.I.J. afirmó que tal reconocimiento no modificaba, en modo alguno, la situación en el plano estrictamente internacional, Cfr. *ibíd.*, p. 45.

(110) Siendo ésta, quizá, una de las consecuencias más claras que se derivarían de la absoluta discrecionalidad del Estado en esta materia, es decir, que el individuo tendría cerradas las puertas que le permitirían, en un caso, plantear ante tribunales internacionales demandas contra su Estado por no haber asumido, o haberlo hecho de manera ineficaz, la defensa de sus derechos.

(111) T.I.J., *Recueil*, 1970, p. 45. De este modo, se desplaza la solución de los problemas del ámbito internacional al ámbito de los ordenamientos internos, y, por ello, no resulta extraño que autores,

Naturalmente, ante la lectura de todos estos pasajes jurisprudenciales y teniendo en cuenta tales conclusiones que, sin duda, son expresión del comportamiento habitual de los Estados en esta materia, parece incluso «irreverente» apuntar tan sólo la existencia de la más mínima quiebra en la norma internacional que preceptúa que los Estados gozan de la facultad de ejercer o no, incluso en función de razones de oportunidad política, la protección en favor de sus nacionales en el extranjero. Sometido pues a la amenaza de ser juzgado como tal estimo, sin embargo, que la formulación de esta norma aparenta una posición más radical en esta materia que la que realmente le corresponde. En otros términos, *la construcción teórica y la puesta en práctica de la doctrina sobre la protección* de los nacionales que residen o se encuentran en el extranjero, incorporan tales matices que un examen minucioso de la norma clásica, a la luz de la realidad internacional contemporánea, hace que ésta pierda buena parte de la rotundidad que se manifiesta en su formulación.

En este orden de cosas, me atrevo a hablar, desde el principio, de la inexistencia de la *discrecionalidad absoluta* del Estado español en la toma de decisión concerniente a la protección de españoles en el extranjero, derivada tanto de normas internacionales como internas; y ello a pesar de constatar, por adelantado, dos realidades que *refuerzan esa nota de discrecionalidad* del Estado a la hora de decidir si otorga o no la protección a sus nacionales.

Primera, el ciudadano español comparte con el resto de los ciudadanos de los otros Estados del planeta el consabido «privilegio» de su incapacidad para acudir y personarse ante tribunal u órgano internacional alguno con el fin de exigir el respeto o el restablecimiento de sus derechos, cuando éstos hayan sido conculcados por la acción de otro Estado cuya nacionalidad no ostenta, a no ser que el Estado al que pertenece (y el Estado «responsable») hayan manifestado su consentimiento en obligarse por un tratado en el que se prevea tal posibilidad. En palabras ciertamente descarnadas pero, sin duda, nada engañosas del T.I.J. «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*» (112). Ahora bien, es importante constatar que el Estado español ha consentido en obligarse por tratados de esa índole, lo que supone que todos los ciudadanos españoles gozan de un especial grado de protección en el ámbito de jurisdicción de ciertos Estados, y esto podría ser interpretado, al mismo tiempo, como expresión de la voluntad del Estado español de proteger, en todo caso, a sus nacionales en el extranjero.

Segunda, no sólo el Estado goza de total libertad de acción en estos casos sino que, además, puede materializarla públicamente a través de su renuncia ine-

---

como Ph. CAHIER, hayan sostenido que conocer en qué medida un Estado ejercerá su protección diplomática es un asunto que no corresponde al derecho diplomático, sino al derecho interno de los Estados, Cfr., *Le Droit Diplomatique Contemporain*, París, 1962, p. 139.

(112). T.I.J. *Recueil*, 1970, p. 46.

quívoca al ejercicio de la protección diplomática. Como ha señalado F. Mariño Menéndez el Estado «puede renunciar a ejercerla en un caso concreto o incluso como ciertos Estados han hecho, por medio de tratado internacional multilateral» (113). Así lo hizo, por ejemplo, el Estado español con ocasión del incidente de los pesqueros «Valle Atxondo y Burgoamendi», al aceptar la propuesta francesa según la cual «El Gobierno español *renuncia a ejercer la protección diplomática* de dichas personas y a intentar cualquier acción relativa a este incidente ante cualquier instancia internacional» (114). Y, del mismo modo, se ha plasmado en los distintos *acuerdos de compensación global* suscritos por España, como vimos anteriormente. No obstante, hemos de subrayar que, en todos estos casos, la renuncia al ejercicio de la protección diplomática tuvo lugar una vez que se había obtenido algún tipo de satisfacción, compensación o reparación en favor de los particulares. En otras palabras, no he hallado, en la práctica española, ningún asunto en el que se haya producido la renuncia expresa sin que, de algún modo, los particulares resultasen beneficiados, aunque fuera parcialmente, por la acción exterior del Estado español (115).

En cualquier caso, se pone de relieve que la suerte de los derechos de los particulares corre pareja con las decisiones que al efecto adopte el Estado «protector». Y, consciente de todo ello, afrontaré *esta cuestión clave* de la protección de personas físicas, mediante la acción exterior del Estado, desmitificando, si es posible, todas aquellas afirmaciones que abundan en *la absoluta discrecionalidad del Estado en esta materia* puesto que, a mi juicio, en la realidad internacional contemporánea, deben abrirse paso nuevas concepciones, ya que, por un lado, existen razones jurídicas para ello y, por otro lado, sería un error atarnos *per se* a decisiones propias de otros periodos históricos. Quisiera, de este modo, situarme en la línea marcada en el voto particular del dictamen del Consejo de Estado, de 16 de mayo de 1991, en el que el Consejero en cuestión afirmó que «en el actual nivel de la relaciones internacionales, es obligada para el Estado español (...) hacerse cargo de la causa de uno de los suyos» (116).

---

(113) F. MARIÑO MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 308 (Véase la referencia hecha por este autor a la obra de Jiménez de Aréchaga). En este punto, ocupa un lugar central la célebre «doctrina Calvo», siendo de interés consultar los siguientes trabajos: K. LIPSTEIN, *The place of the Calvo Clause in International Law*, *B.Y.B.I.L.*, 1945, pp. 130-145; C. SEPÚLVEDA, *La responsabilidad del Estado y la validez de la cláusula Calvo*, Méjico, 1944; C. G. TENEKIDES, *Considérations sur la Clause Calvo*, *Essay des justification du systéme de la nullité intégrale*, *R.G.D.I.P.*, 1936, pp. 270-284.

(114) *R.E.D.I.*, 1984, pp. 337-338; *O.I.D.*, 1984, pp. 508-509; y *R.E.I.*, 1984, pp. 856 ss.

(115) La operación puesta en marcha por España, el 27 de febrero de 1969, y que supuso la evacuación y abandono de sus bienes, por parte de los españoles residentes en Guinea, no parece que se pueda alegar en contra de esta posición. Es evidente el daño que sufrieron, y aún soportan estos españoles, pero todo apunta a que se trataría más de un contencioso de ciudadanos españoles con el Estado español que con el Estado guineano (Nota informativa de la D.G.A.C., de 29 de marzo de 1989). Véase también: *O.I.D.*, 1987, pp. 355-356, 386-387, 391-392; *ibid.*, 1988, pp. 479-480; y *R.E.D.I.*, 1989, pp. 564-565.

(116) *Dictamen del Consejo de Estado cit.*, p. 42.

## 1. Contradicciones en la teoría de la discrecionalidad del Estado en la concesión de la protección

No debe sorprender que una parte, ciertamente minoritaria, *de la doctrina científica* haya puesto en duda que la acción de protección sea realmente, y en todo caso, la expresión de una *potestad absolutamente discrecional del Estado* (con toda la carga jurídica que ello conlleva) y que los autores que integran este sector hayan optado, en consecuencia, por señalar, al menos, ciertos límites a dicha facultad (117). Desde la *perspectiva teórica*, el propio E. M. Borchard, cuyas tesis han sido claros exponentes de la práctica de los Estados en la materia, no dejaba de admitir, en 1932, que el reconocimiento, por el derecho internacional, de *la absoluta discrecionalidad* de los Estados a la hora de ejercer la protección diplomática constituía de algún modo una teoría defectuosa, aunque, acertadamente señaló que, pese a ello, «es la única que permite defender internacionalmente una reclamación» (118). Han transcurrido bastantes años y la posición doctrinal de este autor continúa siendo, a mi juicio y en ciertos extremos, plenamente acertada, lo cual no impide sino que, por el contrario, nos anima a profundizar en el desarrollo *de la tesis* según la cual el ejercicio de la protección diplomática y, en sentido más amplio, el quehacer de protección por los Estados de sus nacionales en el extranjero, no está siempre, y en toda su medida, en manos de éstos, sin relación alguna con otros factores jurídicos de gran relevancia.

Este internacionalista señaló, no obstante, con el dedo de la lógica la llaga que la teoría clásica sobre la protección ha generado en la realidad internacional.

---

(117) Y, en este sentido, aunque me parece idónea la apreciación de M. Díez de Velasco, para quien «otra razón de la aparente crisis de la institución examinada procede del intento de que la protección diplomática cuyo otorgamiento por parte de los Estados es libre, es decir, *se otorga facultativamente al particular lesionado*, se convierte en reglada, es decir, que sea obligado a los Estados otorgarla en determinado número de casos previstos en su derecho interno. Esta tendencia doctrinal, no propia de internacionalistas, supondría un cambio radical en la naturaleza jurídica de la institución, basada en la regla de oro de que el Estado asume libremente o hace suya también libremente la reclamación de los particulares lesionados (...)», (*loc. cit.*, p. 379), estimo que esto forma parte de la evolución natural de la institución, que va adaptando su naturaleza jurídica a la nueva realidad internacional, en la que a los derechos y los intereses de los particulares se les presta, por parte del derecho internacional, mayor consideración. Este autor, así lo dejaba entrever en su trabajo, el cual comenzaba con las siguientes palabras: «la institución de la protección diplomática se encuentra *en una cierta revisión en los momentos actuales* (...)», (*ibid.*, p. 378). De aquí que, con acierto, F. Castro-Rial haya podido constatar cómo, durante el presente siglo, a la concepción tradicional de la protección diplomática «se ha venido oponiendo y abriendo paso en la doctrina (...) una estimación más equitativa y favorable a la exigibilidad de la protección por los nacionales que son objeto de un acto delictivo o antijurídico en terceros países», *loc. cit.*, p. 178.

(118) E. M. BORCHARD, *Protection diplomatique des nationaux à l'étranger*, A.I.D.I., 1932, p. 241. Junto al anterior, los trabajos más relevantes de este autor en esta materia son: *The diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims*, Nueva York, 1915; *Les principes de la protection diplomatique des nationaux à l'étranger*, Leiden, 1924, *Bibliotheca Visseriana*, pp. 1-52; y *La limitation de la protection diplomatique*, R.D.I.L.C., 1911, pp. 233-248. En su ya clásico trabajo de 1915, este autor indicó que podría hablarse de un «deber moral» del Estado de actuar, pero no de un «deber jurídico», *op. cit.*, p. 29.

Todo ello es más patente en la actualidad porque, por lo menos a nivel retórico, los Estados afirman, confirman y «perjuran», con argumentos de naturaleza tanto política como jurídica, su fe en los valores del ser humano, y está claro que si, pese a ello, el Estado en cuestión no actúa en favor de un ser humano, estando autorizado a hacerlo, no hay modo posible en muchos casos de proteger a éste. Constatarlo es realizar un sano ejercicio puramente descriptivo, pero de aquí a afirmar que esta situación, en perspectiva jurídica, deba ser aceptada, justificada e, incluso, sostenida doctrinalmente va, en realidad, un gran abismo.

Acercándonos más al mundo normativo, se ha de asegurar que quizá la afirmación de Borchard que hemos recogido, se produjo como reacción, por parte de este internacionalista, a la lectura que hizo de las observaciones que, a su primer informe ante el Instituto de Derecho Internacional, presentó el Sr. H. Kraus, en las cuales se venía a decir que era preciso remarcar que esta situación de absoluta discrecionalidad del Estado otorgaba un carácter bastante *arbitrario* a la institución jurídica del derecho de protección internacional (119). Pensamiento que fue recogido, entre otros, dos años después por G. Scelle, de cuyo trabajo se podría deducir, como lo hizo Rousseau, que si la única finalidad de la protección diplomática era garantizar al individuo las facultades que le reconoce el derecho internacional, el derecho positivo lo desnaturalizaría de alguna manera, permitiendo a los *gobiernos* el derecho absoluto a ejercer o no la protección, lo que equivalía, según este autor, a consagrar la arbitrariedad (120).

No con mayor claridad, pero sí ahondando ya en una doctrina encaminada, de un modo u otro, hacia la obligatoriedad en el ejercicio de la protección diplomática, se pronunciaron, entre otros, K. Doering y H. van Panhuys (121) y, más recientemente, Dubois y Vellas (122). Este último se expresó en términos de bastante radicalidad llegando a afirmar, después de haber destacado que el principio de la competencia discrecional del Estado en materia de protección diplomática es evidentemente rechazable puesto que podría ser la causa de numerosas y graves denegaciones de justicia, que «la razón de Estado, es decir, la razón diplomática no puede justificar la ausencia de una protección jurisdiccional de los individuos en el orden internacional» (123). También en los trabajos de Cavare y Berlia (124) podemos encontrar posicionamientos que apuntan o, en su caso, remarcan algunos límites de *esa facultad absolutamente discrecional* del Estado de ejercer o no la protección de sus nacionales en el extranjero.

(119) Cfr. *A.I.D.I.*, pp. 459-460.

(120) Cfr. G. SCELLE, *Régles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I.*, 1933-IV, p. 660. Ch. ROUSSEAU, *Droit International Public*, t. V, París, pp. 194-195.

(121) *Cit.* por Ch. ROUSSEAU: K. DOERING, *Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutz*, Colonia, 1959 y H. VAN PANHUYIS, *The role of nationality in International Law*, Leiden, 1959.

(122) DUBOIS, *loc. cit.*, y P. VELLAS, *Droit International Public*, París, 1970.

(123) P. VELLAS, *op. cit.*, p. 282.

(124) G. BERLIA, Contribución a l'étude de la nature de la protection diplomatique, *A.F.D.I.*, 1957, pp. 63-72; L. CAVARE, Les transformations de la protection diplomatique, *Z.A.O.R.V.*, 1958, pp. 54-80.

La verdad es que no les faltaban razones a todos estos *iusinternacionalistas* cuando atacaban o reducían, de algún modo, lo que se ha considerado la *esencia misma* de la protección diplomática, tal y como ha sido y continúa siendo estimada por la mayor parte de los internacionalistas contemporáneos. Y esto es así, desde la perspectiva teórica, por varias razones:

i) En primer lugar, y hoy más que nunca, uno de los campos de actuación más sobresalientes de las acciones de protección por los Estados en defensa de sus nacionales en el extranjero es el concerniente a *los derechos humanos básicos*. No parece lógico pues sostener que los Estados gozan de la facultad absoluta de desentenderse de asuntos de esta índole, porque en tal caso sería inconcebible que el ordenamiento internacional reconociese al ser humano ciertos derechos básicos privando de eficacia, mediante el reconocimiento o establecimiento de una norma así, al único mecanismo existente, en muchos casos, para exigir verdaderamente su respeto, es decir, la protección diplomática o a la acción exterior del Estado en favor de sus nacionales.

Como se indicó, hace tiempo, el punto de vista tradicional en materia de protección diplomática es difícil de reconciliar con el creciente énfasis que, en los últimos años, se ha venido situando sobre la protección de los derechos humanos y sobre los deberes del individuo en virtud del derecho internacional (125). Por lo menos, debemos constatar con C. Jiménez Piernas que el «apreciable desarrollo sustantivo de derecho convencional en materia de derechos humanos y derecho humanitario ha ofrecido sólidos argumentos para la formulación de protestas y reclamaciones y para el ejercicio de la protección diplomática más estricta y formal por parte de los Estados de nacionalidad de los extranjeros víctimas de algún daño o perjuicio» (126). Además, esto nos hace remarcar una idea latente en muchos trabajos doctrinales, cual es la ficción que la doctrina clásica conlleva, y que consiste en la *despersonalización del daño* que se produce, ya que se concibe al Estado no sólo como el encargado de actuar, sino, a la vez, como portador del mismo.

Como se ha dicho otras veces, a medida que la persona humana ocupa mayor espacio y su presencia es más significativa en el ámbito de las relaciones internacionales y, sobre todo, desde el momento en el que el ordenamiento jurídico internacional le reconoce ciertos derechos (o *status*), sólo caben dos posibilidades, en el actual estado de las relaciones internacionales, a la hora de la defensa de éstos. Primera, que los Estados establezcan procedimientos concretos y eficaces de garantía de los derechos humanos en acuerdos internacionales, como es el

---

(125) Cfr. *Cit.* en R. B. LILICH y B. H. WESTON, *International Claim: Their settlement by lump sum agreements*, Part. I, *cit.* p. 3. Convention on the international responsibility of States for injures to aliens, (Harvard) Notas explicativas, art. 1, p. 51.

(126) C. JIMÉNEZ PIERNAS, *La conducta arriesgada del particular y la responsabilidad internacional*, Alicante, 1990, p. 115. Del mismo autor: El particular ante el derecho de la responsabilidad internacional: los problemas previos del —standard mínimo— y la protección diplomática, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria/Gasteiz*, 1989, pp. 67-116.

caso, por ejemplo, del *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*, o los Convenios de Ginebra en el ámbito del derecho internacional humanitario. Segunda, que en el marco de las relaciones puramente inter-estatales, y en ausencia de estos acuerdos, se garantice a través de la *acción unilateral del Estado*, cuya nacionalidad ostenta el particular perjudicado, el goce de esos derechos, lo que significa necesariamente que dichas relaciones se impregnen de la presencia del particular, desarticulando parcialmente la lógica tradicional de las mismas.

Pero, aún más, la aceptación por los Estados de normas convencionales destinadas a la protección de los derechos humanos hace que, al menos en los Estados que las hayan aceptado, se cree un sustrato normativo que les sitúa *en la línea de protección*, también en aquellos casos en los que formalmente no son de aplicación tales normas. Quizá pueda decirse que el Estado no debería «decomisar» el espíritu que inspira a estos sistemas de protección que acompañan a sus nacionales, por el mero hecho de que éstos salgan del ámbito de su jurisdicción y penetren en el de otro Estado, no obligado convencionalmente por tales normas.

En resumen, desde el momento en que se admite que la persona humana es destinataria de ciertas normas jurídico-internacionales, las normas relativas a la protección diplomática o, en términos amplios, a las acciones de protección, deberán desbordar el ámbito meramente inter-estatal y no podrán, de modo alguno, desconocer la presencia del particular en la relación jurídica creada, a no ser que se acepte la existencia, en el Derecho Internacional, de dos niveles paralelos: uno el de la eficacia y otro el de la palabras.

Tal es así, que durante el proceso que conduce a la toma de decisión del ejercicio de acciones de protección o durante las actuaciones que la hagan efectiva, *no se pierde el referente de los derechos humanos básicos*. De forma, a mi juicio, plenamente acertada, la Asesoría Jurídica Internacional en su escrito de 5 de noviembre de 1981, en relación con el asunto del *acuerdo con Egipto para indemnizar a los nacionales españoles* que fueron objeto de diversas medidas de nacionalización y expropiación, decididas por ese Estado a partir de 1952, adoptó esta perspectiva al manifestar que «También se pregunta esta Asesoría, si la exoneración otorgada al Gobierno egipcio y la renuncia al ejercicio por parte del Gobierno español de la protección diplomática de sus nacionales por un tratado *no podría afectar a los derechos y deberes fundamentales* establecidos en el Título I de la Constitución y requerir, por tanto, la previa autorización de las Cortes Generales, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 c del artículo 94 de la Constitución (...) Aunque esta Asesoría estima que esta interpretación resulta un tanto forzada, *reconoce que es defendible*».

También, y de algún modo, el Consejo de Estado se hacía portavoz de estas consideraciones en el «asunto Claudia Continente» cuando afirmó que: «La nacionalidad hace nacer en los ciudadanos la legítima confianza en que el Estado no le dejará desasistido tan pronto como salga de sus fronteras», y tal consideración la hizo teniendo en cuenta que «la remisión global que el artículo 10, 2 de

la Constitución realiza a la función interpretativa del Derecho de Gentes respecto a los derechos y libertades fundamentales, *no deja de tener una evidente irradiación en el caso que se dictamina*» (127).

ii) En segundo lugar, hemos de considerar las contradicciones que genera, por lo tanto, esa «ficción» según la cual cuando el Estado ejerce la protección en favor de sus nacionales, en realidad, hace valer un *derecho propio*. Tal posición, aceptable quizá hace tiempo, resulta hoy absolutamente insostenible, aunque reconozcamos, con Dubois, que, como tantas otras, esta ficción pueda imponerse puesto que es útil y no deja de tener un cierto vínculo con la realidad (128). No se olvide, por un lado, que no se trata en muchos casos de que los Estados defiendan su propio derecho, sino un derecho propio de los particulares, en cuanto destinatarios de ciertas normas jurídico-internacionales básicas y, por otro lado, que los particulares participan, y sus intereses están presentes, en toda situación jurídica en la que eventualmente se ejerciera una acción de protección en su favor. Más aún, el comportamiento del particular en la situación creada no es nunca indiferente para los Estados, a pesar de que se hayan derrochados grandes esfuerzos para impedir que se consoliden, en el ámbito consuetudinario, normas al respecto.

a) Respecto a lo primero, será bueno no confundir el derecho, propio de los Estados, de llevar a cabo en el plano internacional la acción de protección, con el derecho o los derechos que, mediante la misma, se protegen. Así, por ejemplo, en los supuestos en los que españoles han sido objeto de secuestro, lo que España hace valer ante los secuestradores, al realizar todas las gestiones precisas para obtener su liberación, no es el derecho a la libertad del Estado español, sino el derecho a la libertad de personas físicas que al Estado español le corresponde garantizar en virtud del vínculo de la nacionalidad. Existen, por lo tanto, dos niveles distintos: el de la acción protectora que corresponde al Estado y el de los derechos que se protegen, de los que son destinatarios, en virtud de normas internacionales, los particulares. Pero, incluso, este derecho a actuar o a adoptar medidas de protección en favor de sus nacionales ni tan siquiera es entendido, en la actualidad, como derecho exclusivo del Estado, aunque, sin duda, salvo excepciones, cuando el Estado es quien lo ejerce resulta más eficaz. Buena muestra de ello, podrían ser las gestiones realizadas por un grupo de particulares con el fin de obtener la liberación de los españoles retenidos por el Gobierno de Bagdad durante la denominada «crisis del Golfo Pérsico» en 1991. En cualquier caso, que quede claro que, a mi juicio, cabe distinguir el derecho propio del Estado a exigir a otro Estado un determinado comportamiento en relación con los nacionales del primero, y el derecho o los derechos que se garantizan mediante la exigencia de ese comportamiento.

b) Respecto a lo segundo, no hay duda de que el Estado, cuando lleva a cabo la acción de protección, no pierde de vista, en momento alguno, los dere-

---

(127) *Recopilación de doctrina legal*, 1990, p. 806.

(128) Cfr. DUBOIS, *loc. cit.* 629.

chos e intereses del particular protegido. Por lo que respecta a la práctica española así ha ocurrido en todos los asuntos que hemos analizado. Extraordinariamente expresivas fueron las palabras empleadas en la Nota verbal enviada, por la Embajada de España en Washington, al Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, concerniente al asunto «Juan Antonio Rodríguez». En ella se dice que «el Gobierno español reclama a los Estados Unidos de América la cantidad de un millón de dolares, *en concepto de indemnización de los daños sufridos por los familiares del Sr. Rodríguez Moreno*».

Incluso, en ámbitos donde se podría manifestar mejor la discrecionalidad del Estado en razón de los derechos que la acción protectora del Estado tiende a garantizar, se establecen límites a esa discrecionalidad sobre la base de que han de tenerse en cuenta los intereses de los particulares. Así, el Consejo de Estado en su dictamen relativo al Convenio, entre España y Cuba, *sobre indemnización por los bienes de españoles afectados por las leyes, disposiciones y medidas dictadas por el Gobierno de la República de Cuba a partir del 1 de enero de 1959*, manifestó que «Parece al Consejo de Estado, que en el plano internacional, en la relación entre Estados, la protección diplomática es, sobre todo, un derecho del Estado, y que es este derecho el que se hace valer en la negociación internacional. Pero *no sería correcto desconocer el derecho que subyace en la reclamación diplomática hasta el punto de privarle de toda significación en el tratamiento del destino ulterior de las indemnizaciones*». Del mismo modo, el Gobierno español dejaba entrever la dimensión de los derechos de los particulares en la nota que difundió la O.I.D., el 29 de diciembre de 1983, con ocasión de la liberación en Ciudad del Cabo de dos religiosas de la orden de Santa Teresa de Jesús, que fueron secuestradas por UNITA en Kalulo (Angola), y en la que el Gobierno expresaba su «profunda satisfacción por el hecho y se congratula(ba) de que *las intensas gestiones realizadas a todos los niveles (hubieran) producido una solución pacífica y humana en un tema de extraordinaria gravedad*» (129).

c) Finalmente, si aceptamos que el Estado, cuando protege a sus nacionales en el extranjero, hace valer sólo *un derecho propio*, sería insoluble la interrogante, formulada por Dubois, relativa al por qué, entonces, se le exige al particular el cumplimiento del requisito del agotamiento de los recursos internos, antes de que el Estado decida o no ejercitar la protección en su favor (130). Asimismo, e independientemente, como señaló también este autor, del fundamento y del alcance del requisito de las «manos limpias», deberíamos preguntarnos con él por qué se

---

(129) En septiembre de 1983, las dos religiosas, Julia Montero y María Teresa Romero, de nacionalidad española fueron secuestradas. Es verdad que el Ministerio español de Asuntos Exteriores realizó intensas y fructuosas gestiones para obtener su liberación, a pesar de que, desde un principio, como lo señaló el Embajador de España en la Santa Sede, en su escrito de 13 de septiembre, siendo el asunto preocupante, no era de temer que corriesen peligro sus vidas, ya que el objetivo de la operación de UNITA «era demostrar públicamente que dominaba esta organización una parte mayor del territorio angoleño de la que se le reconocía oficialmente».

(130) DUBOIS, *loc. cit.*, pp. 623 y 631 ss.

tiene en cuenta tal circunstancia si se trata de un derecho propio del Estado y no del particular lesionado (131). Más aún, como ha demostrado recientemente C. Jiménez Piernas, *la conducta arriesgada del particular es un factor jurídico que no se debe olvidar en la determinación y delimitación del grado de responsabilidad del Estado que adoptó la medida contra el particular, proponiendo al efecto este autor de lege ferenda un proyecto de artículo en esta materia* (132).

Por todo ello, se hacen patentes las contradicciones que suscita la doctrina clásica que concibe la protección por parte del Estado (y no la acción de protección) de sus nacionales en el extranjero como *una facultad o derecho atribuido exclusivamente a éste*, equiparando en esencia el derecho al ejercicio de las protección diplomática y los derechos que mediante ella se protegen, y esto ha llevado a muchos autores, los cuales incluso no ponían en cuestión el carácter discrecional de la protección diplomática, a destacar, bien, como lo hizo Puente Egido, las imperfecciones de esta institución (133), o bien, a calificar tales contradicciones, como es el caso de Dubois, como auténticamente devastadoras (134). Hasta tal punto ha sido así que, en la doctrina española, L. García Arias se hico eco, temprana aunque tímidamente, del fondo del problema, al afirmar que «Parece que, en realidad, dos derechos han sido lesionados por la misma infracción: el derecho del Estado y el derecho del particular, derechos ambos que el Estado trata de reivindicar, encargándose de la producción del proceso» (135).

iii) En tercer lugar, quizá lo que suceda es que la norma en virtud de la cual el Estado goza de la facultad discrecional de ejercer la protección de sus nacionales en el extranjero haya sido objeto de una *interpretación excesivamente rígida*. Es verdad que en el plano estrictamente internacional, por no decir inter-estatal, no es posible hallar norma alguna de la que se derive, en relación con terceros Estados considerados individualmente, responsabilidad de un Estado por el no ejercicio de acciones de protección en favor de sus nacionales. En todo caso sería, ciertamente, improcedente, en el marco de la actual estructura del orden jurídico internacional, que un Estado suscitara contra otro una controversia internacional, y que la formalizase a través de cualquier medio de solución pacífica de controversias, exigiendo las consecuencias de la responsabilidad internacional de éste por no haber protegido eficazmente a sus nacionales residentes en el extranjero, y todo ello con fundamento en una hipotética norma de derecho internacional general que estableciese tal obligación (136).

---

(131) *Ibid.*, p. 634.

(132) C. JIMÉNEZ PIERNAS, *op. cit.*

(133) J. PUENTE EGIDO, Algunas consideraciones en torno a la situación procesal de los particulares ante instancias internacionales, *R.E.D.I.*, 1967, p. 275.

(134) DUBOIS, *loc. cit.*, p. 623.

(135) L. GARCÍA ARIAS, Sobre el derecho de protección diplomática, *Estudios de historia y doctrina del Derecho Internacional*, Madrid, 1964, p. 610.

(136) Existe, por lo tanto, una especie de reserva de protección en favor del Estado, que debe, necesariamente, a la luz de los intereses de los particulares, incorporar ciertos deberes.

Aceptando pues que la realidad jurídica es aquí fiel expresión de la realidad internacional, resulta posible comprender por qué las normas internacionales destinadas a permitir la protección por parte de un Estado de sus nacionales en el extranjero se formulan *en el sentido de un derecho que corresponde a éste* o que están autorizados a ejercer sus órganos. Pero esto no quiere decir que las relaciones entre los Estados afectados y el particular lesionado no queden reguladas por normas de derecho internacional. Al menos, el reconocimiento de tal derecho, lo que pocas veces se dice, implica la obligación del Estado «responsable» de abstenerse de adoptar medidas que impidan su ejercicio y, como decíamos anteriormente, el deber de ese Estado de poner a disposición del particular «extranjero» medios apropiados para hacer efectiva su reclamación. Se trata, por lo tanto, de normas que imponen límites a la soberanía territorial del Estado «responsable», ya que eventualmente permiten la acción de un Estado en el *prima facie* ámbito de competencias de otro, sin que ello suponga una injerencia en los asuntos internos de éste.

Por esto, es importante subrayar que toda acción de protección, por parte de un Estado de sus nacionales en el extranjero, genera relaciones jurídicas, en la esfera internacional, *peculiares y específicas*, caracterizadas porque en ellas participan e intervienen *dos sujetos con plena capacidad jurídica y de obrar* en el orden internacional (el Estado «protector» y el Estado «responsable») y *un particular*, destinatario de ciertas normas internacionales, pero que no dispone, sin embargo, de otros mecanismos de garantía de sus derechos que no sean los que pasen, en un primer momento, a través de la acción exterior del Estado cuya nacionalidad ostenta, o del propio Estado causante de la lesión sufrida. Además de esto, como señaló Dubois, concurren en esta relación jurídica tres ordenamientos: el derecho interno del Estado «protector», el derecho interno del Estado «responsable» y el derecho internacional (137). Quizá *la necesidad de coordinar estos ordenamientos jurídicos y todos los intereses en presencia* de los sujetos que intervienen en la relación, es lo que hace que la norma que permite la acción de protección se formule en términos muy flexibles, encaminando las acciones del particular en defensa de sus derechos a través de los ordenamientos del Estado «responsable» (agotamiento de los recursos internos) y del Estado «protector» (solicitud de ejercicio de la protección y, en su caso, de la indemnización correspondiente), pero todo ello con la cobertura jurídica brindada por el derecho internacional.

iv) En cuarto lugar, sería entonces concebible decir que en poco, ciertamente, habría que estimar un ordenamiento jurídico, como el internacional, si, además de los inconvenientes ya asumidos que, en ocasiones, surgen para hacer efectiva la responsabilidad internacional, se diera también como admisible que ante la comisión de determinados hechos internacionalmente ilícitos, ni tan siquiera se dispone de mecanismos, dado el amplio margen de actuación de los Estados,

---

(137) DUBOIS, *loc. cit.*, p. 630.

para exigir la responsabilidad correspondiente, y ello porque éstos guardasen celosamente las llaves que permiten su utilización. Sería algo así como afirmar que existen determinados hechos internacionalmente ilícitos —como es el caso del incumplimiento de normas internacionales relativas al trato a extranjeros o más específicamente atentados contra derechos humanos básicos— que sólo entrañarían responsabilidad internacional «de carácter especulativo», en clara contraposición con la norma consuetudinaria según la cual *todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado entraña la responsabilidad internacional de éste*, con independencia de cual sea el sujeto pasivo de la violación y el legitimado activamente para exigirla, así como el mecanismo o procedimiento a través del cual se sustancie la reclamación.

Quiero decir que, sería, por lo tanto, errónea la posición abrazada por el T.I.J. en el asunto de la *Barcelona Traction* cuando aseveró que «no cabe considerar que ello equivalga a crear una situación en que la violación del derecho quede sin remedio, en otras palabras, una situación de vacío jurídico. Los titulares de derechos no están en modo alguno obligados a ejercerlos. Ocurre en ocasiones que no se ejerce ningún recurso a pesar de haber sido lesionados unos derechos. Decir que con ello se crea un vacío sería equiparar un derecho a una obligación» (138). Demasiadas imprecisiones técnicas hubiera cometido el Tribunal, en este pasaje incorporado a la sentencia, si no advirtiésemos que la única intención de este órgano jurisdiccional era llevar hasta sus últimas consecuencias la teoría clásica de la absoluta discrecionalidad del Estado en materia de protección, y la equiparación de derechos anteriormente señalada.

Pues claro que sí, la ausencia de protección crea una situación de vacío jurídico que se manifiesta en indefensión, al menos *cuando se vulneran derechos humanos básicos*, porque los destinatarios de esos derechos no son los Estados sino los particulares que hayan sufrido la violación de la que se trate. Por esto, una cosa es que el titular de un derecho no desee hacerlo efectivo y renuncie, por ende, a extraer consecuencias jurídicas de los supuestos en que tiene lugar su violación, y algo completamente distinto es que tales consecuencias no se produzcan por la carencia de fórmulas legales o procesales, previamente previstas, que lo permitan. De este modo, y sin querer con ello equiparar en su naturaleza jurídica a los derechos y a las obligaciones, no sería descabellado proponer, en nuestro caso, la existencia de una misma norma internacional que, por un lado, facultase al Estado para ejercer la protección, frente a otros Estados, en favor de los nacionales del primero, eludiendo de este modo eventuales supuestos de intervención o injerencia, y que, por otro lado, incorporase, con respecto a los particulares lesionados, la obligación de protegerlos. Ya que, en definitiva, cuando el Estado no actúa y no hace efectivo tal derecho perjudica a los particulares.

Bien es verdad que esta posición no es ampliamente compartida, como lo ponía ya de relieve, en 1956, García Amador al decir que «Salvo alguno que otro

---

(138) T.I.J. *Recueil*, 1970, (cursiva añadida).

autor, la generalidad jamás ha considerado la protección diplomática como un deber del Estado (...). Es pura y simplemente un derecho y, como tal, el Estado lo puede ejercer o abstenerse de ejercerlo a su entera discreción» (139). Pero sin faltarle un ápice de razón a este autor, reconozcamos, por lo menos, que para los oídos del internacionalista contemporáneo, acostumbrados a escuchar las palabras de la Declaración Universal y otros instrumentos jurídicos sobre derechos humanos por todos conocidos, resultan atronadoras las expresiones que, a continuación utilizó: A tal punto es esto cierto, señaló García Amador, «que a veces (el Estado) ha rehusado extender la protección no obstante la solicitud del interesado y la legitimidad de la reclamación; en otras ocasiones, en cambio sin mediar esta solicitud y aun contra la voluntad del interesado, lo ha hecho *por razones políticas totalmente ajenas a los fines de la institución*» (140).

v) Por último, hemos de señalar, específicamente en el ámbito de las gestiones realizadas por los Estados para proteger los derechos e intereses de los particulares, que siendo habitual que sean las Misiones Diplomáticas y las Oficinas Consulares (141) las que se encarguen en concreto de *hacer efectiva la protección*, ello se hace sobre la base de que se les otorga ésta como *función consustancial al cargo que ocupan*. Así se ha reconocido constantemente en el ámbito político español, mediante afirmaciones no carentes de cierta incidencia jurídica. Cómo interpretar si no los posicionamientos de la oposición y del Gobierno en asuntos muy concretos *que han ido perfilando la práctica constitucional española*.

Con alcance bastante general, el Sr. Herrero Rodríguez de Miñón formulaba, en 1985, preguntas al Gobierno en relación con la defensa, por parte de éste, de ciudadanos españoles en países extranjeros y comenzaba con la afirmación de que «la tarea de protección a sus nacionales —allá donde se encuentren— *es deber* que vincula a todo Estado», destacando además que «los agentes y representantes diplomáticos españoles han de dar cuenta de esa obligación sin que ninguna consideración de distinto tipo pueda apartarles de ese *deber fundamental* de ayuda a nuestros compatriotas» (142). Más trascendencia jurídica podría otorgarse a las consideraciones del propio Gobierno, al hilo del asunto generado en 1984 por la ocupación de la vivienda en Managua de la española Miriam Quant, por parte de las autoridades sandinistas, y que prestó la ocasión para que se manifestara, entre otras cosas, que «la protección de las personas y de los intereses de los nacionales en el extranjero es una de las *funciones fundamentales de la*

(139) A.C.D.I., 1956, vol. II, p. 199, párr. 153.

(140) *Ibíd.*

(141) Eso sí, muchas veces, las labores de coordinación son realizadas por y desde el Ministerio de Asuntos Exteriores. A tal efecto, podemos comprobarlo con ocasión de las gestiones realizadas en orden a la liberación de cuatro marineros españoles secuestrados por RENAMO en noviembre de 1989, tal y como se pone de manifiesto en los diversos (y urgentes) escritos enviados por el Ministerio, en nombre del Ministro, a las Embajadas en Lisboa, Maputo, Nairobi, Harare y Pretoria, durante los meses de noviembre y diciembre.

(142) R.E.D.I., 1985, p. 1.032.

*labor diplomática* y, por ello, ante situaciones semejantes todos nuestros representantes diplomáticos *tienen como misión ineludible* realizar cuantas gestiones sean necesarias para asegurar esa protección» (143).

Queda claro pues que el debate interno, al menos en nuestro caso, está marcado por las pautas fijadas en la normativa internacional relativa a las funciones de las Oficinas Consulares y de las Misiones Diplomáticas, ya que, como señaló F. Castro-Rial: la institución de la protección diplomática está inserta «en ciertos instrumentos jurídicos de los que España es parte y que aspiran a tener validez universal» (144). La aplicación regular de las normas que se contienen en estos instrumentos jurídicos, supone un límite importante a la pretendida discrecionalidad absoluta del Estado en el ejercicio de la protección. Y, así, podemos apreciarlo tanto en el ámbito consular como diplomático:

a) Como sabemos, el conjunto de las manifestaciones de la norma referente a la función de los Consulados de proteger y defender los derechos de los nacionales del Estado que envía se expresa, convencionalmente, en los llamados *acuerdos consulares*, en los que suelen delimitarse las funciones y competencias del personal consular de los Estados partes sin limitar el alcance o contenido de la norma consuetudinaria, sino, más bien, precisándolos en sus disposiciones. Algo, por lo que a nosotros nos interesa, parece común a todos ellos: el reconocimiento, cuando procede, al personal consular de la facultad de actuar en defensa de los nacionales del Estado que envía, concebida *como función básica y central* de estos órganos del Estado.

Usualmente, dicha función, formulada en términos genéricos en el Derecho Internacional general, se refleja, remarca y precisa en dichos acuerdos de manera más vinculante. De este modo se hace, por citar uno de los últimos acuerdos celebrados por España en la materia, en el *convenio consular hispano-húngaro*, de 24 de febrero de 1982, en el que se establece una verdadera obligación de protección al disponer el artículo 7, párrafo 2 que los «funcionarios consulares *protegerán* en el Estado receptor los derechos e intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, de acuerdo con los límites establecidos por el Derecho Internacional» (145).

---

(143) *O.I.D.*, 1885, p. 441.

(144) F. CASTRO-RIAL, *loc. cit.*, p. 181.

(145) Hay que reconocer, sin embargo, que no se hace de modo tan explícito en el resto de los acuerdos consulares celebrados por España. A tal efecto, cabe distinguir, no obstante, los convenios en los que se establece algún tipo de regulación consular, como es el caso de los tratados de amistad, en los que se suelen hacer remisiones genéricas a normas internas e internacionales (así, por ejemplo, el *Tratado de amistad entre España y Arabia Saudita* de 11 de mayo de 1962, (*B.O.E.*, 6 de junio de 1962), y los *acuerdos consulares en sentido estricto*. Por lo que respecta a estos últimos, las fórmulas empleadas en unos y otros varían, pero en ellos se suelen incluir «cláusulas de protección» relativas a los nacionales del Estado que envía. Véase: Título V: Protección de nacionales e intereses nacionales, del *Convenio Consular entre España y Gran Bretaña* de 30 de marzo de 1961 (*B.O.E.*, 27 de abril de 1963) o el Título III, de semejante contenido al del anterior, del *acuerdo consular con Guinea* de 24 de julio de 1971 (*B.O.E.*, 23 de diciembre de 1971).

Con seguridad, sería inconcebible el establecimiento de un Consulado en el que sus funcionarios careciesen de la facultad de actuar en favor de las personas que ostentan la nacionalidad del Estado que envía y que se encuentran en la circunscripción del mismo, ya que se trata de una *función inherente a la institución consular* (146). Ahora bien, la pregunta viene, entonces, de suyo: ¿Cabe la renuncia por parte del Estado que envía a que su personal consular goce o, en su caso, ejerza tal función? En términos generales la respuesta ha de ser negativa, ya que de ser así dicho Estado desnaturalizaría la propia acción e institución consulares, al consentir genéricamente que a sus órganos se les privase del ejercicio de tal función, es decir, una decisión de esa naturaleza traería consigo que esos órganos adquiriesen una condición distinta a la de personal consular y sería, por lo tanto, más sencillo que el Estado en cuestión optase por el no establecimiento de lazos consulares con otros Estados. Diferente es, sin embargo, que en asuntos concretos, el personal consular del Estado que envía y, en particular, el Cónsul, sobre la base de las órdenes e instrucciones de los órganos centrales del Estado, decida no ejercer, en concreto, la protección consular en favor de un particular que ostente la nacionalidad del Estado que envía, motivando tal decisión por la concurrencia de factores y circunstancias que hicieran jurídicamente desaconsejable o improcedente tal acción.

Lo que se pone de relieve, sin duda, es que el personal consular ha sido designado, ha recibido la preparación apropiada y ha sido enviado al territorio de otro Estado para cumplir, al margen de otras pero principalmente, la función de protección a la que nos referimos. De todo ello se desprenden, pues, tres afirmaciones que, a mi juicio, son plenamente válidas con alcance general:

Primera, la protección, defensa y asistencia de los nacionales del Estado que envía constituye una *función inherente* al establecimiento del Consulado, reconocida por el Derecho Internacional, y que ha de ser ejercida *dentro de los límites* fijados por este ordenamiento que hacen fundamentalmente referencia a que, a resultas del ejercicio de la protección, no tengan lugar injerencias en el Estado donde se estableció el consulado.

Segunda, el Estado receptor está obligado, por normas de derecho internacional, a no impedir u obstaculizar el ejercicio de dicha función por parte del personal consular del Estado que envía, siempre y cuando éste respete y actúe dentro de los límites a los que nos hemos referido. Todavía más, como se dice en el artículo 28 del *Convenio de Viena* de 1963, «El Estado receptor concederá todas las facilidades para el ejercicio de las funciones de la oficina consular», lo que abunda en el reconocimiento del derecho de los cónsules para ejercitar la misma.

Tercera, el único modo pues de cumplir *regularmente* dicha función es que el personal consular, sobre la base de la condición que ostenta, asuma (el deber de) la

---

(146) Cfr. A. MARESCA, *op. cit.*, p. 204 (St. EVANS (Gran Bretaña), *Actas resumidas 1963 cit...*, p. 41, párr. 6).

defensa de los derechos de esos nacionales, y ello a pesar de que el derecho internacional general, en el marco de un sistema basado en el mero reparto de competencias, no vaya más allá del reconocimiento del derecho a actuar, y aunque los ordenamientos internos de los Estados en cuestión guardasen silencio al respecto y no impusiesen tal obligación a sus órganos. Situación que, por lo que respecta al menos a nuestro ordenamiento, no es así, como hemos tenido ocasión de comprobar anteriormente.

b) Lo mismo que en el orden consular, sucede en el *ámbito diplomático*, donde una de las funciones principales de la Misión diplomática es la defensa de los intereses de su Estado y de los nacionales de éste en el Estado receptor. Se trata también, como en el caso anterior, de una función que ha sido recogida en una norma de *naturaleza consuetudinaria*, codificada, además, en el artículo 3, 1 b, del *Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas* de 1961,

Pese a esta constatación, quizá pueda decirse que, a diferencia del caso anterior, esta función ocupa en el ámbito diplomático un lugar menos notable, en el orden de prelación de las funciones de la Misión diplomática, que el que tiene en el marco consular; y ello porque se entienda, con razón, que *la función básica* de toda Misión diplomática es *representar al Estado* acreditante en el Estado receptor y defender los intereses generales del mismo. Incluso, podría aportarse como argumento en favor de tal tesis que, durante la *Conferencia de Viena sobre relaciones e inmunidades diplomáticas*, ciertas delegaciones propusieron «recolocar» el actual apartado b del artículo 3, 1, de tal modo que pasase a ser el último apartado de dicho precepto, sobre la base de que para estas delegaciones era preferible ordenar las funciones de la Misión diplomática en razón del grado de importancia del que gozasen. Lo cierto es, sin embargo, que esas propuestas fueron rechazadas y, aunque no corresponda extraer aquí demasiadas consecuencias del hecho de que la función de protección sea la segunda que se menciona en el artículo 3, 1, la verdad es que puede estimarse, a la luz de la práctica diplomática, como *función básica y central* del personal diplomático (147).

Dos consideraciones adicionales vendrían a avalar esta tesis: 1) Como se reconoce en el propio Convenio de Viena de 1961, y además con toda claridad, la Misión diplomática podrá llevar a cabo el ejercicio de funciones consulares. Algo que, a la luz de la realidad diplomática y más en general de las relaciones exteriores de los Estados, resulta perfectamente natural, a pesar del revuelo que la adopción del artículo 5, 2, precepto en el que se incorpora esta consideración, levantó entre algunos delegados en la *Conferencia sobre relaciones e inmunidades diplomáticas*. Lo importante para nosotros es constatar que cuando el personal diplomático asume el ejercicio de funciones consulares, en las acciones que lleven a cabo al efecto y «como Cónsules», incorporan en su ejercicio y se hacen portadores de la *principal función consular* que ya hemos señalado; 2) Destaca también, por motivos prácticos, el carácter principal de esta función en el ámbito

---

(147) Sr. RIPHAGEN, *Actas resumidas 1963 cit...*, p. 85, párr. 31.

genuinamente diplomático. La realidad internacional muestra que, en ocasiones, resultaría difícil, cuando no imposible, proteger eficazmente los derechos e intereses de los nacionales si no existiera una acción estrictamente diplomática. En otras palabras, hay asuntos que, por su naturaleza, contenido y alcance, desbordan el marco estrictamente consular y sólo le cabe al Estado utilizar, además, a su personal diplomático si pretende encontrar una solución al caso.

En síntesis, tanto a las Oficinas Consulares como a las Misiones diplomáticas les ha sido *atribuida la función* consistente en la protección de los derechos e intereses de los nacionales del Estado que envía o al que representan. *Tal función*, que se ha plasmado en convenios de codificación en razón de que la misma forma parte de la práctica habitual de los Estados, *es inherente a la condición de estos órganos*. De tal manera que resultaría, cuando menos extraño, que el personal diplomático o consular de un Estado no ejerciera la protección si concurren las circunstancias que lo permitan (148).

## 2. Posición jurídica del Estado español a la hora de otorgar la protección

Hace bastante tiempo, H. Bonfils sostuvo que los Estados tenían *el deber y el derecho* de proteger a sus nacionales cuando éstos se encontrasen en el extranjero (149). Esta formulación es, a mi juicio la correcta, pero tanto se incidió con posterioridad en el derecho de los Estados a ejercer la protección, que la *doctrina iusinternacionalista* parece que olvidó referirse al deber de éstos, hasta tal punto que, en el derecho internacional en vigor, dicho deber sólo es concebible en sentido genérico, es decir, puesto que el derecho internacional faculta al Estado para emprender acciones de protección, lo natural será que el Estado haga suyo el ejercicio de las mismas, existiendo una tendencia clara a efectuarlas, sin que se pueda afirmar, no obstante, el deber jurídico preciso de adoptarlas. Por poco que parezca, incluso esta obligación genérica, en nuestro caso del Estado español, de defender los derechos de sus nacionales en el extranjero ha de ser

---

(148) Así se pronunció el Gobierno español en el marco del «asunto Martínez Liste» al decir que «las únicas medidas posibles (eran) (...) la protección diplomática y consular en los supuestos en que se considere que ésta debe ejercitarse. Ambas se vienen ejerciendo *con regularidad* a través de nuestras Embajadas y Oficinas Consulares», *R.E.I.*, 1985, p. 1.043.

(149) Cfr. H. BONFILS, *Manuel de Droit International Public* (Droit des Gens), 5.<sup>a</sup> ed., París, 1908, p. 252. La verdad es que, no sólo este autor, sino la mayor parte de los *iusinternacionalistas* de finales del siglo pasado y primeros del presente siglo, se pronunciaron en el mismo sentido. Así fue formulado, por ejemplo, por Pittard (*La protection des nationaux à l'étranger*, París, 1896, p. 252) Y, lo mismo, por Fauchille (*Traité de Droit International Public*, t. I, París, 1922, p. 884). Mas explícito fue, no obstante, D. Antokoletz cuando afirmó que «Todo ciudadano tiene derecho a que el Estado de quien depende lo proteja en el exterior», *Tratado de Derecho Internacional Público en tiempo de paz*, Buenos Aires, t. III, 1928, p. 59. En términos más generales se han expresado otros autores, como L. DELBEZ, para quien el Estado *tiene deberes* respecto a sus nacionales en el extranjero, siendo el fundamental de ellos el de la protección, Cfr. *Les principes généraux du Droit International Public*, París, 1964, pp. 194-195. Asimismo, véase W. K. GECK, *Diplomatic protection of foreign national*, *E.P.I.L.*, vol. 10, pp. 101 ss.; y P. PRADIER-FODERE, *Cours de Droit diplomatique*, París, 1881, pp. 472-473.

demostrada y, por de pronto, únicamente puede afirmarse con un alcance limitado, es decir, quizá sólo cuando los derechos que han de ser objeto de protección formen parte de los derechos fundamentales de la persona.

En cualquier caso, el ejercicio de la protección diplomática, y en términos más amplios, las acciones realizadas por el Estado destinadas a la protección de personas físicas en el extranjero, exigen, en perspectiva normativa, *tomar en consideración el sistema jurídico internacional y los ordenamientos internos* sin que quepa hablar, en modo alguno, de una total desconexión entre ambos. Con ello quiero decir que, si bien es cierto que la norma internacional general en la materia es que los Estados ostentan la facultad de llevar a cabo o no, en cada caso, tales acciones, existen, sin embargo, normas internacionales cuya aplicación rigurosa debe conducir necesariamente a que los ordenamientos internos establezcan medios a través de los cuales no queden, en la mayoría de los casos, desatendidos los derechos que, mediante las acciones del Estado en favor de personas físicas, se protegen. De forma similar, *las normas internas* de ciertos Estados encuentran pleno desarrollo mediante su aplicación en la esfera puramente internacional, y arriban a que los órganos del Estado en cuestión, encargados de las relaciones internacionales, asuman la defensa de los derechos de sus nacionales en el extranjero.

En esta línea ya señaló, hace algún tiempo, M. P. Andrés, que era innegable que la cuestión de la discrecionalidad del Estado en los supuestos de protección diplomática nos situaba «ante un aspecto importante de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno» (150) y estimo, sobre esta base, que sería erróneo separar radicalmente ambos planos —el interno y el internacional— llegando a conclusiones diferentes según nos situásemos en una u otra perspectiva.

En breve, la *combinación, articulación y complementariedad* de normas internacionales e internas en esta materia permiten afirmar que si, bien en último término, corresponde al Estado decidir o no, sobre todo, el ejercicio de la protección diplomática en sentido formal y estricto, el contenido del derecho del Estado en esta materia está integrado, aunque resulte paradójico, por *formulaciones jurídicas* por las que el Estado «protector» asume, de un modo u otro, la obligación de llevar a cabo dicha protección, permitiendo el modo en que está formulada la norma general, además del respeto a la soberanía territorial de los Estados, un cierto margen de maniobra para supuestos específicos y excepcionales en los que tal protección no tenga lugar.

i) *Todos los Estados* —y en particular los Gobiernos—, parten siempre de la idea de que a ellos les corresponde —tradicionalmente y en último término a través de la protección diplomática— asumir la defensa de los derechos de sus nacionales en aquellos supuestos en los que éstos se encuentren bajo la jurisdicción de otro u otros Estados y cuando sean, en violación de normas internacion-

---

(150) M. P. ANDRÉS, *R.E.D.I.*, 1977-1, p. 130.

les e incluso internas, sujetos pasivos de algún tipo de ofensa que no obtenga reparación alguna, —antes de la acción en su favor—, por otros medios de derecho interno o derecho internacional.

*Este objetivo*, que se plasma en declaraciones de naturaleza eminentemente política y con el carácter de *compromiso político nacional*, ha sido asumido, por ejemplo, por los tres presidentes constitucionales del Estado español de manera inequívoca y, además, en actos solemnes: El Presidente Suárez declaraba en el acto de su investidura, en 1979, que: «El Gobierno defenderá *con todo su esfuerzo* los intereses de los emigrantes y *residentes fuera de España* en orden a asegurar sus derechos políticos, laborales y sociales» (151).

Por su parte, el presidente Calvo Sotelo afirmó, el 18 de febrero de 1981, que «Corresponde, además, a nuestra acción exterior la protección de los derechos e intereses de nuestros emigrantes, y *en general de los españoles residentes en el extranjero*; la promoción de los intereses económicos españoles y de los intercambios comerciales, culturales y tecnológicos», para considerar, como tercer fundamento sobre el que asentar la acción exterior de su Gobierno: la «Defensa específica de los intereses españoles (se sobreentiende en el extranjero), tanto individuales como colectivos» (152).

Finalmente, el presidente González confirmó estas posiciones al declarar ante el Congreso de los Diputados en diciembre de 1982 que: En todas «las áreas mundiales será constante preocupación del Gobierno la potenciación de los intereses de los españoles radicados en el extranjero». Para continuar indicando que «No podemos olvidar a esos millones de compatriotas tan lejos (*sic*) que trabajan y luchan cada día —a veces en un medio difícil y hostil— ganándose la vida pero también proyectando en otras tierras la presencia de España». Pero más allá de los supuestos de protección a los emigrantes, el presidente González afirmó que «Según establece la propia Constitución, el Gobierno irá creando las condiciones que permitan su retorno y, entre tanto, redoblará sus esfuerzos para *protegerlos mediante adecuada gestión diplomática* muy especialmente cuando se produzcan violaciones graves y flagrantes de los derechos humanos más elementales, como son los casos de desapariciones, detenciones arbitrarias o expulsiones injustificadas» (153).

Fuera de estos pronunciamientos de alcance general, los responsables políticos de un Estado, ciñéndose a las connotaciones de cada asunto, pueden expresar, también, su voluntad de ejercitar acciones de protección en favor de sus nacionales y marcar, con ello, *la línea a seguir* por quienes, dentro del Estado, han de realizar tal tarea. Por sólo citar dos ejemplos significativos, cabe recordar que extraordinariamente explícito fue el Ministro de Asuntos Exteriores, Sr. Morán, con ocasión del asunto de los pesqueros «Burgoa Mendi y Valle Atxondo» cuando, ante el Congreso de los Diputados afirmó que deseaba que quedase muy claro,

(151) *R.E.L.*, 1979, p. 144.

(152) *O.I.D.*, 1981, p. 103.

(153) *O.I.D.*, 1982, p. 202.

desde el inicio de su exposición, que «ejerciendo el Gobierno *el deber de protección*, y en este caso la búsqueda de resarcirse de los intereses de los connacionales, al mismo tiempo, el incidente consti(tuía) lo que (podía) ser una diferencia jurídico-internacional entre dos Estados» (154). Del mismo modo, me parecen relevantes, por su naturalidad, las afirmaciones del Consul General de España en Guatemala, cuando, a preguntas de un periodista y en relación con el asunto «Carlos Pérez Alonso», contestó que: «(...) mi función es aquí estrictamente consular, es decir, *proteger a la colonia española* que, como usted sabe, tiene estrechísimos lazos de toda índole con la sociedad guatemalteca» (155).

Si ensamblamos todos estos posicionamientos políticos, *se subraya la dirección en la que apuntan*, es decir, la asunción, de algún modo, por el Estado español de la obligación de proteger a sus nacionales en el extranjero en ausencia, como veremos, de normas internas de naturaleza constitucional o no que establezcan *con absoluta precisión tal deber*. Esto es así, aunque se alegue el carácter fragmentario de los asuntos, el desconocimiento de la totalidad de casos en los que no se produjo la acción de protección por las razones que fuere, y las dificultades (no insuperables) que, en su caso, existirán para alegar y sustanciar ante los tribunales españoles, dicho deber.

ii) Pero hemos de traspasar el ámbito meramente político, para penetrar en el estrictamente jurídico (156). En este sentido, se ha pensado muchas veces, y ello se deduce también de los posicionamientos jurisprudenciales al respecto, que el mejor modo de *reducir* el poder discrecional del Estado en la labor de protección de sus nacionales, era mediante la incorporación en los ordenamientos internos de una norma constitucional o fundamental que estableciese la obli-

---

(154) *O.I.D.*, 1984, p. 199.

(155) Entrevista con el *Noticiero «Aquí el Mundo»*, (escrito de octubre de 1981). Recordemos, simplemente, que este sacerdote de nacionalidad española, desapareció en Guatemala en 1981, sin que aún se sepa cuál puede haber sido su destino o paradero, habiendo sido las informaciones en torno a su desaparición bastante confusas y contradictorias. En la misma dirección: Pregunta al Gobierno del diputado Gil Lazaro sobre la muerte del español Antonio Hernández Colomer, apuñalado el 15 de septiembre de 1984 en Tegucigalpa (Honduras), «el deber de protección sobre la vida e intereses de españoles residentes en el extranjero incumbe, *como cuestión jurídica y como cuestión ética*, a nuestro Gobierno (*O.I.D.*, 1984, p. 346); y al hilo de los detenidos españoles en el extranjero, este diputado sostuvo que «la soberanía nacional residente en el pueblo español *obliga* (...) a mantener un permanente estado de vigilia en favor de los derechos de nuestros conciudadanos» *O.I.D.*, 1984, p. 333.

(156) Sin olvidar, claro está, ese control social y político, ejercidos, en ocasiones, por los medios de comunicación. Así, me parece representativo el editorial de Diario 16, relativo al asunto «Martín Berrocal», cuyo título era *¿Quién se ocupa de Martín Berrocal?* y en la que, ciertamente, se exageraba la situación y, sobre todo, se desconocía la labor diplomática española, pero en la que se decía que «si fuera un ciudadano británico, el Gobierno de Su Majestad se ocuparía del caso Berrocal como si fuera la guerra de las Malvinas o poco menos. Basta con que un súbdito británico esté en dificultades fuera de su país para que tanto las autoridades, en su papel del representantes del pueblo, como los medios de comunicación y la sociedad se movilicen al unísono en favor suyo. *En España la solidaridad es menos intensa, cuando no inexistente*», 6 de octubre de 1989. Baste indicar, para recordar el asunto, que este empresario taurino, de nacionalidad española, fue secuestrado en Quito y finalmente liberado.

gación de protección. De este modo se cerraba, además, de forma lógica el círculo de la relación jurídica que genera toda situación en la que cabe la acción de protección. De ser así, manteniendo la *relación como estrictamente inter-estatal*, no se relegaban al olvido *los legítimos derechos y pretensiones de los particulares*, ya que éstos bien quedaban amparados y resguardados por imperativos constitucionales de su Estado que les permitirían reclamar en el orden interno el ejercicio de tal protección, o bien podrían extraer, si fuera posible, las consecuencias jurídicas correspondientes cuando la misma no tuviera lugar o se ejerciese ineficazmente.

En otros términos, mientras que los Estados se entenderían entre ellos sobre el contenido de la controversia generada como consecuencia de la violación de una norma de derecho internacional en la persona de uno de sus nacionales, el particular lesionado, *para eludir o evitar la indefensión*, se movería exclusivamente en el ámbito de los derechos internos de los Estados afectados. Primero, agotando los recursos internos del Estado «responsable» y después, si sus pretensiones resultasen insatisfechas, recurriendo al ordenamiento interno del Estado «protector» exigiendo ante el mismo, por cauces previamente establecidos, que la protección se llevase a cabo o, en su caso, reclamando el beneficio de las indemnizaciones o compensaciones que le correspondiesen.

Ahora bien, para que este cuadro idílico fuera finalmente dibujado sería preciso que existiera, en consecuencia, *una práctica generalizada* en el sentido de que las Constituciones de los Estados reflejasen la obligación de éstos de proteger a sus nacionales en el extranjero en todo caso. La verdad es que tal práctica no ha tenido lugar, y sólo en supuestos esporádicos y, en parte, esotéricos, se encuentran normas constitucionales de ese tenor. Recordemos al efecto, y con claro valor histórico, el artículo 3, 6 de la Constitución imperial bismarkiana y el muchas veces citado artículo 112, 2 de la Constitución de Weimar según el cual «Todo súbdito alemán, dentro o fuera de su propio país, tiene derecho a la protección del Reich contra el extranjero» (157). En la misma línea, aunque en vigor, se sitúa el artículo 14 de la Constitución Portuguesa, según el cual «los ciudadanos portugueses que se hallen o residan en el extranjero gozarán de la protección del Estado para el ejercicio de los derechos y estarán sujetos a los deberes que no sean incompatibles con la ausencia del país» (158). Estos precedentes son insuficientes para afirmar, incluso, *la existencia de una tendencia* en los derechos internos orientada a reconocer, expresamente y a nivel constitucional, el derecho de los ciudadanos que se hallan en el extranjero a ser protegidos, en todos los casos, por sus Estados.

Pero vayamos por partes, con el fin de desarrollar y exponer coherentemente todo un pensamiento del que estoy seguro que se podría decir tanto que desborda

(157) F. V. VON LISZT, *Derecho Internacional Público*, Barcelona, 1929, pp. 153-155.

(158) No podemos olvidar que suelen citarse también ciertas constituciones de algunos países anteriormente socialistas que, no obstante, se hallan, en la actualidad, en proceso de reforma constitucional.

ampliamente la lógica jurídica estatal como que resulta teóricamente atractivo, pasando, cómo no, por el apunte de ciertas contradicciones que en él se contienen:

a) Por lo que respecta a la Constitución española de 1978, ésta sigue la pauta marcada ya en nuestra historia constitucional. Por un lado, *no se recoge explícitamente, y como autónomo*, el derecho de los españoles a ser protegidos por el Estado español cuando se encuentren en el extranjero y sean sujetos pasivos de la violación de alguna norma internacional o de derecho interno. Por otro lado, se contempla, como ya se hacía en el texto fundamental del régimen anterior, la situación específica de ciertos españoles, los emigrantes, que por razones socio-económicas tuvieron que abandonar el territorio español y establecerse bajo la jurisdicción de otros Estados, adquiriendo esta expresión, sin embargo, unas connotaciones muy restringidas tanto por lo que se refiere a las personas eventualmente beneficiarias de la acción del Estado, como respecto al contenido y alcance de la misma, incidiéndose, como es natural, en sus derechos socio-laborales.

Si nos detenemos en el examen de lo primero, podemos comprobar cómo la Ponencia constitucional recogió en el entonces artículo 14 del Borrador de la Constitución el derecho a la protección de los españoles en sentido amplio, al disponer que «El Estado dirigirá su acción exterior a la *protección eficaz de los españoles en país extranjero*, y en especial de los emigrantes, y a conseguir que gocen de los derechos, libertades y prestaciones que aseguren su más amplia equiparación a los ciudadanos del país en que residan» (159). Disposición que fuera de párrafo no pasó luego al Anteproyecto de Constitución, y que se diluyó de tal modo que sólo encontró expresión, en el segundo de los sentidos señalados, en el actual artículo 42, en el que se dispone que «El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno».

Las razones por las cuales no se incluyó finalmente un precepto de esa naturaleza en nuestra Constitución son insondables como los misterios de la fe, pero, tal ausencia nos permite apuntar ciertas posibilidades de su abandono y, asimismo, interpretarla: bien pudiera ser que su incorporación en el texto constitucional hubiera exigido, a la postre, mediante el correspondiente desarrollo legislativo, el establecimiento de un quizá complicado *proceso especial* destinado a ser utilizado por los particulares para obtener de los tribunales una sentencia favorable al restablecimiento o preservación de sus derechos vulnerados; o bien pudiera ser, si seguimos una interpretación benévola, que los redactores del Borrador intuyeron que, al menos, los derechos fundamentales que habrían de recogerse finalmente en el texto constitucional, incorporaban la protección de los mismos, cuando el sujeto pasivo fuese un español residente o que se hallase en el extranjero.

---

(159) *Revista de las Cortes Generales*, 1984-2, pp. 249 ss.

En síntesis, está claro que no existe en el derecho español precepto constitucional alguno que establezca expresamente la obligación del Estado de actuar en favor de los españoles en el extranjero. Más en concreto, la Constitución española no impone la obligación a los *poderes públicos* —ni, por tanto, al Gobierno— de ejercer la protección diplomática o dictar el ejercicio de la protección consular en favor de los españoles, ni tan siquiera podemos encontrar en el texto constitucional disposición alguna que obligue al Estado español *a orientar su política exterior en esa dirección*. La jurisprudencia interna destacó este elemento antes de la adopción de nuestro texto constitucional, haciéndolo así el Tribunal Supremo, en su sentencia de 16 de noviembre de 1974, al señalar la «*falta de formulación positiva que decíamos en que basar un verdadero derecho a la protección que imponga al Gobierno propio por modo inexcusable la puesta en ejercicio del dispositivo indemnizatorio a nivel de Estados*» (160). Sorprendería, en consecuencia, que se alegase, en un asunto concreto, precepto constitucional alguno en tal sentido y, por ello, en los recursos planteados, no se ha hecho.

Pero en esto, sí que consideró, a diferencia de S. Muñoz Machado en su magnífico trabajo al respecto, utilizando sus propias palabras menos una que «la posición del particular en los supuestos en que el ordenamiento le reconoce un derecho a ser protegido (*no* —para este autor—) *es* por ello sustancialmente distinta de aquellos casos en que no existe una obligación estatal en tal sentido» (161), sobre todo cuando tal reconocimiento tiene lugar a nivel constitucional.

No obstante lo anterior, diversos preceptos constitucionales reconocen derechos fundamentales de la persona, cuyo disfrute, el ordenamiento jurídico español, debe garantizar *a todos españoles*. En realidad, la defensa de los derechos fundamentales aparece, por un lado, como un valor esencial de nuestra Constitución, lo que se refleja desde el Preámbulo de la misma en el que se proclama la voluntad de la Nación española de «Proteger *a todos* los españoles (...) en el ejercicio de los derechos humanos», hasta los preceptos básicos que en ella se incorporan sobre derechos fundamentales específicos. Por otro lado, los poderes públicos españoles están obligados, conforme al artículo 9 del texto constitucional, a promover las condiciones y *remover los obstáculos* que impidan que la libertad e igualdad del individuo (al menos de nacionalidad española) sean efectivas, reales y plenas.

La formulación de tales derechos tiene lugar en nuestro texto constitucional sin establecer distinciones entre éstos, entre otras razones porque de hacerlo así se vulneraría de antemano uno de los derechos fundamentales reconocido constitucionalmente, es decir, el derecho contenido en el artículo 14, en el que se establece el principio de la igualdad entre *todos los españoles*. Por consiguiente, es posible sostener que el grado de «bienestar» de los españoles, en la defensa que el Estado hace o puede hacer, al menos, de sus derechos fundamentales, no debe teóricamente variar en función del lugar en el que se encuentren y de esta manera,

(160) Aranzadi, 1974, n.º 4.510.

(161) MUÑOZ MACHADO, S. Protección diplomática y jurisdicción contencioso-administrativa, R.E.D.A., 1975, p. 414.

si el disfrute de esos derechos se garantiza a todos los que habitan en el territorio español, lo mismo *ha de hacerse o intentarse*, aunque a través de otros medios jurídicos, respecto a aquellos ciudadanos españoles que residan en el extranjero. Que yo sepa el contenido del artículo 14 y, más en general, ciertas disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales no tienen *prima facie* un ámbito territorial de aplicación que se reduzca necesariamente al territorio español o bajo jurisdicción de nuestro Estado. En otros términos, osaría decir que las disposiciones que constituyen el «núcleo duro constitucional» referidas a los derechos fundamentales, tienen *un alcance extraterritorial* (162).

Pero la pregunta que late en todo este razonamiento sigue en los umbrales de su ulterior respuesta: ¿Los preceptos que hemos mencionado y que están destinados a proteger derechos fundamentales, rigen igualmente bien se trate de la violación de un derecho fundamental que acontezca en territorio español o bien se trate de situaciones en las que españoles sufran tal violación en el ámbito de competencias de otro Estado?

Que quede claro, soy consciente de que la violación de los derechos fundamentales proviene directamente, en estos casos, de la acción de poderes públicos extranjeros y que se produce en el ámbito de competencias de otro Estado, pero no olvidemos que el Estado español goza de la facultad, conforme al derecho internacional, de actuar en favor de estas personas. La conclusión pues parece evidente. Si se quieren desarrollar *en buena línea* los imperativos constitucionales en esta materia deben abrirse tres puertas: Primera, que el Estado español, a través de los medios reconocidos en el derecho internacional, *asuma siempre la defensa de los derechos fundamentales de sus nacionales* cuando la violación haya tenido lugar en el ámbito de competencias de otro Estado y no exista otro modo de restablecer o preservar tales derechos. Segunda, que el asunto quede cubierto normativamente por convenios internacionales, como el *Convenio europeo para la protección de los derechos y libertades fundamentales*, mediante los que se garantice el disfrute de esos derechos. Tercera, crear mecanismos de derecho in-

---

(162) Ahora bien, si se acepta lo anterior, la cuestión viene a complicarse sobremanera para un jurista, ya que podría quebrarse la lógica constitucional si a esas disposiciones sobre derechos fundamentales se les diese un carácter meramente programático sin que cupiesen, en ciertos casos, procedimientos o técnicas para garantizar el disfrute de esos derechos. Por supuesto que no es así y que la Constitución en su artículo 53, párrafo 2 establece que «*cualquier ciudadano* podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (...)». En notas posteriores reflexionaremos en torno al recurso de amparo. Por lo que respecta a la «extraterritorialidad» de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, recogidas en la Constitución española, sería difícil no reconocerla, en el contexto que analizamos, desde el momento en que, el propio Consejo de Estado, en su dictamen de 10 de octubre de 1991, al hilo del asunto de la «requisita» de automoviles privados por el Embajador de España en Monrovia (*vid.* Capítulo III), reconoció que ciertas disposiciones de la Ley española de expropiación forzosa no tenían limitación alguna sobre ámbito geográfico. En cualquier caso, se habrá de respetar el deber de no intervención en los asuntos de la jurisdicción interna de otros Estados, y por ello quiero dar a la palabra «extraterritorial» un sentido claramente positivo.

terno que permitan el recurso del particular en aquellos casos en los que afectados, al menos, sus derechos fundamentales, el Estado español no ejerció o ejercitó ineficazmente la acción diplomática en su favor.

Si la rigidez en la interpretación de las normas internacionales y de las normas del derecho español no permite abrir ninguna de estas tres puertas, permítaseme, aunque suene estrepitosamente la alarma, afirmar ingenuamente que, cuando los españoles se encuentren en el extranjero y resulten afectados sus derechos fundamentales, siendo así que sólo sea posible protegerlos mediante la *acción diplomática o consular del Estado*, sería aconsejable que se reclamase tal ejercicio sobre la base de los preceptos constitucionales relativos a derechos fundamentales de los españoles (163).

---

(163) Queda claro en el artículo 41, 2 de la LOTC que el *recurso de amparo* está destinado a proteger a todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos o libertades señalados, «originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado». Ahora bien, no parece que este recurso esté pensado para los casos que aquí analizamos. No obstante, en orden a determinar la concurrencia de los presupuestos básicos del amparo constitucional, podemos suscitar dos cuestiones:

Por lo que se refiere a los órganos, sujetos activos de la violación, hay que coincidir con Cascajo en que «por poderes públicos hay que entender los del Estado español» quedando «fuera del ámbito de amparo las lesiones que pueden producir a súbditos españoles poderes públicos extranjeros o supranacionales» (J. L. CASCAJO CASTRO y V. GIMENO SENDRA, *El Recurso de amparo*, Madrid, 1984, p. 113). Ahora bien, nada impide constatar que existe un comportamiento imputable a los poderes públicos españoles por el no ejercicio o el ejercicio ineficaz de la protección diplomática, comportamiento que coadyuva y puede estar también en el origen de la lesión del derecho fundamental de que se trate. A mi juicio, no constituiría, en ciertos casos, una aberración jurídica establecer un *nexo de causalidad* entre la decisión de la Administración española de no ejercitar la protección diplomática, y el resultado atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión.

Por lo que respecta a los actos que pueden fundamentar el recurso de amparo, es verdad que «tanto los actos positivos, como las omisiones, procedan del poder judicial o del ejecutivo, pueden fundamentar la pretensión de amparo», y más específicamente «Dentro del concepto de vía de hecho hay que entender las omisiones de la Administración a la realización de una prestación (...) y de la cual depende el efectivo ejercicio de un derecho fundamental» (J. L. CASCAJO CASTRO y V. GIMENO SENDRA, *op. cit.* p. 137). Bien es cierto que el autor señala «impuesta por la Constitución». Elíjase la categoría que se quiera, pero la decisión de no ejercitar la protección diplomática podría encuadrarse bien bajo los términos actos positivos, omisiones o vía de hecho.

Resultos de esta manera los problemas relativos a la *legitimación activa y pasiva* necesaria para la interposición del recurso de amparo, así como los referentes al ámbito de aplicación del recurso, resulta más difícil, en tercer lugar, que se satisfaga formalmente *el carácter de subsidiariedad* que define a este recurso. Ciertamente, en el artículo 43, 1 de la LOTC se exige el agotamiento de la vía judicial procedente antes de acudir en amparo al Tribunal Constitucional. En nuestro caso, se trataría de interpretar el término «procedente» que se incorpora en tal precepto, cabiendo al efecto dos posibilidades. Primera, que el agotamiento de los recursos internos del Estado extranjero tenga cabida dentro de tal expresión, lo que seguramente sería contradictorio con lo anteriormente dicho, es decir, la utilización de la vía judicial extranjera respondió a impugnar la decisión de los poderes públicos extranjeros, y nada tuvo que ver con la decisión adoptada por el Ministerio de Asuntos Exteriores de no otorgar la protección diplomática. Segunda, si, por el contrario, el particular debe agotar previamente la vía judicial o administrativa española, presentando su reclamación sobre la base de la impugnación del acto administrativo por el que se denegó el ejercicio de la protección diplomática a su favor, inmediatamente viene a la mente lo que se dispone en el artículo 2 b de la LJCA, con lo que se podría cerrar la posibilidad de la interposición de tal recurso, pudiéndose, entonces, en tal caso, recurrir a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, en relación con la tutela judicial efectiva.

b) A nivel no constitucional, tampoco se contiene esa obligación precisa del Estado español, aunque algunas normas, de muy diversa naturaleza, *apuntan en tal dirección*, y podrían prestar una base normativa para que, en asuntos concretos, pudiera reclamarse, como se ha hecho, la responsabilidad de la Administración española por el no ejercicio o ejercicio ineficaz de acciones de protección.

Por lo que respecta al ejercicio, en particular, de la protección diplomática, éste está sometido, en nuestro ordenamiento, al requisito de la *previa consulta preceptiva*, no vinculante, al Consejo de Estado, tal y como se estipula el artículo 21, 5 de la L.O.C.E., de 22 de abril de 1983, en el que se dice que este órgano en Pleno deberá ser consultado sobre «reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática (...)». Débil control pues, e insuficiente, en todo caso, para extraer la conclusión de que se podría obligar al Estado español a llevarla a efecto. Y si esto cabe decir de la protección diplomática, entendida en sentido formal y estricto, con mayor razón cabrá respecto a *todas aquellas acciones y gestiones destinadas a la protección* que no implican la misma y que, naturalmente, quedarían fuera de cualquier control de carácter jurídico, encontrando sólo, quizá, cabida en la posible fiscalización política. Por otra parte, el R.D. 632/1987, de 8 de mayo *sobre la Organización de la Administración del Estado en el Exterior*, se hace eco en su artículo 12 a) de las palabras del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, al estipular que es un función de las Misiones Diplomáticas Permanentes españolas «proteger en el Estado receptor los intereses del Estado y los de sus nacionales» (164).

Comoquiera que sea, todos estos preceptos son insuficientes por sí solos para afirmar, con alcance general, la obligación del Estado español de actuar siempre, y en todo caso, en favor de sus nacionales en el extranjero o, con mayor radicalidad, para imponer al Estado español el deber de ejercer la protección diplomática.

c) Sin embargo, el espíritu protector que inspira nuestro ordenamiento se deja entrever en la mayoría de los escritos que conforman los diversos expedientes de asuntos que se van tramitando, en esta época constitucional, en el Ministerio de Asuntos Exteriores, así como en posicionamientos de la jurisprudencia española. Y es que, a mi juicio, los diversos órganos y servicios de la administración españoles, pese a lo anteriormente dicho, no ceden ante el encanto de *la absoluta discrecionalidad* en el ejercicio de acciones de protección, a pesar de que, cuando participan e intervienen en asuntos relativos a la eventual protección de los derechos o intereses de españoles en el extranjero, no ha

---

(164) *B.O.E.*, 18 de mayo de 1987. En la línea de protección, pero en términos muy flexibles, se han expresado diversos Decretos y Reales Decretos. Así, el artículo 1 del Decreto 80/1976, de 2 de abril, por el que *se reorganizaba el Ministerio de Asuntos Exteriores*, y en el que se decía que compete a este Ministerio «proteger y fomentar los intereses nacionales en el exterior». Con mayor precisión, lo hizo el Real Decreto 1984/1979 de 27 de abril *sobre la misma materia*, en el que se le atribuía a tal Ministerio la tarea de «llevar a cabo una adecuada y eficaz política de protección a los ciudadanos españoles residentes en el extranjero».

yan dejado de señalar el carácter discrecional de la acción del Estado en este ámbito (165).

Por lo que respecta al *Consejo de Estado*, éste ha sabido expresar en términos jurídicos la sensibilidad que debe anidar en las entrañas de un sistema democrático, basado en la defensa de los derechos fundamentales. Quizá sea en el asunto «Claudia Continente» donde mejor lo ha expresado. En efecto, para el Consejo de Estado hay un espíritu protector que forma parte de la tradición legislativa española y que está activo en la etapa constitucional. Así «Tal situación, si bien no atenta de raíz a la inicial disponibilidad estatal en el planteamiento y ejercicio de la protección diplomática (...) *sí la modula de modo muy destacado*, ya que cuando menos desplaza del ciudadano hacia el Estado las consecuencias del posible no ejercicio, en el estado actual, e igualmente progresivo del Derecho de Gentes, del derecho interno, al menos si derivado de una constitución democrática cuya matriz es el reparto equitativo de sacrificios y cargas en función de la solidaridad ciudadana y de los valores constitucionales, que vinculan a los poderes públicos (y al Estado, en que ellos se unifican)» (166).

Mas allá, incluso, la propia *jurisprudencia interna*, sin necesidad de que existan normas precisas, en el ordenamiento interno en cuestión, que obliguen al Estado a realizar acciones de protección, podría razonar de tal modo mediante afirmaciones que, sin ser la base normativa de la decisión finalmente adoptada,

---

(165) El Consejo de Estado en las ocasiones en las que ha pronunciado al respecto así lo ha hecho. En particular, y en relación con reclamaciones surgidas a raíz de la ejecución del *acuerdo entre España y Marruecos sobre indemnizaciones a españoles*, este órgano afirmó, en 1991, que «En estos *Lump sum agreements* la actuación diplomática —siempre discrecional del Estado— no constituye, por sí y propiamente, ni tan siquiera el cauce a través del que se llegan a producir los eventuales efectos lesivos» (Dictámenes n.ºs 55.576, 55.577 y 55.578, de 13 de junio de 1991). Más contundente fue, al principio de nuestra etapa constitucional, la Dirección General de lo Contencioso del Estado que, en su escrito de 13 de junio de 1979, y en relación con el *asunto de las indemnizaciones por Cuba a españoles que se vieron privados de sus bienes por la acción del Gobierno de este Estado a partir de 1959*, señaló que «Hay que afirmar, desde luego, que *tal derecho a la protección diplomática ni ha existido ni existe hoy en el derecho español*», pasando después a verter ciertas consideraciones que venían a remarcar el carácter discrecional de la acción protectora del Estado español. El propio Consejo de Ministros también ha remarcado este carácter discrecional y así, en su acuerdo de 27 de septiembre de 1991, por lo que se refiere al primer asunto citado, se decía que «Sería inadmisibles que el Estado español, que terció voluntariamente y *no en cumplimiento de ninguna norma imperativa* con el fin de paliar los efectos de la incautación asumiera obligaciones derivadas del hecho de no haber alcanzado metas más favorables».

Siendo, de todos modos, mucho más clara la sentencia de la sala tercera del T.S., de 6 de febrero de 1987, en la que puede leerse un pasaje sin matices y salvedades, más propio de principios de este siglo que de finales de éste (Respecto a sentencias del siglo pasado y principios de éste que se pronunciaron en esta materia, véase la nota de M. P. ANDRES, *R.E.D.I.*, 1977-1, pp. 127-136), en el que se afirma que «la actuación, como se pretende, de los poderes constituidos con la independencia, sólo pueden tener realidad en el campo internacional por la observancia y adaptación a los principios rectores del Derecho Internacional, sin olvidar que *es una realidad que la protección diplomática es un derecho del Estado, pero no es un derecho del individuo*, por ello es indiscutible que si ésta se solicitase, *el Estado puede llegar a rechazarla* por consideraciones de orden público nacional o internacional, con las consecuencias que son deducibles de dicho corolario (...) (Aranzadi 1987, n.º 516).

(166) *Recopilación de doctrina legal*, 1990, p. 806.

condujesen a tal fin. La célebre sentencia del Tribunal Supremo español, de 16 de noviembre de 1974, a mi juicio, así lo hizo, al incluir un *obiter dictum*, en uno de sus Considerandos, en el que se afirmaba que una de las alternativas de los reclamantes era «obtener una reparación por la vía de la protección estatal encuadrable en el cuadro (*sic*) de la responsabilidad internacional con base en el daño injusto sufrido *por unos súbditos merecedores de la atención del Estado*» (167).

Pero, sin duda, fue la sentencia de la sala tercera del T.S, de 29 de diciembre de 1986, la que patentizó las contradicciones que al efecto, cada vez con mayor frecuencia, van a ir apareciendo en nuestro sistema jurídico. En efecto, el T.S. afirmó la responsabilidad de la Administración española basándose, en buena parte, en la ausencia de protección de los nacionales españoles que, en el caso, sufrieron un perjuicio, y así «a todo esto aún cabe añadir la destacable inacción de las autoridades españolas, ulterior a los apresamientos, *sin gestiones efectivas* encaminadas a la recuperación de los pesqueros y *a la adecuada protección de los nacionales, cometidos esenciales conforme a la Constitución*; pues la responsabilidad no emana únicamente de la acción que produce el daño, sino también de la omisión *cuando no se hace aquello que se ha de hacer*; y cuando la pasividad es de la Administración que guarda silencio y está inactiva cuando debe hablar y actuar, su responsabilidad es paladina de ella (...) (168).

En definitiva, se han de ir abriendo paso vías a través de las cuales, se reduciría, en nuestro caso, la discrecionalidad del Estado español en el ejercicio de acciones de protección. El reconocimiento de los derechos fundamentales a todos los españoles en nuestra Constitución (interpretado a la luz de normas internacionales sobre protección de derechos humanos básicos) presta una base normativa suficiente para la exigencia a la Administración española de un comportamiento activo en defensa de los mismos, cuando la violación tenga lugar en el ámbito de jurisdicción de otros Estados. En su caso, la inacción del Estado español prestaría la oportunidad para la exigencia de responsabilidad patrimonial (*Vid. infra*). Lo que sí le corresponde al Estado es decidir los medios y las fórmulas para llevar a efecto la protección de la manera más adecuada.

#### IV. MECANISMOS POR LOS QUE SE HACE EFECTIVA LA PROTECCION

Es fundamental no olvidar que toda labor protectora se desarrolla y desenvuelve *tanto en el plano interno como internacional*, pudiéndose distinguir, a estos efectos, por lo que a nosotros respecta, diversos procedimientos mediante los que los ciudadanos españoles podrían beneficiarse de la protección del Estado español, siendo elemento común, a todos ellos, sin embargo, la presencia de la acción de protección del Estado. Ahora bien, si se quieren comprender las conse-

(167) Aranzadi, 1974, n.º 4.510.

(168) *Jurisprudencia contencioso-administrativa*, n.º 1.695, p. 2.123.

cuencias que se derivan del comportamiento de un Estado en relación con particulares extranjeros y, sobre todo, los procedimientos a través de los cuales se hace efectiva la protección, una vez que el Estado ha decidido otorgarla, no se puede prescindir del examen de *ciertos factores y elementos* que condicionan la acción protectora y, por ende, los procedimientos a emplear para hacerla efectiva. De estos elementos merece la pena destacar dos:

i) Ha de quedar claro, desde un principio, que la acción protectora no nos conduce, necesariamente, al campo de la *responsabilidad internacional*. En concreto, los particulares perciben los efectos benéficos de la protección, sin necesidad de que el «Estado protector» y el «otro Estado» tengan que acudir a procedimientos jurisdiccionales de solución pacífica de controversias. Más aún, hay que insistir, con toda rotundidad, en que el quehacer protector cabe también frente a hechos o comportamientos de otro Estado que no vulneran, en modo alguno, derechos de los particulares; y cuya finalidad, por lo tanto, sería evitar o prevenir que éstos sufran algún perjuicio o, incluso, está destinado a asegurarles el nivel de bienestar que se dispensa al resto de los ciudadanos que ostenta su nacionalidad. No obstante, ha sido frecuente proceder al examen de la protección de los nacionales en el extranjero, en el marco de la responsabilidad internacional (169), aunque es verdad que aquí siempre podemos situarnos en dos perspectivas claramente diferenciadas:

Por un lado, sería posible, en la línea más tradicional, contemplar la relación jurídica que se crea como consecuencia de la violación o no aplicación por un Estado de normas internacionales referentes a los derechos de un particular

---

(169) Todo lo que ello encierra ha sido examinado, habitualmente, a la luz de la responsabilidad internacional de los Estados por actos cometidos contra particulares, existiendo, al efecto, una ingente bibliografía, por lo que se pueden reseñar algunos títulos. Entre los trabajos ya clásicos sobre este tema, están: C. P. ANDERSON, *Basis of the law against confiscating foreign-owned property*, *A.J.I.L.*, 1927, pp. 525 ss.; D. ANZILOTTI, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers*, *R.G.D.I.P.*, 1906, pp. 285 ss.; E. M. BORCHARD, *The responsibility of States for damage done in their territories to the person or property of foreigners*, *A.J.I.L.*, 1926, pp. 738 ss.; BRUSA, E. *Responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute ou de guerre civile*, *A.I.D.I.*, 1898, pp. 96 ss.; J. DUMAS, *La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers*, *R.C.A.D.I.*, 1931, pp. 187 ss.; G. HACKWORTH, *Responsability of States for damages caused in their territory to the person or property of foreigners*, *A.J.I.L.*, 1930, pp. 500 ss.; L. STRISOWER, *Rapport à l'Institut de Droit International sur la responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leurs territoires à la personne ou aux biens des étrangers*, *A.I.D.I.*, 1927, vol. I, pp. 455 ss.; y A. VERDROSS, *Les règles internationales concernat le traitement des étrangers*, *R.C.A.D.I.*, 1931, pp. 327 ss.

Más recientemente, parece que ha disminuido el interés por este tema, aunque podemos recordar, junto a la obra colectiva editada por R. B. LILLICH, *International Law of State responsibility for injures to aliens*, Charlottesville, 1983, otras tales como: BAXTER, *Reflexions on codification in light of the International law of State responsibility for injures to aliens*, *Syracuse Law Review*, 1975, pp. 745 ss.; F. GARCÍA AMADOR, y otros, *Recent codification of the law of Sate responsibility for injures to aliens*, 1974; y G. ROY, *Is the law of responsibility of States for injures to aliens a part of universal international law*, *A.J.I.L.*, 1961, pp. 863 ss.

extranjero, desde la óptica meramente *inter-estatal*, con lo que, sin perjuicio de ciertas peculiaridades que a tal relación aporta la presencia del particular, la determinación del contenido y el modo de hacer factible la responsabilidad internacional o, en su caso, la compensación, no serían sustancialmente distintos a los supuestos englobados en las categorías generales de la responsabilidad de un Estado respecto a otro por la comisión por aquél de un hecho internacionalmente ilícito o de la responsabilidad dimanante de un acto no prohibido por el Derecho Internacional. Desde esta perspectiva, se ha contemplado, de ordinario, tal relación, y así en palabras de D. Anzilotti, «la responsabilidad internacional no nace, pues, del hecho de que un extranjero haya sufrido un daño, y *no se traduce en una relación entre el Estado y el extranjero perjudicado (...)* El extranjero, como tal, *no tiene derechos*, con respecto al Estado, sino en la medida en que la ley se los atribuye. Por ello *no puede existir un derecho de reparación en su provecho* más que sobre la base de las normas vigentes en el Estado, y ese derecho es independiente de aquel que puede tener el Estado al que corresponde exigir una reparación del daño sufrido en virtud del trato contrario al derecho internacional» (170).

Por otro lado, podríamos observar esa relación jurídica, pero *teniendo muy en cuenta los derechos que le corresponden al particular* por ser él quien sufre la violación o por no haber recibido la compensación correspondiente, al margen del estudio inevitable de la relación jurídica que finalmente surja entre los Estados interesados. Esta última me parece una perspectiva más sugerente y actual, ya que desde ella se observan con nitidez los verdaderos problemas jurídicos, algunos de ellos no resueltos aún definitivamente, que se generan en las situaciones descritas. Además, sólo así, parece posible considerar, y tratar en su justa medida, todos los elementos presentes en el caso, sin que la preeminencia de algunos de ellos, nos lleve al olvido de otros.

Esta posición se ha abierto también paso en la C.D.I., donde los distintos Relatores Especiales sobre el tema general de la responsabilidad internacional, se han referido, eso sí fragmentariamente, a los casos de extranjeros perjudica-

---

(170) D. ANZILOTTI, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1935, p. 454 (cursiva añadida). De alguna forma, aunque ciertamente con bastantes matices, esta visión está presente en la nueva etapa concerniente a la codificación y desarrollo progresivo de las normas sobre *responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos*. Con ocasión del debate en torno al proyecto de artículo 22 (agotamiento de los recursos internos) el Sr. AGO, Relator Especial, puso el énfasis en la naturaleza de *regla de fondo*, y no de procedimiento, que correspondía al agotamiento de los recursos internos sobre la base, y esto es lo importante, de que la responsabilidad internacional encontraba su origen en dicho agotamiento y no en el hecho de la violación efectiva de un derecho que corresponda a los particulares. Y así en su informe llegó a afirmar que conviene insistir en que el Estado «perfecciona su acto ilícito al provocar la imposibilidad definitiva de conseguir el resultado buscado» (A.C.D.I., 1977, vol. II, pr. part., p. 24, párr. 52), por lo que el «principio enuncia una condición del nacimiento de la responsabilidad internacional por violación de una obligación relativa a determinados sujetos, mucho antes de convertirse en una condición para hacer efectiva en la práctica esa responsabilidad» (A.C.D.I., 1977, vol. II, pr. part., p. 24, párr. 53).

dos por la acción de un Estado (171). Salta a la vista, por lo menos, que, cuando se trata de un hecho internacionalmente ilícito que se comete directamente contra un particular, la situación no es exactamente idéntica a aquellos supuestos en los que la relación de responsabilidad es, en puridad, *inter-estatal*. Así, en el proyecto de artículo 22 antes citado, se contemplan los casos en los que el comportamiento de un Estado podría violar una obligación internacional relativa al trato que se ha de otorgar a particulares extranjeros, observándose *una particularidad* en relación con los supuestos en los que el sujeto pasivo es un Estado. En efecto, mientras que en estos últimos la consumación del hecho internacionalmente ilícito se produce, normalmente, desde el momento de su comisión, en los casos de medidas o comportamientos relativos a particulares extranjeros, la calificación jurídica del hecho *como internacionalmente ilícito* está sujeta, de un modo u otro, al previo agotamiento de los recursos internos. De tal manera que, aun habiéndose producido *de facto* la violación de la norma internacional, es posible que ésta jamás llegue a considerarse en el plano internacional y que, el asunto, reciba, en consecuencia, el mismo trato que los hechos ilícitos tipificados en los ordenamientos internos de los Estados, aunque no por ello deje de estimarse, en ocasiones y en puridad, que se ha producido la comisión de un ilícito internacional.

Todo ello se ha ido plasmando, paulatinamente, en los trabajos de la Comisión, sobre todo, como decimos, en materia de *responsabilidad internacional por hechos ilícitos*, en los que no deja de haber observaciones que profundizan en la *singularidad* de ciertas normas internacionales sobre responsabilidad, cuando el sujeto pasivo de la violación de la norma no sea directamente el Estado, sino particulares, cuya defensa, en el plano internacional, asume aquél. En un sector muy concreto, así lo ha destacado, con gran acierto, C. Jiménez Piernas, al comentar las discutidas posiciones de Riphagen en el seno de la C.D.I. en relación con el trato debido a los extranjeros y la *restitutio in integrum*, llegando a decir que «Para el Ponente no tienen la misma entidad la violación de una obligación relativa a la soberanía estatal (...), merecedora por supuesto de una *restitutio in integrum*, y la obligación relativa al trato debido a los extranjeros, que sí admitiría un cumplimiento sustitutivo». Por lo tanto, habría grados diferentes de reparación «por violación de obligaciones cuyo cumplimiento es objeto de protección diplomática» y «por violación de otras obligaciones internacionales» (172). Con

---

(171) Hace algún tiempo García Amador destacó las importantes transformaciones que se estaban operando en esta materia, y manifestó que el Derecho Internacional ya no era «un ordenamiento jurídico meramente *interestatal*, puesto que sus normas también tienen por objeto la protección de intereses y derechos cuyo verdadero titular no es el Estado. Por lo tanto, ya el derecho internacional no existe ni se justifica solamente (...) por la protección que ofrezca a los intereses y derechos del Estado, sino por la que extienda a los que legítimamente puedan invocar sus demás sujetos» (A.C.D.I., 1956, vol. II., p. 182, párr. 57). De este modo, llegó a sostener que «No es difícil comprender, en consecuencia, en qué medida esta nueva situación es capaz de influir en la función que le toca desempeñar a la institución de la responsabilidad internacional» (*ibid.*)

(172) C. JIMÉNEZ PIERNAS, La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional, *La responsabilidad Internacional, Aspectos de Derecho Internacional Público y*

independencia de lo acertado o no de esta posición del Sr. Riphagen, lo cierto es que hay lugar para plantearse, al menos, la existencia de ciertas *relaciones de responsabilidad distintas*, y sea como fuere, cuando el perjudicado sea un particular, en ningún caso, se deberá obviar tal hecho.

ii) En los mecanismos que hacen efectiva la protección se palpa la influencia decisiva que va a tener el grado de aproximación que el «Estado protector» haga entre su acción exterior y los intereses y derechos de los particulares que, mediante aquélla, se protegen. Cada vez es más difícil prescindir de la «participación» de *los particulares en cuanto beneficiarios de la protección* y, en especial, de la reflexión en torno a la estrecha y crucial relación que se establece entre el Estado y sus nacionales, ya que esto va a tener claras incidencias en las relaciones jurídicas entre ambos.

La afirmación, por obvia, de que la labor de protección tiene como *únicos y directos destinatarios a los particulares* que de ella se benefician, no alcanza a ser impertinente, si contemplamos el verdadero trasfondo integrado por numerosas cuestiones pendientes de resolver, tales como el grado de participación del particular en la toma de decisiones que afectan a sus intereses y derechos; la naturaleza de la relación jurídica creada entre el Estado «protector» y el Estado ante el que se ejerce la protección, en razón de la presencia del particular, o el modo y las maneras en el que se protegen los derechos que corresponden a los particulares. No me resisto, pues, a la tentación de reseñar, en esta línea, ciertas consideraciones que *ahondan en la afirmación inicial*, es decir, que subrayan el hecho de que *la labor de protección se encuentra cada vez más incardinada con los intereses y derechos que mediante ella se aseguran* y, por ende, con los beneficiarios de la misma; lo que, a la postre, representa una integración mayor entre los intereses del Estado y los intereses de los particulares. Veámoslo:

a) Todo hace pensar, en primer lugar, que hay que desterrar, por fin, la idea de que los intereses del Estado son diferentes a los intereses de los particulares cuando aquél aborda la labor de protección de éstos. Quizá se está acercando el momento, al menos a la luz de la práctica española, en que se pueda afirmar la casi plena coincidencia entre ambos, en la medida en que la tarea de protección se inicia, desarrolla y culmina sin que se ignoren los derechos de los particulares.

Cabría reflexionar, entonces, en torno a la contradicción *in terminis* que podría deducirse del artículo 3, 1 b, del *Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas*, expresión, como dijimos, de la norma consuetudinaria que codifica. En este precepto, se estipula que el Estado acreditante tiene el derecho de proteger en el territorio del Estado receptor *sus intereses* y los de *sus nacionales*, formulándose de tal modo que cabría pensar, sobre la base de deducciones radicales, que los redactores del precepto así como los diplomáticos hubiesen hecho, en

honor al posibilismo inherente a su función, absurdas y mágicas distinciones entre el Estado, por un lado, y la población que lo integra, por otro lado; o, de manera suavemente malintencionada, se podría ofrecer la interpretación en virtud de la cual la distinción, contenida en dicho precepto, entre los intereses del Estado y los intereses de los nacionales de éste, responde a que éstos no siempre coinciden, llegando con ello a la conclusión de que al primar la defensa de los intereses generales del Estado, la disposición consagraría (o ahondaría) implícitamente el *principio de la discrecionalidad* en el ejercicio de la protección y permitiría, en consecuencia, actuaciones de los Estados en detrimento de los derechos de los particulares.

Las respuestas me parecen claras: Respecto a lo primero, demasiados olvidos y contradicciones se habrían producido en las mentes de los redactores para no llegar a comprender que es otro el significado de los términos que se contienen en él. La interpretación más racional nos lleva a decir que se trata, simplemente, de plasmar en la disposición lo que constituye la práctica habitual y constante de la Misiones diplomáticas en el ejercicio de sus funciones, las cuales históricamente han llevado a cabo acciones de protección en defensa de los derechos e intereses de los nacionales del Estado al que representan *como manifestación específica y particular* de la función de defensa de los intereses del Estado acreditante. Respecto a lo segundo, es cierto que ambos intereses pueden ser discordantes en supuestos concretos, pero esta observación es, de por sí, insuficiente para crear un abismo insalvable entre el Estado y la población que lo integra afirmando, con carácter general, que el Estado no defendería sus propios intereses cuando asumiese la defensa de sus nacionales en el extranjero. En suma, estaría fuera de toda lógica que la norma internacional «escrita» por excelencia, que consagra la tarea de protección, por los Estados, de sus nacionales en el extranjero, hubiese sido intencionadamente formulada, dando prioridad a intereses distintos a los de aquellos que son directamente beneficiarios de la protección.

Algunos particulares han tenido, no obstante, la percepción, en asuntos concretos, de que el Estado, al asumir su defensa en el plano internacional, había optado por sacrificar sus derechos e intereses en favor de los intereses más generales de éste. Quizá, los recursos a los que ha dado lugar el *acuerdo sobre indemnizaciones a españoles*, firmado con Marruecos, sea el exponente más claro de lo dicho. Los recurrentes dijeron, con toda claridad, y en varias ocasiones, que «El Convenio hispano-marroquí fue negociado y ratificado con el fin de satisfacer *los intereses generales de España* y no únicamente *con el fin de defender los concretos intereses individuales de los ciudadanos expropiados en Marruecos*», y ello se utilizó como fundamento jurídico en los recursos planteados, hasta el punto de que se llegó a sostener que «los beneficios para España han sido evidentes. Los perjuicios para los antiguos propietarios también lo son».

La controversia, ciertamente, está servida y su solución, en términos jurídicos, no es fácil de encontrar, a no ser que, en último extremo, se les reconociese a los particulares, cuya defensa el Estado asume, el derecho a «participar» en los procesos de negociación conducentes a resolver asuntos de esta naturaleza. La

apreciación sirve, sin embargo, para señalar que, en el ejercicio de la protección, *el Estado tiene el deber de no hacer abstracción de los derechos e intereses de los particulares* o, al menos, como lo señaló el Consejo de Ministros en su acuerdo, de 27 de septiembre de 1991, en respuesta a aquellos recursos, no se debería perder de vista que el único fin de haber ejercido la protección diplomática «ha sido beneficiar la posición de los que se vieron privados de sus bienes».

Por lo que, en resumen, el artículo 3, 1 *b*, es tan sólo la *expresión fidedigna* de la práctica generalizada de los Estados que muestra, por una parte, que las Misiones diplomáticas poseen como *función básica* la defensa, en el Estado receptor, de los intereses generales del Estado acreditante, incluidos los intereses de la población de dicho Estado y, en concreto, por otra parte, dichas Misiones *llevan a cabo, de manera específica, la defensa de los derechos e intereses particulares* de los miembros de esa población que se encuentran en el territorio del Estado receptor y que, por razones obvias, en el desarrollo de su actividad ordinaria, puede resultar más fácilmente afectada por el comportamiento de dicho Estado.

b) Otra manifestación, en segundo lugar, del acercamiento, en el seno de la doctrina de la protección, entre las posiciones del Estado y de los particulares se encuentra en el hecho de que los órganos del Estado, cada vez más habitualmente, *indican a sus nacionales* que sigan una determinada conducta con el fin de que no se coloquen en situaciones que pudieran afectar gravemente a sus vidas, derechos e intereses. Se trata, con frecuencia, de *instrucciones, recomendaciones o advertencias* que se formulan bien a solicitud de los particulares, o bien a iniciativa del propio Estado (173). Estas *indicaciones* llegarán a tener, en su caso, una cierta trascendencia jurídica ya que, por un lado, las eventuales lesiones que sufran los particulares en relación directa con el comportamiento que su Estado les

---

(173) En este sentido, se multiplican los comunicados mediante los cuales el Ministerio de Asuntos Exteriores desaconseja a los *ciudadanos españoles* que viajen o transiten por ciertos países o zonas que se encuentran, en un momento determinado, en situaciones de conflicto interno o internacional: (O.I.D., 1985, pp. 448-449; *ibíd.*, 1987, p. 447; *ibíd.*, 1988, pp. 668-670; *ibíd.*, 1990, p. 976; *ibíd.*, 1991, pp. 837, 858 y 888...) Como muestra significativa, se puede citar la actitud del Gobierno español, durante el desarrollo del conflicto irano-iraquí, que no dejó, en momento alguno, de insistir sobre el peligro que suponía navegar por las aguas del Golfo Pérsico. Así se hacía ver, en 1987, cuando se afirmaba que, «*desde el inicio del conflicto del Golfo (pérsico) ha advertido en sucesivas ocasiones sobre la peligrosidad de la navegación en sus aguas, y ha reiterado comunicados oficiales desde la primavera de 1984, cuando se incrementaron sustancialmente los ataques contra barcos de terceros países que transitaban por aquellas aguas*», O.I.D., 1987, p. 373. Pero más allá de ello, las indicaciones a sus nacionales para que adopten un determinado comportamiento de hacer o de abstenerse de hacer algo, pueden partir de los propios Estados dadas las circunstancias del caso. Resulta significativo que, con ocasión del asunto «Rafael Vilar», la Embajada española en Argel sugiriese al Ministerio de Asuntos Exteriores que se diese *aviso inmediato y discreto* a todas las empresas con intereses en Argelia, siendo el medio más idóneo para ello utilizar el equipo de transmisión *telex informatizado* que posee el Instituto Nacional de Fomento de la exportación, proponiéndose, además, el siguiente texto «La Embajada de España en Argel llama la atención de los empresarios españoles que eventualmente se desplacen a este país, sobre las normas específicas aquí vigentes» (*escrito de 28 de febrero de 1987*), sobre todo, en materia de cambios de divisa.

recomendó o aconsejó, y que cumplieron fielmente, podrían dar lugar a recursos, sobre la base del derecho interno del Estado en cuestión, exigiéndole a éste la indemnización por los daños y perjuicios sufridos al haber cumplido sus instrucciones; y, por otro lado, el comportamiento de los particulares *contrario a las indicaciones* del Estado incidirá, en buena parte, en el ulterior desarrollo por éste de ciertas tareas de protección.

En el primer caso, siempre es bueno recordar que el Tribunal Supremo valoró de forma destacada los *avisos* que recibieron, en septiembre de 1979, los pescadores que faenaban en aguas mauritanas y por ello, tras afirmar, que «en estas condiciones, el Estado español tenía la obligación, pues, de prever escrupulosísimamente ante sus nacionales las consecuencias de su conducta», recordó que «las autoridades españolas avisaron a los pesqueros españoles que faenaban al norte del Cabo Blanco que se alejaran de dicha zona», lo cual cumplieron los pescadores. Después, no obstante, la Asociación Artesanal de la Palmas solicitó información a la Embajada de España en Mauritania sobre la posibilidad de desplazarse sin riesgo a faenar en el sur de dicho Cabo, a lo que la Embajada respondió «no hay problema», y esto bastó para que, a la vista de lo que sucedió posteriormente, el T.S. calificase el comportamiento de la Administración española como «clara imprudencia de enviar un telex (...) dando vía libre a la flota» (174).

En el segundo caso, no fue tanto el que los tripulantes del pesquero español «el Gracioso», detenido por las autoridades marítimas portuguesas en 1983, decidieran cambiar el número de proa que no se correspondía así con el de la matrícula (ni, por supuesto, que no portasen documentación personal alguna), lo que condujo al Estado español, una vez salvaguardados los derechos básicos de sus ciudadanos, a declinar la realización «de ulteriores gestiones diplomáticas en relación con este asunto», sino, más bien, el comportamiento del pesquero español que «carecía de licencia para pescar en aguas portuguesas, por lo que *su presencia contravenía instrucciones precisas* de la Comandancia de Marina y Ayudantía de Isla Cristina» (175).

De la misma manera, y en relación con las, de ordinario, conflictivas aguas del Golfo Pérsico, el Gobierno español ha formulado muchas de estas *indicaciones o recomendaciones*. Ya en 1984 se podía intuir el alcance que habrían de tener las mismas, cuando se decía que «el Gobierno español no puede prohibir arbitrariamente que barcos de bandera española surquen aguas del Golfo mientras lo sigan haciendo los restantes buques de la Comunidad Internacional, y la situación no haya variado sustancialmente con respecto al principio de las hostilidades» (176), pero, cuatro años después, el hundimiento del superpetrolero español «Barcelona», hizo que el Gobierno español pusiera más énfasis en comunicar a los armadores y tripulaciones que la navegación en tal zona resultaba peligrosa,

---

(174) *Jurisprudencia Administrativa*, 1986, pp. 2.122-2.123.

(175) *O.I.D.*, 1983, pp. 316-317.

(176) *Ibíd.*, 1984, pp. 512-513.

por lo que desaconsejaba ésta, llegando a señalar que «las consecuencias que se *deriven del no respeto de dicha recomendación* (son) de exclusiva responsabilidad de los armadores y tripulantes que penetren en dichas aguas *que lo deberán realizar* siempre con tripulaciones voluntarias» (177), ya que si bien el Estado español no prohibía a los tripulantes que penetrasen en las aguas del Golfo Pérsico, garantizó, mediante la asunción de obligaciones por parte de los armadores, sus legítimos derechos y su integridad a través de «las llamadas cláusulas de voluntariedad, por las que el tripulante deci(día) libremente, sin renunciar a los derechos laborales que le correspon(dían) legalmente, si penetra(ba) o no» (178) en tales aguas.

Y en efecto, aunque el Estado español condenó el hundimiento del petrolero «Barcelona» y lamentó profundamente la desaparición, en el suceso, de seis marineros españoles, todo hace pensar que el comportamiento de los particulares influyó decisivamente en la intención de España de no «romper sus relaciones diplomáticas con Iraq como consecuencia del ataque al buque Barcelona» y, sobre todo, se dejó entrever en la redacción del lacónico comunicado de la O.I.D. en el que, por una parte, se decía que las Embajadas de la zona habían «recibido instrucciones inmediatas para que se adopten las acciones oportunas y presten la asistencia necesaria al caso» (179), no dejando de recordar, por otra parte, las anteriores *recomendaciones* que «transmitió la Secretaría de la Marina Mercante, sobre los riesgos que entraña la navegación por aquellas aguas» (180).

Los incidentes pesqueros en los que se han visto envueltos, con frecuencia, ciudadanos españoles, han plasmado, en particular y con toda rotundidad, esta práctica consistente, como decimos, en la reiterada formulación, por un lado, de indicaciones dirigidas por el Estado español a los pescadores españoles para que adopten una determinada conducta, y deja traslucir, por otro lado, que el grado de protección del que eventualmente se beneficiarán dichos pescadores se establecerá siempre en función del cumplimiento o no de esas indicaciones. En un asunto reciente, el propio Ministro español de Asuntos Exteriores se refería, con toda claridad, a estos aspectos. En efecto, el ametrallamiento, en 1991, de un pesquero con base en el puerto de Almería por una patrullera argelina, en el que resultó muerto un miembro de la tripulación, hizo que el jefe de la diplomacia española se expresara, ante el Congreso de los Diputados, en los siguientes términos: «Quiero recordar una vez más, *en este caso como en otros casos*, porque estamos teniendo ya muchos incidentes, *la circular que han dirigido nuestras autoridades de pesca a los pescadores*, en un doble sentido: primero, que *cumplan las disposiciones internas e internacionales*, que hay que cumplir la ley; y segundo, que *sigan las instrucciones de las autoridades locales* y no huyan. En este caso se huyó, y *desgraciadamente* se produjeron estos hechos lamentables

---

(177) *Ibid.*, 1988, p. 568; *ibid.*, 1985, pp. 447-448.

(178) *Ibid.*, 1988, p. 569.

(179) *Ibid.*, 1988, p. 567.

(180) *Ibid.*

(...) no olvidemos que *es muy importante* que se cumplan las normas internas e internacionales, y *es muy importante* que se atienda a las instrucciones de la autoridades locales, cosa que, desgraciadamente, no siempre sucede» (181).

c) Finalmente, la aproximación entre la acción protectora y los intereses de los particulares se observa, también, en que la acción del Estado «protector» puede estar dirigida *a exigir de las autoridades de otro Estado* la adopción por éstas de un determinado comportamiento, *de tal modo que no resulten perjudicados los derechos e interes de los nacionales del primero*. Las posiciones de las autoridades españolas en esta línea, están configurando, a mi juicio, una práctica del Estado español, que se articula en torno al principio de que la defensa de los derechos e intereses de los españoles que se encuentran en el extranjero, exige siempre un comportamiento del Estado que no suponga ahorro alguno en las gestiones y en los medios a utilizar para lograr el objetivo de la protección.

Más allá de los numerosos casos en los que se expresa públicamente la voluntad de ligar los intereses de Estado y los intereses de los particulares, como sucedió con la declaración formulada con ocasión del trato a que fueron sometidos, en 1987, en Bamako (Malí) cuatro periodistas españoles, y en la que se decía que se tomaron *«las medidas necesarias de protección a los cuatro periodistas españoles* y, en consecuencia, *el prestigio de España* no ha quedado dañado en absoluto por la situación lamentablemente producida» (182); existen bastantes más en los que *se les exige* a otros Estados un determinado comportamiento en la línea descrita. Merece la pena recordar que el Estado español insistió, una y otra vez, durante la década de los ochenta, ante las autoridades francesas para que éstas creasen las condiciones precisas para proteger a los transportistas españoles a su paso por territorio francés. De esta manera se ponía de manifiesto, en un comunicado de la O.I.D, en el que se afirmaba que «El embajador de España en París, ha realizado *una gestión* con las autoridades francesas con objeto de que éstas organicen una protección *suficiente y no esporádica* a los camiones españoles» (183).

El requerimiento para que el otro Estado siga un comportamiento así, se puede hacer, también, en términos más enérgicos, situándonos, a veces, en el inicio de una controversia internacional, tal y como lo demostró el Ministro español de Asuntos Exteriores quien, durante su comparecencia ante el Congreso, afirmó que se estaban utilizando todos los medios diplomáticos al alcance para conseguir *«la firme intención* de las autoridades francesas para impedir (la) repetición (de los hechos), buscar y castigar a los culpables e indemnizar debidamente a los españoles perjudicados» (184), lo que era expresión de la Nota verbal que,

(181) *Ibíd.*, 1991, p. 489. *B.O.C.G.*, 26 de junio de 1991.

(182) *O.I.D.* 1987, pp. 337-338.

(183) *Ibíd.*, 1983, p. 688.

(184) *Ibíd.*, 1983, pp. 218-219. También, en relación con la navegación por las aguas del Golfo Pérsico, durante la guerra irano-iraquí, el Gobierno español realizó «gestiones individuales ante los países beligerantes *advirtiéndoles* de la inadmisibilidad de sus ataques y expresándoles la necesidad de

el 30 de diciembre de 1983, el Ministerio español presentó a la Embajada de Francia en Madrid, en la que se protestaba enérgicamente por la ineficacia, en este caso, de las medidas preventivas adoptadas por Francia «así como por la pasividad mostrada, al parecer, en un primer momento, por las Fuerzas de Orden Público» (185) francesas. Incluso, es posible que el Estado que exige un determinado comportamiento a otro Estado, lo acompañe con recomendaciones a sus propios nacionales, como sucedió en 1981, en el que las autoridades españolas sugirieron, a los transportistas españoles, rutas alternativas mientras las autoridades francesas «ponen en práctica, de acuerdo con lo que han prometido, las medidas de vigilancia y de control capaces de acabar con los atentados cometidos impunemente, hasta la fecha, por grupos incontrolados de agricultores y de agitadores» (186). No cabe, en resumen, olvidar que el cumplimiento o no de los comportamientos exigidos será determinante para el eventual ejercicio de la protección diplomática.

### 1. Los procedimientos jurisdiccionales de solución de controversias

El Estado «protector» está facultado para exigir a otro Estado la responsabilidad de éste por los daños que ha causado a las personas o a los bienes de los nacionales del primero, cuando dichos daños sean consecuencia de la violación por el segundo de una norma de derecho internacional, en su territorio o bajo su jurisdicción o control. El particular estaría incapacitado para exigirla por sí mismo en el plano internacional. Esto nos conduce, necesariamente, a los supuestos que han merecido la mayor atención por parte de la *doctrina iusinternacionalista*, tratándose, en particular, de aquellos casos en los que la protección aspira a *hacerse efectiva en el ámbito jurisdiccional internacional*, aunque hay que reconocer que no se trata de supuestos habituales, dada la tensión que generan en las relaciones entre los Estados afectados y las dudas razonables respecto a la efectividad de los procedimientos de solución a los que conducen.

Comúnmente, el comportamiento del Estado, ante el que se presenta la reclamación, es calificado, en estos asuntos, por el Estado que la formula *como un hecho internacionalmente ilícito* y, en este orden de cosas, son, en principio, aplicables las normas generales en materia de responsabilidad y, en especial, la norma en virtud de la cual el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito

---

que (quedase) garantizado el derecho de paso inocente de barcos mercantes de terceros países», *ibíd.*, 1987, p. 373.

(185) *Ibíd.*

(186) Tan clara es la identificación entre los intereses del Estado y los intereses de los particulares que basta proceder a la lectura del *fax*, enviado por el Cónsul General de España en Montpellier el 19 de junio de 1987, para apreciarlo. En él se decía textualmente: «Autoridades francesas han tomado medidas que, en comparación con previos casos similares, pueden considerarse excepcionales. Las órdenes cursadas a la Fuerzas del orden me consta son de gran firmeza para *salvaguardar nuestros intereses* ante manifestaciones y asambleas de agricultores franceses».

queda obligado a reparar el daño causado. Pero no se trata, ahora, de profundizar en los contenidos, formas y grados de la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos en estos casos, ni tan siquiera de examinar lo que F. Mariño Menéndez denomina, «las conductas exigibles al autor de un hecho ilícito», entre las que, sin duda, se encuentra «Esa obligación genérica de reparación (que) constituye el núcleo central de las nuevas relaciones jurídicas surgidas tras la atribución a un Estado del hecho ilícito» (187). Me limitaré, simplemente y al hilo de los asuntos más relevantes de la práctica española constitucional, a verter dos consideraciones en esta materia, sobre la base de que, por ahora, ninguno de estos asuntos, ha llevado al Estado español ante órgano jurisdiccional alguno:

En primer lugar, la presentación de la reclamación, como dijimos, nos sitúa en el plano estrictamente internacional, configura jurídicamente la existencia de una controversia internacional, y abre la puerta del recinto en el que habitan los procedimientos de solución pacífica. Más allá de ello, lo único que cabe decir es que el mecanismo concreto a utilizar para resolver el caso, varía en cada asunto en función de la aplicación del *principio de libre elección de los medios*, aunque, como señalamos anteriormente, *el estadio final de la labor de protección, en estos casos, podría ser el ámbito jurisdiccional*. En estos términos, por ejemplo, ha razonado el Ministerio español de Asuntos Exteriores en el «asunto Claudia Continente», en el sentido de que si las autoridades suizas persistían en su posición, surgiría una controversia internacional entre España y Suiza que, a primera vista, debería solventarse en el marco del Tratado General de Conciliación y Arreglo judicial, celebrado entre ambos Estados, el 20 de abril de 1926, y en el que se prevé: primero, una fase de negociaciones, segundo, un procedimiento de conciliación, en el supuesto del fracaso de las negociaciones, y finalmente, si no hay acuerdo, el arbitraje o el planteamiento del asunto ante el Tribunal Internacional de Justicia.

En segundo lugar, va a ser frecuente que, a través de la reclamación formal, se busque el reconocimiento o la declaración de la ilicitud del comportamiento del Estado ante el que se presenta. Esta consecuencia se deriva, necesariamente, cuando la reclamación se fundamenta en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, pero no nos debe extrañar que una petición de esta naturaleza no se contenga explícitamente en la reclamación. En todo caso, estas reclamaciones están orientadas, normalmente, a obtener una *reparación por los daños causados*. Reparación que puede ser bien por equivalencia o bien *la restitutio in integrum*.

En el «asunto J. Antonio Rodríguez», el Estado español reclamó a los Estados Unidos la cantidad de un millón de dólares *en concepto de indemnización* por los daños causados, incluyéndose en el Memorándum que acompañaba a la nota de reclamación las razones de esta exigencia y los motivos, siempre varia-

---

(187) F. MARIÑO MENÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 292 y 293; y I. BROWNLIE, *System of the law of Nations. State responsibility*, Part. I. Oxford, 1983, pp. 199 ss. Un tema de mucho interés en este ámbito es el que ha sido analizado profundamente por A. G. CHUECA SANCHO, «Contratos entre Estados y empresas extranjeras y Derecho Internacional Público», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria/Gasteiz*, 1989, p. 311 ss.

dos, de exigir en concreto esa cantidad. En efecto, «procede reparación del perjuicio causado. Y al no ser posible en este caso la *restitutio in integrum* o reparación por naturaleza, es pertinente una reparación por equivalencia o indemnización en dinero. Teniendo en cuenta la edad y circunstancias personales y profesionales del Sr. Rodríguez, la cantidad que se estima razonable asciende a un millón de dolares USA». Por su parte, en el «asunto Mario Turégano», el ejercicio de la protección se aproximó más a la reparación por naturaleza, al señalarse en la Nota Verbal, de 5 de abril de 1990, que se exigía «la subsanación de los efectos procesales indicados con vistas a la puesta en libertad inmediata de D. Mario Turégano».

En conclusión, cabe decir: que está abierto el ámbito jurisdiccional para hacer efectiva la protección; que sólo cabe acudir a órganos jurisdiccionales en casos de ejercicio formal de la «protección diplomática por reclamación»; y que, en principio, rigen al efecto las normas generales tanto en materia de responsabilidad internacional como por lo que respecta a la solución pacífica de controversias.

## 2. Las negociaciones diplomáticas conducentes a acuerdos de protección

Hemos dicho que una de las modalidades en el ejercicio de la protección diplomática, consiste en que los Estados interesados inician negociaciones con el fin de llegar a acuerdos que satisfagan las pretensiones de los particulares. El comienzo de estas negociaciones puede tener lugar, bien por una reclamación formal presentada por un Estado ante otro Estado; o bien debido a la situación en que, preferentemente los nacionales de uno de ellos, se encuentran en el territorio del otro Estado; o cuando su situación jurídica se haya visto afectada por medidas adoptadas por éstos. Nos interesa destacar ahora estos últimos supuestos, ya que en los primeros se trata, simplemente, de que los Estados en cuestión optaron por la negociación como medio idóneo para resolver una controversia, mientras que los segundos poseen, como veremos, características peculiares. Nos referimos aquí, fundamentalmente, a supuestos típicos de protección que tienen su origen bien en las *medidas de nacionalización o expropiación*, adoptadas por un Estado, y que afectan a los bienes y propiedades de particulares extranjeros o bien referidas *al trato que los nacionales de un Estado reciben en el territorio de otro Estado* y que, a juicio del primero, no se correspondería con las exigencias inscritas en los valores imperantes en éste. Ello ha dado lugar, respectivamente, a los denominados *acuerdos de compensación global* y a los *acuerdos sobre traslado de personas condenadas*:

i) Como se sabe, ha sido a partir de la Segunda Guerra Mundial, y al hilo sobre todo del establecimiento de regímenes socialistas y del proceso descolonizador, cuando se ha ido configurando una práctica internacional en virtud de la cual las consecuencias de la adopción de medidas de nacionalización o expropiación, *pueden* resolverse a través de los denominados «lump sum

agreements» (188) o, en palabras de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, «los acuerdos globales de indemnización vienen a ser ya el instrumento mediante el cual se concreta en nuestra época el ejercicio de la protección diplomática a favor de los nacionales de un país, cuyos bienes, derechos o intereses patrimoniales se ven afectados por una operación nacionalizadora de conjunto llevada a cabo por otro Estado» (189). Se trata de acuerdos a los que se llega en contextos bien delimitados y que se han considerado como una manifestación específica de la protección diplomática. Como señaló recientemente el Consejo de Estado, «debe tenerse en cuenta que el sentido global de la actuación española en la negociación es el de *una intervención diplomática del Estado en defensa de las propiedades de españoles en el extranjero*, con el carácter propio de toda actuación de protección diplomática, en cuanto al contenido y forma de la misma, y llevada a cabo mediante la negociación de lo que la doctrina internacionalista ha venido a denominar —lump sum agreements—» (190).

Por su parte, *los acuerdos sobre traslado de personas condenadas* son la representación de la actuación diplomática más sobresaliente de los Estados en lo referente a la defensa de los derechos e intereses de sus nacionales detenidos por las autoridades de otros Estados y condenados a penas privativas de libertad en las cárceles de éstos. Como se decía en el Congreso de los Diputados, es verdad que «el derecho de todo Estado a aplicar en su territorio la legislación vigente en el mismo no tiene por qué colisionar con el interés que otro Estado ha de observar en los casos en los que la aplicación de la ley recaiga sobre un nacional propio residente o transeúnte en el área de soberanía del Estado que hace valer sobre dicho individuo su ordenamiento jurídico» (191). Por esta razón, la celebración de acuerdos de esta naturaleza se inscribe en la línea de que «no debe interpretarse como interferencia el deseo de que nuestro país lleve a cabo una política de información permanente sobre las circunstancias y estado de aquellos españoles que puedan hallarse en situación de cumplimiento de condena en países extranjeros» (192), siendo, en definitiva, la manifestación última del ejercicio de la protección en estos casos.

ii) Está claro que el particular perjudicado puede ser compensado o recibir un trato más ventajoso si el Estado cuya nacionalidad ostenta ejerce la protección diplomática en su favor, mediante la celebración de estos acuerdos internacionales. Pero hemos de resolver, ante todo, la cuestión relativa a si se plantea formalmente, en estos casos, entre los Estados interesados una controversia internacional.

---

(188) El trabajo más relevante en esta materia es *el ya citado* de R. B. LILICH y B. H. WESTON. Véase, también, C. WARBICK, *loc. cit.*, pp. 1.010-1.012 y C. M. DÍAZ BARRADO y C. R. FERNÁNDEZ LIESA, *Indemnizaciones a españoles privados de sus bienes en el extranjero*, Madrid, 1993.

(189) *Escrito de 13 de junio de 1979.*

(190) *Dictamen de 13 de junio de 1991.*

(191) *O.I.D.*, 1984, p. 333.

(192) *Ibid.*

Por lo que se refiere a los *acuerdos de compensación global* sería erróneo, según G. Feuer, «pensar que, en la práctica, las nacionalizaciones emprendidas por los países del tercer mundo dan lugar sistemáticamente a controversias. Por el contrario, en la mayoría de los casos, las partes deciden encontrar una solución negociada, incluso aunque al principio hubiesen adoptado posiciones intransigentes» (193). A mi juicio, tal posición es, cuando menos, discutible, ya que podría sostenerse también que los *acuerdos de compensación global* resuelven, ciertamente, una controversia entre los Estados implicados, a través de uno de los procedimientos típicos de solución de éstas: *la negociación*. Ahora bien, lo único que sucede es que, en estos casos, la negociación se emprende sin necesidad de que exista una reclamación formal formulada por el Estado «protector». Más aún, los Estados, como dijimos, eluden aquí cualquier tipo de referencia a la responsabilidad internacional. Por ello, me parecen más apropiadas las expresiones utilizadas por D. Carreau cuando al referirse a los acuerdos de indemnización señala que «es más por razones de oportunidad que por razones de legalidad, que las *partes en la controversia* deciden recurrir a un procedimiento de solución política y no a un procedimiento de solución jurídica. Pero es preciso señalar que la elección de uno u otro procedimiento *no altera en nada la naturaleza de la controversia*» (194).

Por lo que respecta a los *acuerdos sobre traslado de personas condenadas*, aquí sí que está claro que la protección no se incardina en el contexto de una eventual controversia internacional, sino en el marco de *la cooperación y la asistencia judicial (jurídica) entre Estados*, que presta la cobertura jurídica suficiente para que los nacionales de ambos puedan cumplir las penas que les fueron impuestas por los órganos jurisdiccionales de alguno de ellos, en el territorio y bajo la jurisdicción de aquél cuya nacionalidad ostentan, de tal modo que los particulares pueden así estar sujetos al régimen penitenciario inspirado en las normas jurídicas y en los valores de su propio Estado. Más aún, se les otorga a los particulares la facultad de optar por el régimen penitenciario que, desde su punto de vista, les resulte más beneficioso, bien el del Estado trasladante, bien el del Estado receptor (195).

---

(193) G. FEUER, *Droit International du developement*, París, 1985, p. 228.

(194) D. CARREAU; Th. FLORY y P. JUILLARD, *Manuel de Droit International économique*, París, 3.<sup>a</sup> ed., 1990, p. 710 (cursiva añadida).

(195) Por esto, el artículo 7 del Acuerdo entre España y Tailandia prevé el consentimiento del delincuente a su traslado que debe *prestarle voluntariamente*. Por su parte, el artículo 5, párrafo 3 del acuerdo entre España y Perú *sobre transferencia de personas sentenciadas a penas privativas de libertad y medidas de seguridad privativas de libertad, así como de menores bajo tratamiento especial*, dispone que se necesitará para el traslado el *consentimiento expreso* del sentenciado. Y con extraordinaria claridad se expresa el artículo 3, 1 c del *Convenio europeo sobre traslado de personas condenadas*, en el que se incluye como condición para la transferencia que «El condenado, o su representante, cuando por razón de su edad o de su estado físico-mental uno de los Estados así lo estimare necesario, *deberá consentir* el traslado». Tal es así, que, en ocasiones, los condenados deciden no acogerse a lo dispuesto en estos convenios y, en consecuencia, rechazan ser trasladados a sus países de origen. En esta línea se pronunciaba el Secretario de Estado para la Cooperación Internacional y para Iberoamérica, ante el Se-

iii) Deteniéndonos a examinar los *acuerdos de compensación global*, es verdad que los rasgos esenciales que los definen quizá sean fáciles de reseñar, pero, sin duda, su contenido y, sobre todo, su aplicación suscitan aún interrogantes que no han recibido, a mi juicio, una respuesta definitiva (196). Los *aspectos más sobresalientes* de estos acuerdos, podemos sistematizarlos, en todo caso, de la siguiente manera:

a) El ejercicio de la protección se lleva a cabo a través de *negociaciones* entre dos Estados destinadas a la conclusión de un acuerdo internacional mediante el cual uno de ellos se compromete a abonar al otro *una cantidad*, lo que supone, a la postre, en nuestro caso, *indemnizar o compensar* a los ciudadanos españoles. Ahora bien, cabe la posibilidad de llegar a acuerdos que tengan un contenido diferente: Por un lado, el Estado que dictó las medidas de expropiación o nacionalización podría aceptar que se procediese a la *estimación individual de las reclamaciones* presentadas, de tal manera que, una vez determinada la cantidad a pagar mediante este procedimiento, por una Comisión Mixta, se hiciese llegar a las arcas del Estado «protector», quien se encargaría de su reparto entre los particulares. Así se contemplaba, por ejemplo, en el *acuerdo preliminar sobre reclamaciones relativas a bienes de españoles afectados por disposiciones del Gobierno revolucionario de Cuba*, firmado el 14 de marzo de 1973 y que jamás llegó a publicarse, en virtud de lo establecido en su artículo 7.

No se trataría, en los casos anteriores, de los denominados «lump sum agreements» o *acuerdos de compensación global*, técnica a la que, por otro lado, responden los acuerdos celebrados por España en los casos mencionados, mediante los cuales se fija una *cantidad a tanto alzado*, previsiblemente sobre la base de las reclamaciones habidas, y una vez que se llega al acuerdo, el Estado que decretó las medidas de expropiación o nacionalización, se compromete a entregar la cantidad acordada al Estado «protector», quien procede a su distribución entre los afectados. En cada uno de estos *acuerdos de compensación global* puede haber diferencias de matices, pero en todos ellos queda claro que se trata de la *entrega de una suma global*, con la que se da por zanjado ese capítulo de las relaciones entre los Estados afectados. De esta manera, el artículo 1 del Convenio

---

nado, el 23 de octubre de 1991, al decir que «Debido a que se ha producido —y éste es un juicio de valor— algunos indultos sucesivos en Tailandia, algunos presos españoles han estado remisos, al menos hace dos o tres años, a acogerse a los que dispone el Convenio, porque pensaban que podían obtener la libertad con mayor celeridad» (O.I.D., 1991, p. 644).

(196) A tal efecto, estimo preciso destacar, como hice antes, los supuestos en los que ciudadanos españoles se han visto afectados por medidas de nacionalización o expropiación decretadas por Estados en los que se produjeron cambios importantes de régimen político o en su política económica. Se trata, de las expropiaciones de los bienes de los españoles afincados en *Cuba*, y que comenzaron a partir del triunfo de la Revolución cubana en 1959, de las nacionalizaciones de bienes que afectó a españoles, acordadas por el *Gobierno marroquí* en el verano de 1973, de las nacionalizaciones, acordadas tras la Revolución de 1952, y que perjudicaron a los españoles residentes en *Egipto*, y asimismo de los casos en los que algunos españoles resultaron afectados por las medidas tomadas por la antigua *Yugoslavia*, *Bulgaria* y la *ex-República Democrática alemana*.

entre España y Egipto, dispone que éste se compromete a pagar al Gobierno de España «la cantidad neta de un millón cuatrocientos mil dolares nortamericanos como liquidación final de todas las reclamaciones de ciudadanos españoles contra el Gobierno egipcio», indicándose en el artículo 2, 2 que «la suma global establecida en el artículo 1 ha sido fijada de acuerdo con las leyes egipcias».

b) El Estado «protector» se encargará, por su parte, de la distribución de la cantidad entregada, de acuerdo y conforme a su legislación interna. Extraordinariamente claro es, a estos efectos, el contenido del artículo 4 del Convenio entre España y Cuba en el que se estipula que «la distribución de la cantidad acordada en el artículo 1 será de la exclusiva competencia del Gobierno de España, de acuerdo con los métodos de distribución que éste pueda adoptar y sin responsabilidad alguna por parte de Gobierno de Cuba». Esto hace que surjan ciertas interrogantes que podrían resumirse de la siguiente forma: ¿El desacuerdo de los perjudicados con la cantidad que, a través de los procedimientos internos de distribución, se les asigne, supone que están abiertas las puertas para eventuales recursos? Más aún, ¿sería posible reclamar, por vía de estos recursos, cantidades superiores a las fijadas en el acuerdo?

La primera cuestión ha quedado plenamente resuelta en la práctica española. En efecto, las normas internas que desarrollan el contenido de estos acuerdos de compensación global no podrán incluir disposiciones en la que se prevea la exclusión de recursos, ni tan siquiera en las que se estipule que las peticiones de indemnización sólo serán admisibles y debidamente atendidas cuando los solicitantes renuncien previa y expresamente a la interposición de cualquier tipo de recurso. El tema se planteó, especialmente, en relación con el asunto cubano y debido, sobre todo, a la reflexiones realizadas por el Servicio jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores en razón de la preocupación que le embargaba, claro está por razones obvias, ante la eventual proliferación de recursos en este caso. No obstante, sobre la base de preceptos constitucionales (básicamente el artículo 24) se rechazó tajantemente la posibilidad de impedir la interposición de recursos contra los actos de la Administración Española dirigidos a distribuir las cantidades recibidas en concepto de compensación por daños en sus bienes, sufridos por los españoles en el extranjero.

Por ello, la discusión central gira en torno a la segunda cuestión, resuelta de la siguiente manera: los reclamantes no podrán «discrepar en relación con el *quantum* a distribuir, pero sí con las cuotas individualizadas que se les asignen (...) cuestionando no el —cuanto— sino el —cómo— del reparto» (197). Algo que, por otra parte, no puede esperarse que sea aceptado por los particulares damnificados en razón, sobre todo, a la desproporción, algunas veces existente, entre las cantidades reclamadas y las cantidades entregadas al Estado «protector» por el Estado que decretó las medidas de nacionalización o expropiación.

---

(197) *Dictamen del Consejo de Estado* 53073/JR, de 27 de abril de 1989. *Vid.*, también, *Dictámenes* 55.576; 55. 577; y 55. 578/JR, de 13 de junio de 1991.

c) Aparentemente nos hallamos en presencia de acuerdos que zanján definitivamente todas las discrepancias que podrían entorpecer las relaciones mutuas entre los Estados interesados, y que buscan *un sosegado equilibrio* entre los intereses en presencia. No obstante, estimo que esta técnica de compensación ha alterado sustancialmente las normas internacionales referentes a la reparación que, en su caso, se derive por la adopción de medidas que afecten a los bienes y propiedades de los extranjeros. Como señaló, en 1986, la Asesoría Jurídica Internacional, el Derecho Internacional tradicional «protegía la propiedad de los extranjeros dentro de un Estado aunque no de manera absoluta: la expropiación era posible a condición de no ser discriminatoria o confiscatoria a cambio de una *compensación pronta, suficiente y efectiva*» (198).

Pues bien, *los acuerdos de compensación global* constituyen no sólo una práctica diferente a las normas tradicionales en la materia, sino que marcan una dirección radicalmente contraria a éstas. La razón fundamental quizá sea el papel que ha jugado al respecto lo que, en términos amplios, podríamos denominar *Derecho Internacional del desarrollo* y, en concreto, la afirmación por los Estados en vías de desarrollo de *principios* distintos a los tradicionales. Y es que, en el fondo, no le faltó razón al Consejo de Estado cuando afirmó en su dictamen, de 13 de enero de 1991, que toda negociación tendente a obtener «la indemnización por los perjuicios derivados de expropiaciones decretadas en el marco de un proceso descolonizador *se enfrenta a un clima jurídico internacional desfavorable*» (199).

Sea como fuere, se ha operado un giro notorio en las normas internacionales que regulan esta materia, cuyos elementos definitorios, en la actualidad, son, por un lado, la afirmación rotunda de *la licitud de las nacionalizaciones y expropiaciones colectivas* llevadas a cabo por los Estados, primordialmente por parte de los Estados en vías de desarrollo y, por otro lado, la defensa a ultranza de que basta, y es conforme con el Derecho Internacional, que *la compensación sea apropiada*, habiéndose sostenido que corresponde, además, al Estado que la realiza determinar, de un modo u otro, cuándo ha de ser considerada como tal. Todo ello quedó perfectamente plasmado en el artículo 2, 2 c de la *Carta de derechos y deberes económicos de los Estados* (Resolución A.G. 3281 (XXIV) de 12 de diciembre de 1974) en el que se dice textualmente lo siguiente: «Todo Estado tiene el derecho de (...) «Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar *una compensación apropiada*, teniendo en cuenta *sus leyes y reglamentos aplicables* y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso, en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta *conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales*, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros

---

(198) Véanse: R. LILICH y B. WESTON, Cap. V: Compensation under lump sum agreements, *op. cit.*, pp. 207 ss.; y M. M. WHITEMAN, *Digest of International Law*, Washington, 1967, vol. 8, pp. 1.143 ss.

(199) *Dictamen cit.*

medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios» (200).

d) Pese a todo, estos acuerdos *no pueden*, a mi juicio, *ser calificados de solución ideal a un problema ciertamente delicado*. Sus aportaciones básicas consisten en que, a través de ellos, no se produce, por un lado, la absoluta indefensión del particular, cuyos bienes fueron expropiados o nacionalizados, puesto que el Estado «protector» asume su defensa en el plano estrictamente internacional, aunque con ello se remarca, ciertamente, la nota de discrecionalidad; y, por otro lado, como señaló D. Carreau, es innegable que esta técnica presenta ciertas ventajas, tales como que aporta soluciones a problemas complejos y hace *tabla rasa* de un pasado que podría entorpecer las relaciones entre los Estados (201).

Estas ventajas, empero, no lo son tanto, si tenemos en cuenta que se trata más de una «solución a la desesperada» que el resultado de la aplicación de normas sobre la base de la equidad. Sin ningún recato, pues no hacía falta, así lo reconocía correctamente la Asesoría Jurídica Internacional, en 1990, en relación con el *asunto marroquí*, al indicar que el Estado español tenía dos opciones «conformarse con indemnizaciones menores o no celebrar acuerdo alguno», indicándose, además, que todos los acuerdos de indemnización global producían el mismo resultado, es decir, sería inviable conseguir compensaciones que cubriesen el valor total de los bienes expropiados. Por lo tanto, existen, por lo menos, tres graves inconvenientes que se reflejan en la celebración y aplicación de estos *acuerdos de compensación global*:

El primero es que parece difícil sostener, como lo hizo D. Carreau, que la solución a través de estos acuerdos se encuentre rápida y discretamente cuando, por lo menos en la práctica española, han sido el resultado de un largo proceso negociador o se ha llegado a ellos tras el transcurso de un dilatado período de tiempo. El supuesto típico de lo primero es, sin duda, el «asunto cubano» en el que las medidas que afectaron a los españoles tuvieron lugar a partir de 1959 y la solución, yo no diría definitiva, tuvo lugar en 1986 con la firma del *Convenio y Acta Aneja sobre indemnización por los bienes de españoles afectados por las leyes, disposiciones y medidas dictadas por el Gobierno de la República de Cuba*, de 16 de noviembre. De lo segundo, un claro ejemplo lo tenemos en el «asunto búlgaro», en el que los hechos ocurrieron en 1947 y las negociaciones formales no comenzaron hasta 1977, es decir, hasta la reanudación de relaciones diplomáticas entre Bulgaria y España. Mejor suerte, pero sin exagerar, tuvieron

---

(200) Estando así las cosas, por qué ha de extrañar, entonces, que el artículo 2 del acuerdo entre España y Egipto proclame su plena conformidad con el Derecho Internacional, al señalar que «El Gobierno egipcio declara que, habida cuenta del respeto permanente de Egipto hacia sus obligaciones según el Derecho Internacional, y a la vista de lo establecido en acuerdos similares anteriormente concluidos por el Gobierno egipcio (...)». También, Resolución 3171 (XXVIII) de la A.G., de 17 de diciembre de 1973. (Soberanía permanente sobre los recursos naturales). No se trata, en todo caso, de mantener una posición, sino de exponer determinadas tendencias.

(201) D. CARREAU, *op. cit.*, p. 711.

los «asuntos marroquí y egipcio». En el primer caso, España entró en negociaciones, y los servicios de diversos ministerios comenzaron a trabajar desde que ocurrieron los hechos en el verano de 1973, pero el *Convenio entre España y el Reino de Marruecos sobre indemnizaciones de las tierras recuperadas por el Estado marroquí en el marco del Dahir de 2 de marzo de 1973*, firmado el 8 de noviembre de 1979, no entró en vigor hasta el 12 de septiembre de 1985, debido a que Marruecos no procedió, hasta entonces, al canje de instrumentos de ratificación. En el segundo caso, la Revolución egipcia tuvo lugar en 1952 y las negociaciones comenzaron de verás en 1980, llegándose al acuerdo en 1982. En suma, se trata de procesos de negociación normalmente largos o, como señaló el Gobierno español, refiriéndose al asunto marroquí que, precisamente, ha sido uno de los más cortos: «Estas negociaciones, que resultaron muy difíciles y complejas, duraron seis años» (202), firmándose el Convenio en 1979, publicándose el instrumento de ratificación, por parte española, en 1985, y, siendo en noviembre de este año, cuando el Banco Nacional de Marruecos transfirió al Banco Nacional de España, la cantidad de 145.475.706 pesetas. Y esto, claro está, por no hablar más de los asuntos cubano, búlgaro, «yugoslavo» o alemán que se comentan por sí solos.

El segundo, es que estos acuerdos resultan, con frecuencia, *insatisfactorios tanto para los particulares afectados como, incluso, para el Estado «protector»*. Con ellos se agota la vía diplomática, de tal modo que los particulares, en el caso de no quedar satisfechos, no podrían obtener plena satisfacción a sus pretensiones, utilizando de nuevo esta vía. En términos muy claros, se expresan, como dijimos, todos los acuerdos celebrados por España, en los que queda clara la renuncia del Gobierno español a ejercer cualquier nueva acción diplomática en favor de los particulares. Y así lo destacaba el Consejo de Estado en su dictamen, de 27 de abril de 1989, referente al *asunto cubano*, al decir que «mediante el Convenio se zanja definitivamente el problema de las reclamaciones que están en la base de la acción diplomática, de modo que no serán posible en este plano —el de la protección diplomática— nuevas reclamaciones» (203).

Más aún, aunque se les deja a los particulares formalmente abierta la vía de otras instancias, ello puede no conducir, realmente, a ninguna parte. El Consejo de Ministros, en su acuerdo, de 27 de septiembre de 1991, y en relación con el *asunto marroquí* señaló que «dentro del pragmatismo de la teoría del mal menor, el Gobierno ha podido paliar, todo lo limitadamente que se quiera, pero paliar, en definitiva, las consecuencias de una privación de propiedad que no parece aventurado afirmar que, de no haberse producido su mediación, se habría consumado sin que los perjudicados hubieran obtenido la menor indemnización. Y lo ha hecho sin cerrarles la posibilidad de que planteen sus eventuales reivindicaciones ante otras instancias» (204), a lo que los perjudicados respondieron, con

---

(202) R.E.D.I., 1989, p. 567.

(203) *Dictamen cit.*

(204) *Dictamen del Consejo de Estado de 1991 cit.*

razón, que era imposible acudir a tales vías o, al menos, que les gustaría conocer cuáles eran las mismas. De hecho, sólo aceptando, lo que es mucho aceptar, que, al recibir la cantidad global, el Estado protector se subroga en la posición del Estado que nacionalizó o expropió, sería posible dar sentido a esta posición del Gobierno.

Asimismo, en tercer lugar, el final de todo el proceso de celebración de estos acuerdos pone de relieve, como antes apuntábamos, la *escasa relación existente entre las reclamaciones de los particulares y la compensación ofrecida*, e incluso, estos acuerdos podrían marcar diferencias de trato entre los ciudadanos de un mismo Estado. Respecto a lo primero, lo reconocía, como no podía ser menos, el propio Consejo de Estado, en su dictamen de 13 de junio de 1991, al indicar que «En estas situaciones es un realidad conocida y repetida —y bien acreditada en la práctica internacional más reciente— que las nacionalizaciones realizadas determinan conversaciones diplomáticas entre el Estado expropiante y el Estado de los nacionales afectados, alcanzándose, como resultado, una cantidad alzada de indemnización, otorgada de Estado a Estado, *sin que llegue a preservarse de modo estricto y riguroso el valor real de lo nacionalizado*» (205). En relación con lo segundo, está claro que los perjudicados por las expropiaciones marroquíes se sintieron agraviados por el comportamiento del Estado español en función de que, según su punto de vista, recibieron un trato diferente y menos ventajoso, que el que se otorgó a los españoles cuyos bienes fueron expropiados por las autoridades egipcias.

Sea como fuere, la verdad es que, mientras en *el caso egipcio* se aceptó que la exoneración de la responsabilidad del Gobierno egipcio podría generar obligaciones financieras para la Hacienda Pública española, razón por la cual se requirió para la manifestación del consentimiento del Estado español en obligarse por el tratado la previa autorización de las Cortes Generales; en *el asunto marroquí*, por el contrario, no se aceptó tal posibilidad. En efecto, en su dictamen sobre el caso egipcio, el Consejo de Estado afirmó que «del acuerdo podrían surgir otras obligaciones para la Hacienda Pública, derivadas de eventuales reclamaciones de ciudadanos españoles no cubiertas por la cantidad que ofrece el Gobierno egipcio», al quedar éste «liberado de toda responsabilidad en virtud del acuerdo, el deber de reparación recaería sobre la Administración española, por no poder alcanzar dicha reparación los damnificados por otra vía» (206). Sin embargo, en el asunto marroquí (aunque la discusión girase principalmente en torno al carácter político o no del acuerdo) este mismo órgano sostuvo que «debe tenerse en cuenta que la práctica internacional sobre ratificación de este tipo de Convenios admite

---

(205) *Ibíd.*, p. 21. Ya lo había señalado, por otra parte, con extraordinaria claridad en su dictamen, de 30 de octubre de 1980, al decir que «la práctica internacional admite que el importe fijado en cada caso como indemnización global sea solamente una fracción, incluso modesta, del valor del mercado que habrían tenido los bienes expropiados en la época inmediatamente anterior a su nacionalización, lo que ocurre también en el caso presente».

(206) *Dictamen del Consejo de Estado*, expediente n.º 44.567.

que para los Estados que ejercitan la protección diplomática de sus súbditos se trata de acuerdos simplemente ejecutivos, ya que aún mediando un criterio político en la aceptación de la cifra de indemnización, el contenido interno de este tipo de acuerdo no establece obligaciones internacionales de carácter político para el Estado protector de los intereses privados de sus súbditos», por lo que era «insostenible la pretensión de los reclamantes de que dicho Convenio constituía la causa directa e inmediata de los daños sufridos» (207).

### 3. La aplicación del ordenamiento interno del Estado en el que se halla o reside el particular

La satisfacción a las pretensiones del particular podría tener lugar sin que los órganos del Estado eventualmente «protector» interviniesen, en modo alguno, en su favor, en cuyo caso se trataría de la mera aplicación del ordenamiento interno del Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción sucedieron los hechos que generaron los perjuicios o daños, lo que haría que no se diesen los presupuestos básicos de la acción exterior del Estado que estamos analizando, ni que se plantearan, por supuesto, problemas de responsabilidad internacional. Pero es posible, sin embargo, que el resultado sea éste, gracias a la intervención de los órganos del Estado «protector» en favor de sus nacionales, en el ámbito del derecho interno del otro Estado. En síntesis, el particular lesionado podrá encontrar satisfacción a sus pretensiones durante el proceso que conduce al agotamiento de los recursos internos del Estado «responsable» y, en tales casos, caben dos posibilidades:

Por un lado, que se respeten plenamente los derechos del extranjero ya que éste, sin ser objeto de discriminación alguna en razón de su nacionalidad, tenga a su disposición todos los procedimientos legales y procesales del ordenamiento interno del Estado «responsable» que le garantizan una tutela judicial efectiva (208). Por otro lado, la reparación, compensación o indemnización que, en su caso, reciba el particular podría ser consecuencia de la aplicación de normas internas del Estado «responsable» pero que, no obstante, el particular haya contado bien con la asistencia consular del Estado cuya nacionalidad ostenta (lo que no deja de ser una práctica habitual), o bien, incluso, que sea beneficiario de una destacada y definitiva intervención de los órganos del Estado protector (usualmente de los órganos diplomáticos y consulares) en su favor ante las autoridades del Estado «responsable».

En verdad, lo que el Derecho Internacional pretende, como regla general, es que los posibles perjuicios o daños que sufran los extranjeros, se subsanen, si es posible, en el ámbito del ordenamiento interno del Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción tuvo lugar la comisión del hecho que los generó. De aquí,

(207) *Dictamen del Consejo de Estado*, de 30 de octubre de 1980.

(208) No olvidemos, sin embargo, que el Estado «responsable» cumpliría plenamente de este modo la exigencia del Derecho Internacional de establecer procedimientos, fórmulas o mecanismos que permitan al particular lesionado presentar sus reclamaciones.

la conocida *exigencia del agotamiento de los recursos internos*, de la que se ha ocupado reiteradamente la *doctrina iusinternacionalista* (209).

Pocas novedades aporta la *práctica española* respecto al agotamiento de los recursos internos como requisito ineludible para el ejercicio de la protección diplomática. Numerosas veces se ha afirmado esta condición, remarcándose, incluso, por si hiciera falta, que se trata de un principio de derecho internacional general, de tal modo que sería inadmisibles plantear la protección si, previamente, el particular lesionado no hubiera agotado las vías internas del Estado frente al que se ejerce (210). Merece la pena, no obstante, señalar *ciertas precisiones* en relación con el cumplimiento y la consideración de este requisito por parte del Estado español:

a) Agotar los recursos internos cumple, entre otras, la finalidad de impedir que un gran número de asuntos sean objeto de tratamiento en el ámbito de las relaciones internacionales, ya que si la reparación del daño causado se produce mediante la acción de la justicia interna, se evita que los Estados tengan que situarse ulteriormente frente a frente, reforzándose así la consideración de la soberanía estatal. Por esta razón, en los supuestos de «protección por reclamación», las autoridades españolas proceden a un *concienzudo examen* del asunto con el fin de cerciorarse de la inexistencia de cualquier recurso interno, antes de formular la reclamación. Mientras en los «asuntos Claudia Continente y Condomines» resultaba patente el cumplimiento de este requisito, la posición de las autoridades norteamericanas en el «asunto J. Antonio Rodríguez» fue determinante de la actitud española relativa a que no cabían ulteriores recursos a los ya planteados por los familiares del ciudadano español. Como se dijo, antes de presentar la reclamación, «una eventual nota diplomática de reclamación formal *exigiría la demostración* de que se habían agotado las vías judiciales internas por los familiares del fallecido» (211).

b) Los órganos del Estado español no son ajenos, en muchos casos, al proceso que se desarrolla en el ámbito interno del Estado «responsable» y colabo-

---

(209) Sobre este requisito, en particular: A. A. CANÇADO TRINDADE, *The application of the rule of exhaustion of local remedies in International Law*, Cambridge, 1983; J. CHAPPEZ, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, París, 1972; A. MIAJA DE LA MUELA, El agotamiento de los recursos internos como supuesto de las reclamaciones internacionales, *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, 1963, pp. 7-58; E. RUILOBA SANTANA, *El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo*, Valencia, 1978 y La oponibilidad de la excepción del agotamiento de los recursos internos en el arreglo arbitral de las diferencias internacionales, *R.E.D.I.*, 1969, pp. 465-484.

(210) Con ocasión de los daños sufridos por los españoles en sus bienes, como consecuencia de la invasión norteamericana de Panamá, en 1989, el Gobierno español afirmó que «En cuanto a la reclamación propiamente dicha por estos daños, no hay posibilidad de que nuestro Gobierno realice acción alguna formal si antes no se han agotado las vías judiciales internas por los propios interesados», *O.I.D.*, 1990, p. 761.

(211) *B.O.C.G.* Senado, 20 de marzo de 1990. «En cuanto a la reclamación propiamente dicha por estos daños, no hay posibilidad de que el Gobierno realice acción alguna formal si antes no se han agotado las vías judiciales internas por los propios interesados», *ibíd.*

ran, una vez en el clima de la «diplomacia amable» y otras de la «presión encubierta», con los órganos de aquél, para que el asunto encuentre solución en dicho ámbito. Se trata, simplemente, de constatar que las autoridades españolas actúan como, valga la expresión, «órganos de oficio» cuyas funciones son hacer posible que se clarifiquen los hechos e impulsar la acción de la *justicia extranjera* (muchas veces, digámoslo sin reparos, por las sospechas que pesan sobre el buen funcionamiento de los tribunales de ciertos Estados) y, todo ello, porque los perjudicados mantienen o mantenían un vínculo con el Estado español. El supuesto más claro quizá sea el «asunto de los jesuitas asesinados en El Salvador». Como se sabe, en el seno de la Comisión (española) de Asuntos Exteriores se aprobó el envío a este Estado de una delegación parlamentaria para que actuara en el proceso «relativo a la masacre que tuvo lugar en la Universidad Católica Centroamericana», cabiendo destacar que, entre las conclusiones del informe elaborado por esta delegación, y hecho público el 18 de diciembre de 1991, se decía que «Este seguimiento del proceso judicial concluido con la presencia de la delegación parlamentaria española en la vista pública —la única delegación parlamentaria presente— ha resultado decisiva —sumada a la presión internacional de otros países— para identificar a los presuntos responsables de la masacre de la UCA, para la propia celebración de la vista pública y para la condena de dos de los inculpados» (212).

En la misma línea, e intentando alejar los fantasmas de la injerencia en los asuntos internos, el Cónsul de España en Guatemala, y en relación con el asunto «M. Magdalena Monteverde» comunicó, en su escrito de 11 de febrero de 1983, al Ministerio español de Asuntos Exteriores que había señalado al Ministro guatemalteco que «el Gobierno español, que no había interferido, en absoluto, en el ordenamiento jurídico guatemalteco, aceptaba el procedimiento que se estaba llevando a cabo en el Tribunal de Fuero Especial y que *únicamente estaba extrajudicial* de que, de acuerdo con la legislación interna, todavía dicho tribunal no se hubiera pronunciado». De la misma manera, se pone de relieve la incidencia de la protección del Estado en el ámbito interno del otro Estado, en el «asunto Rafael Vilar», siendo así que entre el listado de gestiones realizadas en favor de este ciudadano español se contiene la realizada a nivel de *organismos judiciales*, es decir, conversaciones entre el Cónsul de España en Argelia, en dos ocasiones, con el Juez de Instrucción del caso y, en una ocasión, con el Procurador General de la República (213).

---

(212) *Informe*, p. 29. El 25 de marzo de 1985, apareció en los muelles del puerto de Liverpool, el cadáver de la española Concepción Alado, de 19 años de edad, y se detuvo, en relación con los hechos, a un ciudadano británico. Lo importante, ahora, es destacar que, según el Estado español, «Cada Gobierno es responsable de las personas, nacionales o extranjeros, que se encuentran en el territorio sobre el que ejerce su soberanía» y que «las gestiones realizadas por el Consulado en Manchester han consistido fundamentalmente en la colaboración con la policía y autoridades locales y en la comunicación y cooperación con la familia Alado», *O.I.D.*, 1985, pp. 486-487.

(213) *Escrito de la Embajada de España en Argel al M.A.E.*, de 4 de abril de 1987.

Las actuaciones, en estos casos, están destinadas bien a *impedir que el asunto llegue a ser tratado en el ámbito de los órganos jurisdiccionales* del otro Estado, o bien, si ello ha tenido ya lugar, a *obtener las mayores ventajas para el protegido*. En los supuestos de españoles detenidos en Tailandia, se pretende, ante todo, que los detenidos no pasen a engrosar el número de españoles en las cárceles de este Estado y, por esto, «otro compatriota, acusado de entrada ilegal y de poseer documentación falsa fue igualmente expulsado *sin que se celebrara juicio* gracias al buen contacto de nuestra Embajada con los representantes del Ministerio fiscal y con las autoridades de Emigración» (214). En el asunto del «buque congelador Botalán», detenido por Canadá, en 1988, la libertad provisional del ciudadano español José González Arias se obtuvo gracias a que un funcionario diplomático español se desplazó a la ciudad donde se encontraba detenido el ciudadano español «para solicitar (ésta) del fiscal que llevaba la causa» (215).

c) Desde el momento en el que se produce la violación de los derechos del particular y, posiblemente, durante el periodo correspondiente al cumplimiento del requisito del agotamiento de los recursos internos, el Estado, cuya nacionalidad ostenta el particular, actúa en su favor para *impedir que se consuma la lesión*. Este ha sido el caso respecto a algunos ciudadanos españoles que fueron expropiados por las autoridades nicaragüenses durante el decenio de los ochenta, en favor de los cuales se llegó a ejercer específicamente, por parte del Estado español y cuando así lo exigieron las circunstancias, la protección consular. Aquí, además, sobre la base de que la Embajada española en Managua intervenía desde el momento en que tenía conocimiento de los hechos (216), se consolidó la práctica expresada por el Gobierno español en los siguientes términos: «La Representación española en Managua asume decididamente la defensa de *cualquier español* lesionado en sus intereses y las autoridades nicaragüenses responden, como procede, en un clima de cooperación» (217), lo que podría interpretarse como el antecedente, a la luz de los inconvenientes y de la complejidad que se han generado en otros procesos de expropiación de bienes y derechos de los españoles por Estados extranjeros, del futuro comportamiento del Estado español en tales casos.

d) Será trascendental la disposición del Estado, en que reside el extranjero, para asumir las consecuencias de los actos realizados por sus órganos o, incluso, por particulares siempre en el ámbito territorial de las competencias de aquél, lo que se debe bien a su intención de mantener o preservar estrechas relaciones con el Estado cuya nacionalidad poseen los particulares lesionados por tales actos o, al menos, porque ese Estado es consciente de que la inexistencia de mecanismos

---

(214) *O.I.D.*, 1984, p. 336.

(215) *Ibid.*, 1988, p. 551. Asimismo, respecto a la liberación de españoles detenidos en Uruguay, *ibid.*, 1984, p. 336.

(216) *Ibid.*, 1988, p. 519.

(217) *Ibid.*, 1988, p. 505.

a través de los cuales se permita la reclamación de los particulares extranjeros daría lugar, seguramente, a acciones y a la adopción de otras medidas por el Estado «protector» en defensa de sus nacionales, de mayor trascendencia y envergadura en sus relaciones mutuas. Sin pretender agotar la práctica española en este sentido, merece la pena comentar ciertos supuestos, que han conformado una categoría en esta práctica, en los que se han planteado específicamente problemas de reparación o indemnizatorios, es decir, más allá del reconocimiento por el Estado en cuestión de su conducta ilícita. Nos referimos a los célebres casos de *ataques a medios de transportes españoles*, fundamentalmente con productos agrícolas, a su paso por territorio francés, que han supuesto la adopción de medidas particulares por parte de Francia destinadas a agilizar y a hacer efectivo, en el seno del propio ordenamiento francés, el mecanismo indemnizatorio (218).

El ordenamiento interno del Estado «responsable» presta garantías suficientes para que el particular reciba, como compensación del daño sufrido, las indemnizaciones que le correspondan. Ahora bien, los mecanismos existentes en este ordenamiento interno y su utilización presentan ciertas particularidades. En primer lugar, estoy convencido de que *la disponibilidad* del Estado «responsable» para asumir las consecuencias que, en su caso, sean pertinentes, como resultado de actos realizados en su territorio, deriva claramente de una acción exterior del Estado «protector» en favor de sus nacionales. Cuando ocurrieron los hechos señalados, el Estado «protector», en nuestro caso España, envió notas de protesta al Gobierno francés poniéndole de manifiesto su malestar y condenando los actos de agresión a medios de transportes españoles. En particular, el Ministerio de Asuntos Exteriores español hizo llegar al Estado francés su «protesta por la vulneración de las leyes internacionales que estas acciones representan en violación del derecho de libre tránsito de mercancías» (219). Es posible, incluso, que el Estado «responsable» tome públicamente la iniciativa en la condena de los hechos y muestre, de este modo, su disposición a hacerse cargo de las consecuencias de los daños causados. Así lo hizo, al menos, España en el verano de 1984, cuando el Ministerio de Asuntos Exteriores hizo público un comunicado en el que, por un lado, se condenaba «con toda energía unos actos de violencia que, no sólo contradicen todas las normas jurídicas y de convivencia, sino que están destinados a entorpecer las relaciones entre España y otros Estados»; dejándose claro, por otro lado, que «los daños causados con estos atentados (serían) compensados por procedimientos de la máxima urgencia» (220).

El Estado español aceptaba, de alguna forma y sin someter a discusión, que se le atribuyeran los *hechos internacionalmente ilícitos* cometidos por particula-

---

(218) Lo cual, por otra parte, representa también un comportamiento similar al adoptado por el Gobierno español cuando, sobre todo en 1984, tuvieron lugar los supuestos de asalto y quema de camiones extranjeros a su paso por territorio español.

(219) *B.O.C.G.*, 8 de noviembre de 1983.

(220) *R.E.D.I.*, 1986, p. 1.085.

res en su territorio, impidiendo así, por lo tanto, que en el futuro surgiese formalmente una controversia internacional en sentido estricto; reiterando, además, que se encontraba en «condiciones de proteger los intereses extranjeros en España y que lo (haría) con toda decisión» (221). No parece, sin embargo, que un año antes las autoridades francesas tomaran la iniciativa en la asunción de la responsabilidad por los daños sufridos por los medios de transportes españoles en tránsito por territorio galo, cuando además, en esa ocasión existían indicios suficientes para pensar que, en algún que otro caso, los órganos del Estado francés, responsables de garantizar el tránsito regular de los productos españoles, se habían inhibido y no detuvieron los ataques protagonizados por agricultores franceses. En efecto, por lo que se deduce de la información facilitada entonces por el Gobierno español, sólo tras las gestiones realizadas por la Embajada española en París, el Gobierno francés aceptó finalmente las responsabilidades que le incumbían por las agresiones contra los medios de transportes españoles, pudiéndose comprobar además que «la actuación de las Fuerzas de Orden Público francés (estaban) siendo mucho más efectivas, habiéndose producido incluso intervenciones preventivas» (222). El presupuesto básico para que el particular obtenga satisfacción a sus pretensiones será, por lo tanto, la disposición del Estado en el que se halla para entenderlas. A partir de entonces, un camino a recorrer será conducir las reclamaciones de los particulares por la vía del ordenamiento interno del Estado que asumió la responsabilidad.

Aunque el Estado «responsable» ponga en discusión la atribución de los hechos aparentemente internacionalmente ilícitos o atentatorios contra una norma internacional, es posible, sin embargo, que acepte destinar indemnizaciones que llegarán, de un modo u otro, a los particulares, pero éstas no serán consecuencia de la aplicación de normas de su derecho interno o de la apertura de un procedimiento especial en éste, a través del cual los particulares presenten sus reclamaciones. Este fue el caso en la solución de los incidentes hispano-franceses relativos a los pesqueros «Valle Atxondo y Burgoamendi», en los que el Gobierno francés «animado de un *espíritu humanitario* (...) hace entrega al Gobierno español de un suma global a tanto alzado de setenta millones de pesetas» (223). Las diferencias, pues, con los casos anteriores estriban en lo siguiente: a) El Estado «responsable» no reconoce ser calificado como tal. Esta solución, señaló el Gobierno francés, «no podrá ser interpretado como reconocimiento por el Gobierno francés de cualquier responsabilidad en dicho incidente» (224); b) las reclamaciones de los particulares lesionados no se presentarán, en su caso, ante los órganos procesales del Estado «responsable» sino ante las autoridades del Estado «protector», quedando el particular relegado a un segundo plano, ya que las relaciones se mantienen a nivel puramente interestatal.

---

(221) *Ibid.*

(222) *R.E.I.*, 1984, pp. 558 ss.

(223) *O.I.D.*, 1984, p. 415.

(224) *Ibid.*

De todas formas, ha de quedar claro que no siempre el Estado «protector» tendrá éxito en las gestiones realizadas en favor de los particulares y, más aún, es quizá posible que, de antemano, sean inútiles cualesquiera acciones que decida poner en marcha en su favor, antes de la consumación de la lesión, quedando abierta entonces únicamente la vía de la *reclamación inter-estatal*.

#### 4. La aplicación del ordenamiento interno del Estado «protector»

Quizá alguien pudiera sostener la existencia, en el Derecho Internacional general, de una norma en virtud de la cual si el gobierno de un Estado renuncia a presentar o abandona definitivamente una reclamación, como señaló Borchard, por consideraciones exclusivamente políticas, éste otorgará, no obstante, una indemnización al particular lesionado (225). No me atrevería a tanto si antes de afirmar la menor no hubiese constatado la existencia de la mayor, es decir, cómo se puede obligar al Estado a indemnizar a los particulares, deduciendo una responsabilidad interna, por no haber actuado en su favor cuando se afirma, constantemente, que no estaba obligado a ello.

Careciendo, pues, de una norma internacional enunciada en el sentido de que *los particulares* tienen derecho siempre a ser reparados o indemnizados cuando los órganos de un Estado vulneren sus derechos, hay que acudir, una vez más, a los derechos internos con el fin de averiguar si en los mismos se prevén mecanismos al efecto. Por consiguiente, la posibilidad de que el particular lesionado reciba algún tipo de satisfacción, más allá de la obligación del Estado al que pertenece de actuar en su favor, se deduce de la coordinación entre las normas de Derecho internacional que obligan a los Estados a proporcionar a los extranjeros que se encuentra en sus territorios un trato que respete el denominado «estándar mínimo», y las normas del derecho interno del Estado del que dicho extranjero es nacional relativas a impedir su indefensión.

En cualquier caso, la situación en la que quedan los particulares por la inexistencia de una norma internacional que imponga, con claridad, el deber de los Estados de asumir la defensa de sus nacionales en el extranjero y la ausencia, por lo demás, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos internos, de normas precisas que conduzcan a tal fin, ha obligado a subsanar las deficiencias de *este sistema de protección* y a evitar las flagrantes indefensiones que, en tales casos, podrían producirse, mediante la reflexión en torno al reconocimiento al particular, de un modo u otro, del derecho a exigir una reparación o indemnización por los daños que se le inflingen y que directa o indirectamente derivan de la ausencia de tal protección. Pero hemos de subrayar que no existirá en la práctica de los Estados un modo común de actuar, ofreciendo cada ordenamiento interno sus propias soluciones. Por lo que a nosotros respecta, y por razones obvias, nos limitaremos a señalar ciertas consideraciones generales sobre la base

(225) *A.I.D.I.*, p. 448.

de la práctica española y del ordenamiento español en este campo. Así, y con independencia de que, en otro trabajo, hayamos especificado algo más en estas cuestiones, interesa ahora plantear, al menos, tres situaciones básicas (226):

i) Es posible que sea *la propia acción exterior del Estado* la causante directa de que el particular resulte perjudicado en sus intereses y que, en consecuencia, éste reclame a su Estado por esa acción, a través de la vía interna. En tal caso será preciso, también, que el derecho interno del Estado en cuestión esté dotado de mecanismos que permitan al particular presentar y sustanciar su reclamación.

En buena parte, esto ha sucedido en un asunto singularmente significativo. El 11 de agosto de 1990, el Embajador de España en Monrovia, siguiendo instrucciones del Ministerio español de Asuntos Exteriores y dada la situación de guerra civil imperante en Liberia, *decide proceder a la evacuación de la colonia española* y del personal de la Embajada en ese país, utilizando para ello, vehículos de propiedad privada que se hallaban en el recinto de la Embajada. Estos vehículos fueron posteriormente abandonados en el puerto de Buchanan, donde los evacuados fueron recogidos por helicópteros de los Estados Unidos. Como era de esperar, los automóviles abandonados fueron «requisados» por los guerrilleros de una de las facciones liberianas.

En este asunto los elementos parecen claros: Primero, el Embajador español en Monrovia, en el ejercicio de su función protectora, produjo daños en los bienes de ciudadanos españoles o, como lo indicó el Servicio Jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores, «la decisión que causó el daño fue adoptada por el representante del Estado español en Liberia» (227). Segundo, no es difícil atribuir responsabilidad a la Administración española, es decir, «se admite la responsabilidad del Estado, sin perjuicio de que, para que se efectiva, haya de seguirse el procedimiento establecido en la Ley de Expropiación forzosa» (228). Por lo tanto, en este asunto, u otros de similar naturaleza, sería difícil encontrar algo capaz de «desvirtuar el nexo causal entre la decisión del Embajador de tomar posesión de los automóviles y la pérdida de los mismos para sus propietarios en Buchanan, *nexo causal* que por sí sólo genera derecho a indemnizar» (229).

---

(226) C. M. DÍAZ BARRADO y C. R. FERNÁNDEZ LIESA, *op. cit.* En todo caso, sin haber profundizado demasiado en ello, es fácil comprobar los avances que, tanto a nivel legislativo como a nivel jurisprudencial, se vienen produciendo en Estados cuyo régimen político es similar al del Estado español. Así, respecto a la práctica de otros Estados, véanse, junto al trabajo de A. GIARDINA, *Gli indennizzi ai cittadini per danni subiti all'estero. Prassi convenzionali e legislazione italiana, Etudes en l'honneur de R. Ago*, t. III, Milán, 1987, pp. 113-138, otros tales como: R. LILLICH, *International Claims: postwar british practice*, Nueva York, 1967; WESTON; *International claims: postwar French practice*, Nueva York, 1971; R. LILLICH y WESTON, (eds.) *International claims: Contemporary european practice*, Charlottesville, 1982; SEIDL-HOHENVELDERN, *Austrian practice on lump-sum compensation by treaty*, A.J.I.L., 1976, pp. 763 ss.; y TANZI, *La legislazione sugli indennizzi per danni arrecati a cittadini italiani all'estero*, R.D.I., 1983, pp. 102 ss.

(227) *Dictamen del Consejo de Estado*, 864/91/JR, de 10 de octubre de 1991.

(228) *Ibid.*

(229) *Ibid.*

ii) Es posible que el particular lesionado obtenga la indemnización que, en puridad, le debiera corresponder, sobre la base de las reclamaciones que presente ante el Estado «protector» por el no ejercicio o el ejercicio ineficaz en su favor de la acción exterior de dicho Estado, y que se sustancian en el ámbito judicial de éste. Está claro que los despachos de abogados administrativistas desean sacarle todo su jugo, con mayor o menor éxito hasta ahora, a ciertas normas del derecho español, como es el caso del artículo 2 b) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, en el que se afirma que «No corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa: (...) las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son lo que afecten a la defensa del territorio nacional, *relaciones internacionales*, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, *sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes*, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa» (230).

Tal precepto ha sido alegado, junto con otros, en ciertos recursos en lo que se solicitaba la indemnización a españoles por daños sufridos en el extranjero en sus bienes. Y, en estos recursos, sobre la base de algunos pronunciamientos jurisprudenciales (231), *todo se centra en la búsqueda del nexo de causalidad entre el comportamiento de la administración española y el daño que se produjo*, elundiéndose, intencionadamente a mi juicio, todo tipo de valoración sobre la discrecionalidad o no del Estado en el ejercicio de las acciones de protección.

iii) Es posible, no obstante, que en el ámbito del derecho interno del Estado «protector», no se le reconozca al particular derecho alguno a ser indemnizado, sobre la base de que el comportamiento de este Estado nada tuvo que ver con la lesión sufrida. En otros términos, que la ausencia de protección o el carácter de ésta no fue *determinante* de las consecuencias perjudiciales para el particular. En cualquier caso, que quede claro que corresponde al derecho interno del Estado «protector» fijar las condiciones y crear los mecanismos a través de los cuales los particulares lesionales puedan dirigir sus reclamaciones. De no darse tal situación en el derecho interno, la conclusión, aunque lamentable, es clara: los particulares estarían indefensos ante atentados perpetrados por otros Estados contra sus derechos, bienes e intereses.

En suma, la práctica no desmiente que, en algunos casos, los particulares utilizan *vías jurídicas* que les conducen a recibir algún tipo de compensación por

---

(230) Este precepto se debía completar con lo dispuesto en el artículo 40. 1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, que preceptúa que: «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa». *Vid.*, M. P. ANDRÉS, *loc cit.* Ahora con lo previsto en el artículo 139.1 de la LRJAP y PAC.

(231) Recordamos que las sentencias más relevantes en materia de protección diplomática son: Sentencia del T.S de 16 de noviembre de 1974; Sentencia del T.S de 29 de diciembre de 1986; Sentencia del T.S de 6 de febrero de 1987. Véase también: St. de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 1991.

el daño sufrido como consecuencia de la vulneración por los órganos de un Estado de los derechos que le asigna una norma de derecho internacional y de los que, en consecuencia, son titulares. Como hemos tenido oportunidad de comprobar, *la reparación, compensación o indemnización* pueden hacerse efectivas mediante el empleo de muy diferentes vías, aunque hay que subrayar que, para el particular extranjero lesionado en sus derechos, cuando el ordenamiento jurídico del Estado «responsable» no reconozca que se produjo tal lesión y cuando el Estado, cuya nacionalidad ostenta, decide no actuar en su favor o no hacerse cargo de las indemnizaciones que correspondan, el panorama se presenta algo desolador, quedando entonces abierta únicamente la vía del recurso ante los órganos de este último sobre la base de lo dispuesto en su propio ordenamiento; vía, finalmente, que interpretaciones rígidas de las normas internas podrían, asimismo, anegar.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Cuando los ciudadanos de un Estado salen de las fronteras de éste no siempre les acompaña, infortunadamente, *un sistema de protección*, capaz de garantizar el respeto de sus derechos y la defensa de sus intereses, aunque el Derecho Internacional ofrece un medio idóneo para ello: la protección diplomática o, en términos amplios, el conjunto de acciones o gestiones que los órganos del Estado, cuya nacionalidad ostentan los particulares, puedan realizar en su favor. Lo que está claro, es que los particulares que se consideran perjudicados en el extranjero, se dirigen a las autoridades de su propio Estado, solicitándoles su protección. Muy expresiva fue, en este sentido, la carta que la Comunidad de españoles con intereses en Africa (C.E.I.A.) dirigió al Ministro español de Asuntos Exteriores, el 31 de marzo de 1986 en la que se decía que «Este pequeño grupo de colonos españoles que fueron despojados de sus bienes y agredidos en lo que fue la última colonia española en el mundo, súplica a V.E. que les conceda una audiencia para explicarle la situación de este colectivo y *buscar, con su apoyo, una solución a este grave problema que les acucia a ellos y a sus familiares*».

El fenómeno de la protección por los Estados de personas físicas que residen o se hallan en el extranjero se reconduce naturalmente al campo de lo jurídico y, desde esta perspectiva, he de constatar, antes de todo, que la «protección diplomática», entendida en sentido amplio, se ha transformado y continúa en proceso de cambio. Con base en la práctica española, desde el inicio de la reciente época constitucional hasta el verano de 1992, quisiera apuntar, al menos, *algunos de los rasgos y de los cambios que perfilan y configuran* la ya vetusta institución de la protección por los Estados de sus nacionales en el extranjero:

1. En los momentos anteriores a que el Estado decida actuar o no en favor de sus nacionales, no debemos olvidar que intervienen e, incluso, predominan, en ocasiones, consideraciones de *naturaleza esencialmente política*. Sería, por lo tanto, ingenuo, por nuestra parte, hacer abstracción de la influencia que en esa

toma de decisión y en el modo, en su caso, de llevar a cabo las acciones de protección van a tener factores de ésta u otra naturaleza.

En tal sentido será importante, sin duda, el *régimen político imperante en el Estado «protector»*, el cual inspirará, por lo demás, el contenido de su ordenamiento jurídico al respecto. En concreto, los valores presentes en *un Estado con sistema democrático*, y en el que se *reconozcan y garanticen los derechos fundamentales*, harán que la acción exterior en defensa de sus nacionales se conduzca en una línea bien determinada, con independencia de quién ostente el poder político en cada periodo histórico. Una manifestación clara de ello es que, en un sistema así, no quedan excluidos *prima facie* del posible beneficio de la acción de los servicios exteriores del Estado, ninguno de sus ciudadanos. Ello explica, por ejemplo, que fuese en 1990 cuando el Gobierno español adoptase las medidas necesarias para repatriar a familias españolas residentes en Bakú que se habían establecido allí tras finalizar la guerra civil española. En efecto, los sucesos de Arzebaiyán hicieron que esas familias españolas solicitaran su repatriación y que el Ministerio de Asuntos Exteriores procediese a la misma con cargo al presupuesto de dicho Departamento. Piénsese cuál hubiese sido el comportamiento del Estado español si tales acontecimientos hubiesen ocurrido veinte años antes.

Asimismo, será importante *la presión* que los órganos del Estado sientan o reciban por parte de la *opinión pública* o por parte de grupos de presión del mismo. Ello puede observarse, por ejemplo, en los asuntos «Claudia Continente y Juan Antonio Rodríguez» y en los diversos casos en los que han sido objeto de secuestro religiosos españoles. Quizá, también, *motivos humanitarios* podrían conducir al Estado a derrochar mayores esfuerzos por encontrar una solución satisfactoria al caso de que se trate, como quizá sucedió con el mencionado «asunto del Capitán Rosales».

Finalmente, por qué negar que la presión que se ejerza sobre el Estado «responsable», y en consecuencia el nivel de las acciones, será mayor o menor en función del poder político de éste; de los lazos de amistad que se mantengan con él; o, en general, de los intereses políticos que entre ambos existan en un momento determinado. Un ejemplo relevante podría ser el secuestro del sacerdote jesuita español, Carlos Pérez Alonso, que, como se sabe, tuvo lugar en Guatemala, desgraciadamente, en agosto de 1981. Sin disminuir, ni un ápice, la importancia que, a mi juicio, tuvieron las gestiones realizadas por el Gobierno español, en un primer momento, con el fin de descubrir el paradero de este español, nadie podrá negar que la inexistencia de relaciones diplomáticas entre España y Guatemala se dejó sentir negativamente en este caso. Por de pronto, las gestiones tuvieron que realizarse a través de la Embajada de Venezuela en Guatemala, encargada de la defensa de los intereses españoles, y no directamente.

2. Está claro, por lo demás, que todas las acciones y gestiones *están encaminadas exclusivamente a la defensa y protección de personas físicas que se hallan en el extranjero*, por ser éstas destinatarias, tanto de normas de Derecho Internacional como de derecho interno del Estado que las protege. Predomina, en la actualidad, frente a otras consideraciones *la función protectora* que cumplen

las acciones que un Estado realiza en favor de personas físicas que se hallan o residen en el extranjero, hasta el punto de que se *identifican sobremano* los intereses del Estado y los intereses de los particulares. De ahí que el Estado «protector» asuma un papel más activo, que en el pasado, a la hora tanto de *recomendar e indicar* a sus nacionales que lleven a cabo una determinada conducta que no les «coloque» en situaciones de peligro, como a la hora de exigir, a otros Estados, ciertos comportamientos respecto a los particulares que ostentan la nacionalidad del primero.

Todo ello en el siguiente contexto: Por un lado, es patente la existencia de *nuevas formas y manifestaciones* en el ejercicio de acciones de protección. Así, existe una clara tendencia a profundizar en el desarrollo de las *acciones y gestiones de naturaleza diplomática y consular*, eludiendo, en la medida de lo posible, el ejercicio formal de la protección diplomática; se les presta, cada vez mayor atención, a las *medidas de carácter preventivo*, tanto porque resultan, a la postre, extraordinariamente eficaces, como porque evitan eventuales controversias internacionales; y, en nuestro caso, además, se ha hecho real que los españoles en el extranjero podrán beneficiarse, no sólo de las acciones llevadas a cabo por el Estado español, sino también por las realizadas en el marco del *sistema de cooperación política europea*. Por otro lado, *la defensa de derechos humanos básicos*, continúa afrontándose mediante el empleo de la técnica de la protección diplomática o, en su caso, mediante acciones y gestiones diplomáticas y consulares que garantizan el disfrute, por los particulares, de esos derechos. En otros términos, estas acciones de protección siguen siendo especialmente útiles para asegurar la defensa de esos derechos, de lo que se deducen importantes consecuencias jurídicas.

3. *El grado de protección* que cada Estado está obligado a dar a sus nacionales en el extranjero varía tanto en función de las normas internacionales convencionales que haya aceptado, como en razón del contenido de las prescripciones de su derecho interno en este sentido. De aquí que no sólo los procedimientos empleados y las formas de manifestación de dicha protección serán distintos por lo que se refiere a cada Estado, sino que, incluso, el grado de la obligación asumida difiere de Estado a Estado. El propio Consejo de Estado se hizo eco de los valores que podrían inspirar la actuación de un Estado en cuanto tal, por eso en el asunto «Claudia Continente» intentó superar posiciones timoratas sobre la base de que «*Tal espíritu protector* es, además, tradición legislativa española, precisamente en situaciones similares a la que se contempla» (232).

Podemos, así, resumir la cuestión mediante tres afirmaciones: Primera, la norma internacional que atribuye a los Estados la facultad de actuar en favor de sus nacionales en el extranjero *se desarrolla y complementa* también mediante normas del derecho interno del Estado «protector». Al menos, el modo en el que se formula aquélla, *favorece e incita* a que sean los ordenamientos internos los

---

(232) *Recopilación de doctrina legal*, 1990, p. 806.

encargados de precisar hasta dónde están dispuestos a llegar los Estados, cuando se trata de la protección de sus nacionales en el extranjero. Parece preciso y aconsejable, en este sentido, que se dé la solicitud de protección, por parte de los particulares, si se quiere contar, a la postre, con la ayuda del Estado. Tal solicitud reviste, al menos en la práctica española, *diversas formas* y no es extraño que, en muchas ocasiones, la iniciativa en las acciones de protección parta de los propios órganos del Estado español. Segunda, con independencia de que en el ordenamiento interno se contemple o no *de manera precisa* la obligación de protección, está claro que los nacionales de un Estado que hayan resultado perjudicados en sus derechos o intereses en el ámbito de la jurisdicción de otros Estados y que no reciban satisfacción a sus pretensiones en el marco del mismo, tendrán siempre, y en última instancia, *como punto de referencia a su propio Estado*, en orden a extraer las debidas consecuencias jurídicas derivadas por los hechos que produjeron el perjuicio. El Estado «protector», a través de su ordenamiento interno, deberá entonces pronunciarse respecto a si brinda o no protección a sus nacionales en el extranjero, ya que será usual que éstos decidan, agotadas todas las vías posibles, acudir a él. Tercera, los fundamentos del ordenamiento jurídico español impiden que los españoles que residen o se hallan en extranjero, eso sí a través de los métodos y los cauces generalmente reconocidos en el Derecho Internacional, se vean privados de la protección del Estado español cuando resultan afectados, al menos sus derechos fundamentales. En términos más precisos, y es verdad que en otro contexto, lo ha dicho mejor que yo, F. Mariño Menéndez, para quien «La protección de los derechos humanos y libertades fundamentales del hombre, en efecto, no solamente interesa por su naturaleza a toda la Comunidad Internacional, sino que los Estados que constitucionalmente la establecen lo hacen asimismo con proyección potencialmente universal, por lo que su orden público constitucional se proyecta también respecto a actos de terceros Estados, contrarios a aquéllos» (233).

Por lo tanto, la discrecionalidad se revela y manifiesta, sobre todo, en los modos y medios utilizados para ejercer las acciones de protección más que en el hecho de ejercerlas o no, pues resulta lógico y conveniente que el Estado, a través de los órganos creados para ello, elija el camino más adecuado para lograr resultados positivos. Pero, y esto es lo importante, la elección discrecional del medio y el nivel a alcanzar en las gestiones, *están básicamente destinados u orientados a restablecer o mantener los derechos de los particulares*, y no tanto los intereses generales del Estado.

4. Aunque no es posible sostener la existencia de una norma de derecho internacional general que establezca que los particulares están facultados, en todo caso, para reclamar ante los órganos del Estado, cuya nacionalidad ostentan, que

---

(233) F. MARIÑO MENÉNDEZ, Doctrina del Tribunal Constitucional en materia de extradición: La sentencia en el asunto Korkala, *De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho, (Dr. L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER), Zaragoza, 1985, p. 459.

se les indemnice o compense por los daños sufridos en sus personas o bienes, como consecuencia de la acción de otro Estado, sí cabe a la luz de la práctica internacional y española, y del ordenamiento interno español, que las indemnizaciones y compensaciones se produzcan. Primero, todo Estado está obligado a poner a disposición de los particulares extranjeros *recursos idóneos* que les permitan reclamar la defensa y protección de sus derechos e intereses. Segundo, *la acción exterior del Estado en favor de particulares*, cuya nacionalidad ostentan, puede, por sí sola, satisfacer la pretensión de éstos. Tercero, los españoles pueden utilizar los recursos previstos en el ordenamiento español, teniendo probablemente éxito en sus peticiones cuando en el perjuicio que se les causó fue *determinante el comportamiento* de alguno de los órganos del Estado, pudiéndose encuadrar en tal concepto: *la inexistencia de protección o la protección ineficaz*.

