

ESTUDIOS SOBRE ESPAÑA Y EL DERECHO INTERNACIONAL/ *STUDIES ON SPAIN AND INTERNATIONAL LAW*

LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO ESPAÑOL EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

María Amparo ALCOCEBA GALLEGO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.—3. LA DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.—4. LA DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA A LA LUZ DEL DERECHO ESPAÑOL.—4.1. La *reorientación* de la discrecionalidad de la protección diplomática en España.—4.2. La audacia de la SAN de 19 de diciembre de 2019: derechos fundamentales y la ausencia de causalidad.—4.2.1. El hecho ilícito internacional.—4.2.2. El agotamiento de los recursos internos.—4.2.3. La responsabilidad del Estado por la omisión de protección diplomática.—a) La evolución del Derecho internacional.—b) La obligación para el Estado español de ejercer la protección diplomática.—c) La cuestión de la causalidad.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

1. El Derecho internacional público concibe la protección diplomática como un derecho del Estado; no del particular (persona física o jurídica). Este derecho del Estado se articula, en esencia, sobre una ficción jurídica¹: un daño a los nacionales de un Estado, constituye un daño al Estado del que estos son nacionales. Además, el Derecho internacional público entiende que este derecho del Estado es discrecional. A pesar de los intentos del relator del Proyecto de la CDI sobre protección diplomática por limitar dicha discrecionalidad, el Proyecto finalmente aprobado en 2006 solo alcanzó a indicar

* Profesora Titular de Derecho internacional público y Relaciones internacionales, Universidad Carlos III de Madrid (alcoceba@der-pu.uc3m.es).

¹ *Infra* ampliamos y matizamos esta afirmación.

una «Práctica Recomendada» en su art. 19: «Un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos *debería*: a) *considerar debidamente* la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave; b) *tener en cuenta*, siempre que sea factible, *la opinión* de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener, y c) transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables»². Son en definitiva los Estados quienes, a través de su Derecho interno, pueden establecer límites a dicha discrecionalidad.

2. En el ordenamiento jurídico español no existe norma jurídica alguna que establezca expresamente la obligación para el Estado de ejercer la protección diplomática. La práctica española de protección diplomática se ha mantenido esencialmente hasta el pasado 11 de diciembre de 2019, en el modelo clásico o tradicional de Derecho internacional público, con un férreo anclaje a la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática. En síntesis, el Estado podía ejercerla o no según la oportunidad política de hacerlo en cada caso y según estimara que dicho ejercicio podía desprender o no algún perjuicio para las relaciones bilaterales de España con el Estado causante del ilícito internacional que da origen al ejercicio de dicha protección. No existía, en principio, obligación jurídica de ejercer la protección diplomática.

3. La existencia de límites a esa discrecionalidad se ha planteado en nuestro país desde la responsabilidad patrimonial del Estado por la deficiente acción u omisión de los poderes públicos. Esta posibilidad, apuntada por la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en algunas sentencias ha sido también apoyada por la doctrina científica en España³. No obstante faltaba un pronunciamiento judicial que permitiera afirmar con plena certeza que, aunque el ejercicio de la protección diplomática por el Estado español sea discrecional, pues a él corresponde valorar la oportunidad de su ejercicio, dicha discrecionalidad se ve *relativizada* en cuanto que el Estado tendría la obligación de ejercer la protección diplomática con objeto de proteger y garantizar los derechos fundamentales de conformidad con nuestra Norma Fundamental y su no ejercicio generaría derecho a una indemnización en los casos en los que, cumplidas las condiciones para el

² La cursiva es nuestra.

³ Véanse, a título de ejemplo, ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno», *Anuario de Derecho internacional*, 1976, pp. 321-346; *id.*, «Procedimientos para asegurar la aplicación de las normas internacionales: Protección diplomática», *REDI*, vol. 30, 1977, núm. 1, pp. 127-136; CASTRO-RIAL GARRONE, F., «Ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad patrimonial del Estado», *REDI*, vol. 40, 1988, núm. 2, pp. 175-189; DIEZ DE VELASCO, M., «Protección diplomática e inactividad del Estado: La práctica española», *Pacis Artes. Homenaje al Profesor J.D. González Campos*, Madrid, UAM, Eurolex, 2005, pp. 187-209, y TORROJA MATEU, H., *El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática*, Barcelona, Bosch, 2007.

ejercicio de la protección diplomática, la inacción del Estado contribuye a la consolidación del perjuicio causado en el particular por el ilícito internacional de un tercer Estado, y no solo cuando el Estado de la nacionalidad desarrolla una conducta previa que contribuye al resultado dañoso del particular. De ese modo, el Estado no solo cumpliría con los cometidos esenciales que tiene asignados de conformidad con la Constitución, sino que liberaría al particular de tener que soportar individualmente, en la quiebra flagrante de sus más elementales derechos fundamentales, las consecuencias de una decisión política⁴.

4. Ese pronunciamiento se ha producido el pasado 11 de diciembre de 2019 por parte de la Audiencia Nacional. España ha sido condenada a indemnizar a la familia del periodista José Couso por su actitud pasiva de protección, en particular de omisión de la protección diplomática, después de que, en 2003, durante la ocupación de Irak por las tropas norteamericanas y sus aliados, un tanque norteamericano disparara contra el hotel en el que se encontraba alojado junto con el resto de periodistas internacionales, causándole la muerte. Sin embargo, la sentencia no es firme y ha sido recurrida en casación ante el Tribunal Supremo el pasado 2 de marzo por la Abogacía del Estado.

5. En las próximas páginas abordaremos la discrecionalidad del Estado español en el ejercicio de la protección diplomática de los derechos fundamentales, intentando arrojar luz sobre sus límites. Para ello, después de delimitar conceptualmente la protección diplomática, ahondaremos en su discrecionalidad según el Derecho internacional público y nos referiremos a la práctica española al respecto, con especial atención al caso *Couso*⁵.

2. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

6. Conviene diferenciar la protección diplomática de otras figuras afines como son la protección consular y la asistencia consular. Las tres figuras tienen en común que mediante ellas un Estado actúa frente a otro debido al comportamiento de este último sobre sus nacionales con ocasión de la presencia de estos en el extranjero. Sin embargo, el contenido específico de las tres figuras difiere notablemente.

7. La protección diplomática tal y como aparece en el Proyecto de artículos de la CDI de 2006, no es el único mecanismo que tienen los Estados para

⁴ Utilizamos indistintamente en esas páginas los términos «derechos humanos» y «derechos fundamentales». Si bien una parte significativa de la doctrina española prefiere la terminología «derechos fundamentales» y en nuestro ordenamiento jurídico predomina este término, en el ordenamiento jurídico internacional predomina el término de «derechos humanos» para referirse al conjunto de derechos subjetivos otorgados por una norma jurídica al individuo sin ningún tipo de distinción, con el objetivo de limitar la actividad arbitraria del Estado.

⁵ La cuestión de la responsabilidad del Estado por el ejercicio ineficaz o el no ejercicio de la protección diplomática plantea cuestiones que inciden tanto en el Derecho internacional público como en el Derecho administrativo. En las próximas páginas vamos a limitar el examen a las cuestiones que orbitan en torno a nuestra disciplina, el Derecho internacional público.

proteger a sus nacionales en el extranjero, pero sí el único de este tipo que consiste en una *reclamación formal* ante un ilícito internacional que genera una controversia internacional entre Estados⁶.

8. El art. 1 del Proyecto de la CDI de 2006 define la protección diplomática como «la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado, con miras a hacer efectiva esa responsabilidad». Se trata, por tanto, de una forma de hacer efectiva la responsabilidad internacional por parte de un Estado, pues el objeto es «obtener reparación por un perjuicio sufrido por el nacional de un Estado, fundado, en gran parte, sobre el principio de que un daño a un nacional es un daño al propio Estado»⁷. A la luz del Derecho internacional el Estado actúa en su propio interés, y no en interés del nacional. De hecho, aunque en el comentario al art. 1, se establece que «la protección diplomática es el procedimiento que emplea el Estado de la nacionalidad de la persona lesionada *para proteger a esta persona y obtener reparación del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito*»⁸, el Derecho a ejercer la protección diplomática es del Estado y la posible reparación también le pertenece a él y no al particular lesionado⁹. En estas condiciones, quedarían fuera del ámbito de la protección diplomática cualesquiera otras gestiones o manifestaciones de protección que pudiera realizar un Estado en favor de sus nacionales sin previa comisión de un ilícito internacional como, por ejemplo, todas aquellas destinadas a mejorar las condiciones de sus nacionales en el Estado extranjero o a prevenirlas¹⁰.

⁶ Tal y como muy acertadamente ha señalado CRESPO NAVARRO, E., para distinguir la protección diplomática de otras figuras afines «bastaría [...] con añadir una referencia a la necesidad de que medie una reclamación formal, sin perjuicio de que esta pueda hacerse efectiva por vía diplomática o por la vía judicial» («El proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática: la protección de las personas físicas», *REDI*, vol. LVII, 2005, núm. 1, p. 228).

⁷ Véase Comentario introductorio al Proyecto CDI sobre Protección Diplomática, apdo. 3.

⁸ La cursiva es nuestra. Véase Comentario al art. 1 del Proyecto, apdo. 2. Véanse sobre las formas de reparación los arts. 34 y ss. del proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional.

⁹ Véase *infra*, apdo. 3.

¹⁰ En el Informe de la CDI en su 52 periodo de sesiones, se expresaba que durante los debates los Estados también dejaron claro que la protección diplomática empezaba a funcionar desde el momento en que el Gobierno de un Estado decidía presentar una reclamación al Gobierno presuntamente autor del ilícito sobre su nacional. Se insistía en que suponía un mecanismo mediante el cual la reclamación de una persona física o jurídica contra un Estado, se transformaba en una reclamación internacional y, por tanto, en un medio para hacer efectiva la responsabilidad internacional de los Estados (véase Informe de la CDI de 2000, párr. 423). La posibilidad de ejercer la protección diplomática en ocasiones en que no existe hecho ilícito internacional, supone una concepción amplia de la protección diplomática [véase, al respecto, DÍAZ BARRADO, C. M., «La protección de españoles en el extranjero. Práctica constitucional», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1992, p. 272. Véase también CONDORELLI, L., «L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique», en FLAUSS, J.-F. (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*. Bruselas, Bruylant, 2003, pp. 7 y 8; *id.*, «La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application», *Rivista di Diritto Internazionale, op. cit.*, 2003, núm. 1, pp. 8-9]. Una concepción de este

9. Esta definición estricta de la protección diplomática que exige la comisión del ilícito internacional previo y la reclamación, permite diferenciar la protección diplomática de la *asistencia consular*. Efectivamente, tal y como afirma el Comentario de Artículos al proyecto de la CDI, «la asistencia consular es esencialmente preventiva y tiene por objeto esencial impedir que el nacional sea víctima de un hecho internacionalmente ilícito»¹¹.

10. La asistencia consular puede definirse como el «conjunto de funciones, de naturaleza y alcance bastante diferentes, que el cónsul desarrolla a favor de sus connacionales para facilitarles su permanencia en el territorio del Estado receptor, dirigiéndose para este fin, si fuera necesario, a las autoridades locales. Esta acción consular no presupone —a diferencia de la protección en sentido estricto— 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. [...] La asistencia consular, entendida en sentido propio, se distingue no solo de la protección consular, sino también de *aquel conjunto de funciones de carácter administrativo* que el cónsul desarrolla en interés de cada uno de sus nacionales» tales como las relativas a pasaportes, certificaciones, registro, etc.¹². La asistencia consular no exige, por tanto, la previa comisión de un

tipo significaría, por ejemplo, que «la representación diplomática acreditada ante un Estado extranjero que realizara gestiones a favor del otorgamiento de una concesión a sus nacionales o tratara de obtener una modificación en la legislación fiscal en beneficio de ellos estaría ejercitando la protección diplomática»; incluso también incluiría «los casos en que la protección diplomática es ejercida con una finalidad preventiva, es decir, no solo cuando los nacionales en el extranjero han sido objeto de un trato internacionalmente ilícito, sino también cuando pueden serlo porque se han anunciado medidas en contra suya aunque todavía no hayan sufrido ningún perjuicio» (DÍEZ DE VELASCO, M., «Reflexiones sobre la protección diplomática», *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Libro homenaje al Profesor Antonio Truyol y Serra*, Madrid, Tirant lo Blanch, 1986, pp. 383 y 384). De hecho, en los debates que tuvieron lugar con ocasión del examen del primer Informe del Relator Especial, Sr. Dugard, se expresaron «opiniones discrepantes respecto a si la protección diplomática se aplicaba a las medidas adoptadas por un Gobierno para prevenir daños a sus nacionales, es decir, antes de que se produjera el hecho ilícito, o únicamente a hechos ilícitos del Estado que ya se habían producido» (véase Informe de la CDI de 2000, párr. 424). Finalmente, el texto de la CDI exige, como hemos visto, la comisión previa del ilícito internacional.

¹¹ Párr. 9 del Comentario al art. 1 del proyecto de la CDI.

¹² MARESCA, A., *Las relaciones consulares*, Madrid, Aguilar, 1974, p. 220. Para las funciones administrativas véanse pp. 240 y ss. En particular, la práctica española define la asistencia consular como «la acción que el funcionario consular está legitimado a realizar ante las autoridades del Estado receptor a favor de los nacionales [...] que se encuentren en situación de necesidad», e incluye expresamente «las medidas de ayuda económica; la evacuación; la repatriación; la visita, comunicación, asistencia educativa, asistencia judicial y gestión de las solicitudes de traslado de detenidos y condenados; y la ayuda a los inmigrantes» (Recurso de Alzada contra la Resolución de la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares por la que se deniega la protección diplomática solicitada por DRIVA. Informe AJI núm. 13020, de 7 de abril de 2005, p. 10), así como «correspondencia epistolar, gestiones personales, conversaciones personales o presencia personal de un funcionario del Consulado junto al nacional en las audiencias concedidas por la autoridad local» (AJI. Consulta sobre el alcance de la función consular prevista en el apdo. i) del art. 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Informe núm. 13620, de 20 de junio de 2006, p. 3). Véase también sobre esta distinción, MARTÍ MARTÍ, X., «La política española de protección y asistencia consulares a los ciudadanos españoles detenidos en el extranjero», *REDI*, 2013, pp. 43-72.

ilícito y su ejercicio no adquiere la forma de reclamación ante las autoridades del Estado extranjero¹³.

11. La *protección consular*, por su parte, «consiste en la acción que el Cónsul está legitimado para desarrollar, ante las autoridades locales del Estado territorial, a favor de sus nacionales que residen o se encuentran ocasionalmente en su distrito consular y que han recibido un trato contrario al debido [...] teniendo en cuenta, no solo la legislación del Estado receptor, sino también, y especialmente, las normas de Derecho internacional consuetudinario y convencional»¹⁴. Aunque el origen de la protección consular puede estar en la violación de una norma internacional, tal y como ocurre con la protección diplomática, «la acción de la misión diplomática se funda en una norma internacional como tal, [mientras que] la acción de la oficina consular se refiere no ya a la norma internacional considerada en sí misma, sino más bien a la norma del mismo Estado territorial»¹⁵. Además, la protección consular se planea y desarrolla en el ámbito interno pudiendo servir, según el caso, al agotamiento de los recursos internos del Estado antes del ejercicio de la protección diplomática en sentido estricto y configurándose, por tanto, en tales casos, como paso previo a aquella¹⁶. La protección consular no se configura como una controversia en el ámbito internacional y, por tanto, en el marco de la responsabilidad internacional¹⁷; pero, eso sí, quizá puede ser el paso previo a esta¹⁸.

¹³ Tal y como ha afirmado también la AJI: «La función consular de asistencia consiste en la acción encaminada a facilitar a los nacionales la permanencia en el territorio del Estado receptor y, a diferencia de la protección consular en sentido estricto, no presupone un comportamiento de las autoridades locales contrario al Derecho interno o al Derecho internacional, sino únicamente una situación de necesidad de un ciudadano del Estado que envía» (Informe AJI núm. 13620, cit., p. 3). Hay quien considera que la asistencia consular es parte integrante de la protección consular (véase DOUMBE-BILLE, S., «L'Assistance Consulaire», *La protection consulaire. Journées d'études de Lyon de 2005. Société Française pour le droit International*, París, A. Pedone, 2006, pp. 101-114, esp. pp. 103 y ss.).

¹⁴ MARESCA, A., *Las relaciones...*, op. cit., p. 216. La AJI ha señalado que: «A diferencia de lo que sucede con la protección diplomática, la invocación de la protección consular no se produce necesariamente como consecuencia de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito: esta protección puede hacerse valer ante una actuación de las autoridades locales que sea contraria al Derecho interno del Estado receptor, que sea discriminatoria o, sencillamente, vejatoria. Por otra parte, la práctica demuestra que el ejercicio de la protección consular no requiere del cumplimiento de los requisitos de la nacionalidad de la reclamación y del agotamiento de los recursos internos» (AJI, Informe núm. 13020, cit., p. 9. Véase igualmente AJI, Consulta sobre la función consular..., Informe 13620, cit., pp. 3-4). Sobre esta cuestión, véase MARTÍ MARTÍ, X., op. cit.

¹⁵ MARESCA, A., *Las relaciones...* op. cit., p. 218.

¹⁶ CRESPO, E., *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 284.

¹⁷ DECAUX, E., «La protection consulaire et les droits de l'homme», *La protection consulaire...*, op. cit., pp. 51-53; DUPUY, P. M., en los debates publicados en *La protection consulaire...*, op. cit., pp. 180-181, y COT, J. P., op. cit., p. 183.

¹⁸ En este sentido, DÍAZ BARRADO, C., «La protección de españoles...», op. cit., p. 271. En la práctica española la AJI se ha pronunciado en esta misma línea, señalando que la protección consular tiene carácter previo e inmediato y se puede desarrollar de forma concomitante al agotamiento de los recursos internos afianzando la posición jurídica del Estado ante el eventual ejercicio de la protección diplomática (AJI. Recurso de Alzada, Informe núm. 13020, cit., p. 9. Véase también el Informe AJI núm. 13620, cit., p. 3). Una síntesis de las diferencias entre protección consular y protección diplomática, así como

12. El art. 1 del Proyecto de la CDI se refiere al ejercicio de la protección diplomática mediante «la acción diplomática o cualesquiera medios de solución pacífica». En el apdo. 8 que recoge el Comentario a dicho artículo se define la acción diplomática como «todos los procedimientos legítimos empleados por un Estado para informar a otro Estado de sus opiniones y preocupaciones, incluidas la protesta, la solicitud de una investigación y las negociaciones orientadas a la solución de la controversia». En relación con los otros medios de solución pacífica se habla de «todos los medios lícitos de solución de controversias, desde la negociación, la mediación y la conciliación hasta el arbitraje y el arreglo judicial». De este modo, el Proyecto va más allá de la distinción que ha venido haciendo la jurisprudencia internacional entre acción diplomática y acción judicial¹⁹ para señalar las acciones en ejercicio de la protección diplomática, y acoge en su seno los distintos medios pacíficos de solución de controversias internacionales que aparecen citados en el art. 33 de la CNU²⁰.

13. En cuanto que, como ya hemos dicho, la protección diplomática es un medio para hacer efectiva la responsabilidad internacional, conviene recordar el comentario al art. 42 de la CDI sobre responsabilidad internacional y el significado de la invocación de la responsabilidad. Parece claro que el ejercicio de la protección diplomática por cualesquiera medios exige, siempre, algo más que la mera comunicación o puesta en conocimiento de otro Estado de un malestar o una crítica por un determinado hecho. Exige una reclamación. Esta, normalmente, suele incluir la petición de cesación del ilícito y la petición de una reparación²¹.

un repaso de la primera y su contenido puede verse en DÍAZ BARRADO, C. M., «Marco normativo de la protección diplomática», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*, Madrid, Catarata, 2006, pp. 240 y ss.; GHERARI, H., «L'institution consulaire entre tradition et modernité», *La protection Consulaire...*, *op. cit.*, pp. 7-38. Véase también, PANCRACIO, J. P., *op. cit.*, pp. 77-92.

¹⁹ Véase asunto *Mavrommatis*, *cit.*, y también TPJI, Sentencia de 28 de febrero de 1939, asunto *Ferrocarril Panevezys-saldutiski*, Serie A/B, p. 16. Resulta sorprendente que la CDI, en el Comentario al proyecto solo distinga la protección diplomática de la asistencia consular y no haga referencia alguna a la protección consular, figura cuyo contenido parece subsumirse en el concepto de asistencia consular, al reconocer la posibilidad de que la asistencia consular tenga lugar una vez cometido el ilícito. En este sentido es lamentable que el proyecto no clarifique estas dos figuras, en contra de lo que sí ha venido haciendo la doctrina científica.

²⁰ Efectivamente, no se exige (ni es por otra parte políticamente conveniente) acudir directamente a la vía de la *reclamación formal mediante vía judicial*.

²¹ Véase el art. 43 del Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad internacional y su comentario; en particular los apdos. 2 y 5. En la doctrina española ha llegado a plantearse, con base en la práctica nacional, la existencia de una modalidad particular de protección diplomática. Consistiría en lo que se ha dado en llamar *protección diplomática mediante acuerdo internacional*, si bien se reconoce la posibilidad de discutir esta figura como mecanismo de protección diplomática en sentido estricto. Ello porque, en primer lugar, no se hace necesaria la comisión de un ilícito internacional por parte de un Estado y, en segundo lugar, probablemente pudiera ser solo una forma de evitar una reclamación formal y, en consecuencia, una confrontación pública poco deseable para ambas partes. Véanse, sobre esta cuestión, DÍAZ BARRADO, C., «La protección de españoles...», *op. cit.*, p. 272, y DÍAZ BARRADO, C. M. y FERNÁNDEZ LIESA, C., *Indemnizaciones a españoles privados de sus bienes en el extranjero*, Madrid, Tecnos, 1993. Conviene señalar que las intervenciones que pueden realizar determinados Estados en el extranjero y que resulten *estrictamente necesarias* para la protección de la vida de sus nacionales, en peligro en

14. En todo caso, no puede perderse de vista que «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, resultaría difícil defender con rotundidad, en ocasiones, que una medida concreta debe ser encuadrada en alguna de las categorías convencionalmente establecidas»²².

3. LA DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

15. Como ya hemos señalado anteriormente, la protección diplomática parte de una ficción jurídica según la cual un daño a un nacional de un Estado es un daño a este. En virtud de ello, tal y como señaló el TPJI en el asunto *Mavromatis*: «Al asumir la causa de uno de sus súbditos y al poner en marcha, en su nombre, una acción diplomática o una acción judicial internacional, un Estado hace valer, en realidad, su propio Derecho, el Derecho que tiene a hacer respetar las normas del Derecho internacional en la persona de sus súbditos»²³. En la misma línea, el TIJ señaló en el caso *Barcelona Traction* que «un Estado puede ejercer su protección diplomática por los medios y en la medida en que considere apropiado, pues es su propio derecho lo que hace valer»²⁴.

16. Ahora bien, ese *dictum* del TPJI se produce en un momento en el que tanto el reconocimiento de derechos al individuo en Derecho internacional como su legitimación activa para invocar la responsabilidad de un Estado por un ilícito al respecto era muy limitada, y esa ficción jurídica descrita era la única forma de proteger los derechos del particular²⁵. El hecho de que, actualmente, el individuo sea titular de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico internacional así como el incremento de sus posibilidades para exigir responsabilidad en caso de un ilícito internacional, llevan a plantear si todavía hoy un Estado que ejerce la protección diplomática hace valer su propio derecho o el derecho del particular lesionado.

ese otro Estado, como manifestación de legítima defensa o estado de necesidad (JIMÉNEZ PIERNAS, C., *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional de Estado*, Alicante, Universidad de Alicante, 1988, pp. 124-128) tampoco responden al concepto de protección diplomática del proyecto CDI.

²² DÍAZ BARRADO, C., «La protección de españoles...», *op. cit.*, p. 260.

²³ TPJI, Sentencia de 4 de septiembre de 1924, asunto *De las Concesiones Mavrommatis en Palestina*, Serie A, núm. 2. p. 12.

²⁴ Sentencia de 5 de febrero de 1970, asunto *Barcelona Traction* (2.ª fase), párr. 78. En la misma línea se había pronunciado también el TIJ en el caso *Nottebohm* al afirmar que la protección diplomática es un medio para la defensa de los derechos del Estado [Sentencia de 6 de abril de 1955, asunto *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* (2.ª Fase), p. 24].

²⁵ Véase, en este sentido, DUBOIS, L., «La distinction entre le droit de l'État reclamante et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique (a propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977)», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1978, p. 620.

17. El proyecto de la CDI sobre protección diplomática adoptado en 2006 no se pronuncia a este respecto conscientemente. De hecho, el Comentario al art. 1 señala que: «El art. 1 está formulado de tal manera que quede abierta la cuestión de si el Estado que ejerce la protección diplomática lo hace ejerciendo su propio derecho o el de sus nacionales»²⁶. En su Comentario al art. 2 vuelve sobre ello indicando que en el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática no interfiere en «quién sea el titular de los derechos que el Estado pretende hacer valer en el proceso, ya sea su propio derecho o los del nacional perjudicado en cuyo nombre actúa. Como el proyecto de art. 1, es neutral al respecto»²⁷. De dicha neutralidad deja constancia también el hecho de que mientras el art. 1 del proyecto pone el acento en el daño ejercido sobre un individuo a partir de un ilícito internacional, lo que llevaría a pensar que el Estado queda en un segundo plano, el Comentario a dicho artículo acude a la jurisprudencia *Mavromatis* para señalar el ejercicio por parte del Estado de un derecho propio mediante la protección diplomática. Se ha intentado, sin duda, mantener el equilibrio necesario para alcanzar un consenso en el seno de la CDI²⁸.

18. La doctrina ha identificado tres teorías para explicar esta parte del contenido jurídico de la institución de la protección diplomática²⁹:

— La teoría clásica o *vatteliana*, se basa en la consideración de que un daño al particular es un daño al Estado que genera automáticamente en este un derecho para reclamar internacionalmente, de modo que el único titular del derecho y de su contenido es el Estado, no el individuo³⁰. Es evidente que esta teoría aparece superada por la realidad actual en la que el ordenamiento jurídico internacional reconoce derechos propios al individuo, incluidos la capacidad de reclamar internacionalmente su cumplimiento.

— Una segunda teoría, objetivista, se sitúa en el otro extremo. Considera que el único lesionado es el particular y el Estado actúa como representante de este al invocar la responsabilidad. El Estado no tendría un derecho propio, sino que este sería del particular, exclusivamente³¹. Conviene recordar en este

²⁶ Párr. 5. Véanse también párrs. 3 y 4.

²⁷ Párr. 1.

²⁸ Véase, en este sentido, VERMEER-KÜNZLI, A., «As if: The legal fiction in Diplomatic Protection», *The European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, pp. 59-60.

²⁹ Véanse en detalle, a este respecto, TORROJA MATEU, H., *El derecho del Estado...*, pp. 53-56, y WYLER, E., *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux International*, París, PUF, 1990, pp. 9-11, esp. p. 10.

³⁰ «Anyone who mistreats a citizen directly offends the State. The sovereign of that State must avenge its injury, and if it can, force the aggressor to make full reparation or punish him, since otherwise the citizen would simply not obtain the main goal of civil association, namely, security» (VATTEL, E. DE, *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle*, vol. I, book II, Londres, 1758, párr. 71). En *The Classics of International Law* (Washington D. C., Carnegie Institution of Washington, 1916) (cita tomada del Informe del Relator Especial Bennouna, 1998, párr. 6.).

³¹ Hay quien considera que esta teoría ha sido admitida por la Corte en el caso *Avena* [véase TIJ, Sentencia de 31 de marzo de 2004, asunto *Avena y otros nacionales mexicanos (Mexico c. EEUU)*, párr. 42], lo que llevaría a pensar que las demás peticiones las hace México en nombre de sus nacionales cuando el Tribunal afirma que México realiza algunas peticiones en nombre propio (véase SANTULLI, C.,

punto que el Tribunal internacional de Justicia no permite las acciones de Estados que no tienen por objeto hacer valer peticiones propias y nunca permite las de particulares, puesto que estos no pueden actuar ante esa jurisdicción³². Admitir esta teoría impediría que pudiera ejercerse la protección diplomática ante el TIJ, lo que no es acorde con la realidad.

— Una tercera teoría, la teoría mixta, considera que el hecho ilícito internacional lesiona tanto los derechos del particular como los del Estado. «El derecho lesionado del Estado es el derecho reconocido por el Ordenamiento internacional a ver respetado el Derecho internacional en la persona de sus nacionales. El derecho lesionado del particular está también reconocido por el Ordenamiento internacional, abarcando la amplia gama de los derechos humanos, junto a otros derechos individuales»³³. Tenemos, por tanto, un derecho subjetivo del que es titular el particular, cuya lesión genera un derecho subjetivo de protección cuyo titular es el Estado³⁴. Esta teoría «es la que mejor responde a la realidad jurídica contemporánea, en el bien entendido de que las bases tradicionales de la institución (ficción jurídica y titularidad del Estado) siguen subsistiendo»³⁵.

19. El alcance del ejercicio de este derecho de protección diplomática por parte del Estado, en particular los límites a su discrecionalidad con origen en un correlativo derecho de protección del particular lesionado, ha sido ampliamente discutido por doctrina y también en el seno de la CDI. En el proyecto de la CDI aprobado en 2006 la posibilidad de restringir la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática, en la petición de una u otra forma de reparación y en la disposición de la indemnización pertinente en caso de obtenerla, se ha limitado en el art. 19 a ser una «Práctica Recomendada». Este artículo señala que: «Un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos debería: *a*) considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave; *b*) tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la

«Entre protection diplomatique et action directe: la représentation», *Le sujet en droit International*. París, Pedone, 2005, p. 93, nota 26). Sin embargo, probablemente el Tribunal estaba diferenciando la protección diplomática de la posibilidad de actuar directamente. En este sentido, véase FORLATI, S., «Protection Diplomatique, droits de l'homme et réclamations "directes" devant la Cour internationale de Justice. Quelques réflexions en marge de l'arrêt Congo/Ouganda», *Revue Générale de Droit International Public*, 2007, núm. 1, pp. 99-100.

³² Véanse FORLATI, S. «Azzioni dinanzi alla Corte internazionale di giustizia rispetto a violazione di obblighi erga omnes», *Rivista di Diritto internazionale*, 2001, pp. 69 y ss., o FORLATI, S., p. 100.

³³ TORROJA MATEU, H., *El derecho del Estado...*, op. cit., p. 55. Véase VERMEER-KÜNZLI, A., en esta misma línea, al señalar que «if one agrees with the position that diplomatic protection is premised on a fiction, one cannot simultaneously maintain that a state is in reality claiming its own right. The very fiction in diplomatic protection is that a state pretends to claim its own right, while in reality it is the right of its individual national that is at stake. The only right the state has is the right to exercise diplomatic protection, which is a different right than the violated right that is asserted by taking up the Chaim» («As if: The legal fiction...», op. cit., p. 58).

³⁴ TORROJA MATEU, H., *ibid.*, pp. 56 y ss.

³⁵ *Ibid.*, p. 55.

protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener, y c) transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables».

20. El comentario al art. 19 del proyecto de la CDI reconoce la existencia de estas prácticas por parte de los Estados y las califica de «deseables», aunque también las considera insuficientes para poder hablar en ese momento de norma consuetudinaria. Además, señala expresamente que este artículo es un simple *recordatorio* de que la protección diplomática es un mecanismo más a disposición de los Estados que sirve a la protección de los derechos humanos, que el Derecho internacional no obliga a los Estados al ejercicio de la protección diplomática, y que su carácter discrecional viene confirmado por el propio proyecto en su art. 2³⁶. El propio comentario a este art. 2 señala que: «Un Estado tiene el Derecho a ejercer la protección diplomática en beneficio de sus nacionales. No tiene ni el deber ni la obligación de hacerlo. Aunque el Derecho interno de un Estado puede obligarle a ejercer su protección diplomática en beneficio de sus nacionales, el Derecho internacional no impone tal obligación».

21. Ante el progresivo desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos, resulta razonable replantear la figura de la protección diplomática para potenciarla como mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad internacional en coherencia con la actual dimensión axiológica del Derecho internacional y con el crecimiento de la subjetividad jurídica del individuo en este ordenamiento jurídico. En esta reformulación, la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática se vería limitada³⁷.

22. Este planteamiento no es nuevo y está latente desde los inicios de los trabajos de la CDI sobre protección diplomática. Como ya señalaran en su momento los dos Relatores Especiales nombrados por la CDI para elaborar el proyecto de artículos sobre protección diplomática, los avances en la protección y garantía de los derechos fundamentales, generan ciertas «consecuencias jurídicas» que superan la concepción clásica de la protección diplomática³⁸ y que permiten considerarla algo obsoleta en su configuración actual. Señalaban que tanto la legislación interna de algunos Estados como algunas decisiones judiciales mostraban que el Estado tiene una obligación

³⁶ Véanse párrs. 1 y 3 del Comentario al art. 19 del Proyecto.

³⁷ Véase ALCOCEBA GALLEGU, M. A., *La protección diplomática de los derechos humanos. La necesaria reformulación de una institución clásica de Derecho internacional público*, Madrid, Aranzadi, 2017.

³⁸ Véase el Informe del Relator Especial sobre protección diplomática, Sr. M. Bennouna, cit., p. 6, y el Primer Informe del Relator Especial sobre protección diplomática, Sr. J. R. Dugard, 2000, pp. 5 y ss. En su primer Informe Dugard llegó a proponer un art. 4 con la siguiente redacción: «A menos que la persona perjudicada pueda presentar una reclamación ante una corte o Tribunal Internacional competente, el Estado de su nacionalidad tiene el deber jurídico de ejercer la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada a solicitud de esta, si el daño se debe a una violación grave de una norma de *ius cogens* atribuible a otro Estado».

(aunque sea limitada) de proteger a sus nacionales cuando estos han sufrido un perjuicio importante³⁹. El art. 19 del Proyecto CDI se ha mantenido en esa línea al recomendar a los Estados que consideren la posibilidad de ejercer la protección diplomática cuando se ha causado un *perjuicio importante*, entendiendo por tal los casos de violaciones graves⁴⁰ o importantes⁴¹ de los derechos humanos; no ante cualquier violación de derechos humanos⁴². Probablemente este detalle, junto con el hecho de que se trate de una mera recomendación, facilitó el acuerdo en la CDI sobre este artículo. Parece razonable entender que se ha producido una violación grave de derechos humanos en la persona de un individuo cuando la violación lo es respecto de una norma de derechos humanos que tiene carácter de *ius cogens*.

23. En todo caso, conviene subrayar que, tal y como acertadamente se ha comentado, mientras los Estados «no adopten la norma jurídica que les obligue a ejercer la protección diplomática en estos casos, esta no existirá [en el ámbito internacional]; por más que se afirme desde un plano doctrinal su existencia»⁴³. La cuestión estriba entonces en determinar si, catorce años después de la aprobación del proyecto de la CDI, esta idea de la limitada discrecionalidad ha pasado a ser una norma consuetudinaria de Derecho internacional.

24. La práctica de protección diplomática ha sido y sigue siendo escasa. La relevancia de los condicionantes políticos en la práctica de la protección diplomática, junto con las vías alternativas de que disfruta el particular para exigir la protección y garantía de sus derechos, han situado a la antaño institución central del Derecho internacional en el ostracismo de la práctica de esta rama del Derecho. Desde 2006 la Asamblea General de Naciones Unidas ha venido invitando a los Gobiernos a formular observaciones sobre la recomendación de la CDI para que la Asamblea elaborara una convención basada en el proyecto de artículos sobre protección diplomática⁴⁴. Asimismo, desde 2010 la Asamblea General ha decidido incluir la Protección Diplomática en su programa provisional de futuros periodos de sesiones y en el marco de un grupo de trabajo de la Sexta Comisión⁴⁵.

25. Acudiendo a estos textos, y limitándonos a lo que a nosotros nos interesa en este trabajo, podemos afirmar que la labor de la CDI ha permitido formular, precisar y sistematizar las normas consuetudinarias de Derecho internacional en la materia, así como precedentes y doctrina, y ha abierto la

³⁹ Véase el Primer Informe del Relator Especial Dugard, cit., párrs. 80 a 87. Véase también esto recogido en el Comentario al art. 2 y al art. 19.

⁴⁰ Comentario al art. 2, párr. 3.

⁴¹ Comentario al art. 19, párr. 3.

⁴² El propio comentario al art. 19 del proyecto indica que «la idea de que los Estados tienen una obligación, aun imperfecta, ya sea en virtud del Derecho internacional o del Derecho interno, de proteger a sus nacionales en el extranjero cuando estos son víctimas de importantes violaciones de derechos humanos tiene un apoyo creciente» (párr. 3).

⁴³ TORROJA MATEU, H., *El derecho del Estado...*, op. cit., p. 96.

⁴⁴ Véanse A/62/118 y Add.1; A/65/182 y Add.1; A/68/115 y Add.1, y A/71/93 y Corr. 1.

⁴⁵ Véanse Res. A 65/27, Res. A 68/113 y 71/142.

puerta al desarrollo progresivo de determinadas cuestiones⁴⁶. El valor normativo de los preceptos contenidos en el Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática no deriva de una naturaleza convencional de la que carecen, sino de su carácter de costumbre internacional, es decir, como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho en relación con aquellas disposiciones en que así sea. Aunque los Estados reconocen el indudable valor del proyecto elaborado por la CDI para *orientar* su propia labor en materia de protección diplomática, sigue sin haber un consenso claro sobre la elaboración de una Convención al respecto⁴⁷. Algunos Estados han venido valorando muy positivamente esta posibilidad con objeto de fijar y clarificar las obligaciones de los Estados en la materia, sirviendo a la seguridad jurídica⁴⁸. Otros Estados, por el contrario, no son partidarios de ello pues consideran que resultaría prematuro en vista de que los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos siguen siendo objeto de examen y ante las discrepancias sobre determinados artículos del propio Proyecto sobre protección diplomática⁴⁹.

26. Las observaciones y comentarios sobre el proyecto enviados por los Estados al secretario general desde su adopción, así como las intervenciones de los Estados en la Sexta Comisión, permiten afirmar que, a día de hoy, no existe una norma consuetudinaria internacional que limite la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática, ni siquiera en el marco de violaciones de *ius cogens* internacional⁵⁰; ello sin

⁴⁶ El propio TIJ confirma al menos algunas de sus disposiciones como Derecho consuetudinario: véase cómo cita este Proyecto el TIJ en su Sentencia de 24 de mayo de 2007, asunto relativo a *Ahmadou Sadio Diallo, República de Guinea c. República del Congo* (Excepciones preliminares), en particular en sus párrs. 39 y 91.

⁴⁷ Véase A/C.6/71/SR. 9, 10, 31 y 32.

⁴⁸ Es el caso de Filipinas, Qatar, CELAC, El Salvador, Cuba, Rusia, México, Togo, Brasil, Argentina, India, Líbano, Dinamarca, Islandia, Noruega, Finlandia, Suecia y Francia.

⁴⁹ Es el caso de Austria, Polonia, Nueva Zelanda, Australia, Malasia, Canadá, Reino Unido, Irán, Estados Unidos, Irán, Venezuela y República Checa.

⁵⁰ Véanse, por ejemplo, en este sentido las observaciones presentadas por Francia: «El objetivo del proyecto de art. 19, que no refleja ninguna costumbre y tampoco se enmarca en el desarrollo progresivo del Derecho, es recomendar a los Estados determinadas prácticas que la Comisión de Derecho Internacional considera “deseables”. Francia observa por tanto que la Comisión no ha pretendido situarse en el ámbito del Derecho positivo ni reflejar una práctica real de los Estados. En cualquier caso, las recomendaciones de la Comisión parecen confundir la naturaleza de la protección diplomática, que es un mecanismo que el Estado ejerce de manera discrecional en sus relaciones internacionales, con la de otros mecanismos más específicos relativos a la protección internacional de los derechos humanos o de las inversiones extranjeras» (véanse A/62/118/Add.1, p. 9 y A/62/118/Add.1, 2007). En opinión de Reino Unido, «los artículos sobre protección diplomática van más allá de la codificación estricta del Derecho vigente y contienen elementos de desarrollo progresivo del Derecho internacional consuetudinario sobre el tema. Algunos de esos elementos entrarían en conflicto con la práctica actual del Reino Unido y no resultan deseables». En tal sentido, no parece adecuado incluir en un tratado el art. 19 (Práctica recomendada), aparentemente no vinculante, y correr así el riesgo de socavar la discreción que tienen los Estados para decidir si ejercen o no la protección diplomática [...] (véase A/C.6/68/SR.15, 2013). Para Colombia: «El art. 19 constituye una redacción poco común en el ámbito de los tratados multilaterales, en atención a que constituye una formulación de orden exhortatoria o recomendatoria, por contraposición a la consagración de obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados. Conviene señalar que, aun cuando el Derecho internacional no reconoce una norma que

perjuicio de que algunos Estados se feliciten por el camino emprendido por el art. 19 e incluso quieren que se profundice en él⁵¹. Hoy por hoy no existe

obligue a los Estados a ejercer protección diplomática, la disposición en comento codifica un deber de considerar debidamente la posibilidad de ejercerla. De esta forma, conviene analizar con cautela la posibilidad de que la norma citada se traduzca en una obligación para el Estado colombiano de analizar todas las reclamaciones de protección diplomática, con arreglo a estándares aun no definidos» (véase A/68/115/Add.1, 2013).

⁵¹ Véase, por ejemplo, Países Bajos: «Los Países Bajos habrían preferido que en los proyectos de artículo se hubiera seguido un enfoque algo más progresivo a la hora de abordar este tema. No obstante, debe observarse que los arts. 8 y 19 del actual proyecto sí responden a criterios progresivos. Los Países Bajos temen que una posible convención sobre la protección diplomática podría quedar privada de esos escasos elementos progresivos, en particular los arts. 8 y 19, en el momento en que fuera ratificada. Los Países Bajos acogen con agrado el art. 19 relativo a la práctica recomendada. Aunque no es común que los instrumentos jurídicos internacionales incluyan recomendaciones, el uso de este recurso tampoco es desconocido. De hecho, en opinión de los Países Bajos, el art. 19 brindaría apoyo a la persona lesionada y sería coherente con la obligación de proteger a los nacionales cuando son objeto de violaciones significativas de los derechos humanos. Por consiguiente, los Países Bajos suscriben este enfoque basado en las “mejores prácticas”» (A/65/182/Add.1, 2010). En opinión de Polonia: «El ejercicio de la protección diplomática cuando otro Estado viola los derechos humanos que están garantizados significa que el alcance *ratione materiae* de la protección diplomática en las relaciones internacionales contemporáneas se ha ampliado considerablemente. [...] Polonia apoya la inserción en el art. 19 de la regla de que un Estado, al ejercer protección diplomática, debería tener en cuenta los derechos e intereses del nacional que sufrió un perjuicio como consecuencia del hecho internacionalmente ilícito por otro Estado. El Estado también debería dar la debida consideración a la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave; debería tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener. El Estado debería tener en cuenta la posibilidad de transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables. El otorgamiento de derechos a las personas cuando se ejerce la protección diplomática limitaría la discrecionalidad del Estado y contribuiría a la mayor eficacia de esta institución» (Doc. A/68/115, 2013). Para Togo: «En virtud del art. 2, el ejercicio de la protección diplomática se presenta como un Derecho del Estado. Por consiguiente, no cabe duda de que la protección diplomática se encuadra en la soberanía de cada Estado, como se ha mencionado, y, más concretamente, consiste en el ejercicio por el Estado de una forma de jurisdicción “personal”. Sobre esa base, es innegable que el ejercicio de la protección diplomática es un “derecho” del Estado. Sin embargo, ¿no debería ser también una «obligación» del Estado de garantizar la protección diplomática a sus nacionales y, por extensión, su derecho a solicitarla? La institución jurídica de la protección diplomática es tal que el Estado de la nacionalidad de la persona lesionada nunca está obligado a extender su protección a esa persona. Corresponde al Estado decidir si es apropiado ejercer su protección sobre la base de su interés político del momento. En apoyo de esta posición, se ha argumentado que, cuando un Estado de la nacionalidad ejerce la protección diplomática, está defendiendo su propio interés más que el de la persona directamente lesionada por el hecho de otro Estado. Esto explica el requisito de que se agoten primero los recursos internos. No obstante, es preciso reconocer que el principio fundamental de la protección diplomática, como lo expuso el jurista suizo Emmerich de Vattel en 1758, indicaba que era más una obligación que un derecho. Afirmó que «quien maltrate a un ciudadano lesiona indirectamente al Estado, el cual debe proteger a ese ciudadano». En ese sentido, el reconocimiento de la protección diplomática como un derecho del ciudadano y una obligación del Estado es una cuestión de lógica y sentido común y tiene apoyo en la evolución reciente del Derecho internacional. Hoy, la soberanía es considerada una cuestión de responsabilidad y ya no como un derecho que se ejerce en forma puramente discrecional. En consecuencia, en la reunión plenaria de alto nivel del sexagésimo periodo de sesiones de la Asamblea General, se reconoció el principio de la responsabilidad de proteger; en virtud del cual cada Estado debe tomar todas las medidas necesarias para proteger a sus ciudadanos contra las violaciones de sus derechos fundamentales. Sobre la base de esas observaciones, sería oportuno introducir un cambio en el proyecto de convención de las Naciones Unidas sobre la protección diplomática que permita que los ciudadanos exijan la protección de su Estado, ante los tribunales internacionales si fuera necesario, si el Estado no la ejerciera (véase A/71/93, 2016).

una obligación jurídica en Derecho internacional de ejercer la protección diplomática.

27. En consecuencia, tal y como se había venido afirmando doctrinalmente sobre la protección diplomática con ocasión de la aprobación del proyecto en 2006, «en el actual régimen internacional general de los derechos humanos, lo que no tiene el particular es el derecho subjetivo de protección [...]. Todo intento de atribuir al particular un derecho subjetivo de protección fundamentado en este derecho subjetivo lesionado, es en el fondo salir del marco de la protección diplomática *tradicional*»⁵². «El Derecho internacional público general reconoce derechos sustantivos a los particulares, pero no les reconoce derechos subjetivos de protección correlativos. Esta correlación puede darse en el marco de acuerdos particulares o de sistemas normativos particulares, pero no se deriva directamente del Derecho internacional general»⁵³. La *Práctica Recomendada* del art. 19 solo permite afirmar que los derechos humanos están sirviendo a la revisión *de lege ferenda* de la protección diplomática en su concepción tradicional, en el sentido de contribuir a limitar la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática. Hoy por hoy no existe en Derecho internacional un *derecho del particular* a la protección diplomática y las únicas limitaciones reales con que cuenta el Estado en su ejercicio le vienen impuestas por su Derecho interno.

4. LA DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA A LA LUZ DEL DERECHO ESPAÑOL

4.1. La reorientación de la discrecionalidad de la protección diplomática en España

28. En el ordenamiento jurídico español no existe disposición alguna que recoja la obligación para las autoridades españolas de ejercer la protección diplomática. El Real Decreto núm. 1124/2008, de 4 de julio, que atribuye en su art. 1.1 al Ministerio de Asuntos Exteriores la función de «defender los intereses y llevar a cabo una adecuada y eficaz política de protección de los ciudadanos españoles en el exterior», y la Ley 40/2006 del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior no se refieren a la protección diplomática, sino a la protección y asistencia consular⁵⁴.

⁵² TORROJA MATEU, H., «La “protección diplomática de los derechos humanos” de los nacionales en el extranjero: ¿Situaciones jurídicas subjetivas en tensión?», *REDI*, vol. LVIII, 2006, pp. 227-228.

⁵³ TORROJA MATEU, H., «El Derecho del Estado...», *op. cit.*, p. 58.

⁵⁴ Véase, en este sentido, el Informe AJI núm. 11255, Incidente del Pesquero P. H., p. 2 (aunque se hacía referencia al anterior Real Decreto 1473/2000, de 4 de agosto, que era el que se encontraba en vigor en ese momento). De otra opinión, DÍAZ BARRADO, C., utilizando, a nuestro entender, una concepción amplia de protección diplomática que no se corresponde con la que el proyecto de la CDI utiliza «Marco normativo...», *op. cit.*, p. 278.

29. La práctica española de protección diplomática de los distintos ejecutivos españoles ha seguido, esencialmente, el modelo tradicional de Derecho internacional público. En opinión de la de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores (AJI), «en Derecho español, no existe ninguna disposición que reconozca un derecho de la persona a beneficiarse de la protección diplomática. Las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la protección de los derechos e intereses de las personas y, en particular de los españoles, no proclaman ningún derecho de las personas a la protección diplomática»⁵⁵; «la protección diplomática es el *derecho del Estado* a reclamar el respeto del Derecho internacional en la persona de sus nacionales o de otras personas especialmente vinculadas con el mismo. Tanto desde el punto de vista del Derecho internacional como desde la óptica del Derecho interno español, la protección diplomática *no es ni un deber ni una obligación*»⁵⁶. Por tanto, en nuestro ordenamiento el particular no sería, en principio, titular del derecho de protección diplomática.

30. En consecuencia, tal y como tradicionalmente se ha reconocido por la doctrina y la propia práctica española, la decisión de ejercer o no la protección diplomática por el Estado español depende de la oportunidad política de hacerlo en cada caso concreto, y de la medida en que de dicho ejercicio pueda desprenderse algún tipo de perjuicio para las relaciones bilaterales de España con el Estado causante del ilícito internacional en algún nacional español⁵⁷. El Tribunal Supremo también ha señalado, acudiendo al ordenamiento internacional, 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 esta se solicitase, el Estado puede llegar a rechazarla por consideraciones de orden político nacional o internacional»⁵⁸. Efectivamente, «tratándose de un “derecho propio” del Estado, a este 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»⁵⁹.

31. No obstante, la jurisprudencia de los Tribunales españoles permitía atisbar una *reorientación* de la práctica de protección diplomática de nuestro país en beneficio de los particulares, limitando la *discrecionalidad* del Estado en el ejercicio de la protección diplomática en la medida en que el particular

⁵⁵ AJI, Informe núm. 13020, cit., p. 6.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 4, citando a su vez el Informe previo AJI núm. 12756.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, AJI, informe en relación con el escrito remitido por el Defensor del Pueblo a la DGREI sobre la reclamación efectuada por el capitán y patrón de pesca del buque T., Informe núm. 14562, p. 5. Tal y como ha señalado el Profesor PASTOR RIDRUEJO, J., la protección diplomática en España «*a été accordée si son exercice ne portait pas un préjudice important aux relations bilatérales avec l'Etat auteur du fait illicite. Si le risque d'un tel préjudice existait et si on voulait préserver la qualité de ces relations, l'exercice de la protection diplomatique était refusé. La protection diplomatique a été également refusée si son exercice était de nature à rallumer un différend International que l'Espagne souhaitait maintenir "en sourdine"*» [«La pratique espagnole de la protection diplomatique», en FLAUSS, J. F. (dir.), *La protection diplomatique...*, op. cit., p. 110].

⁵⁸ STS de 6 de febrero de 1987, FJ 2.

⁵⁹ CASTRO-RIAL GARRONE, F., «Ejercicio de la protección diplomática...», op. cit., p. 178.

afectado por el no ejercicio de la protección diplomática o por un ejercicio deficiente de este, podría exigir una indemnización por los daños que le hubiera causado dicha omisión o dichas deficiencias, en aplicación del art. 106.2 CE y los arts. 139 a 142 de la Ley sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas: «La responsabilidad patrimonial del Estado personalizada en la Administración, abarca la actividad desplegada en el ámbito de las relaciones internacionales, pues el reconocimiento de un ámbito de discrecionalidad a favor de la potestad de la dirección política del Gobierno, no es obstáculo al carácter indemnizable de los perjuicios singulares que puedan producirse a cargo de los particulares no obligados a soportarlos»⁶⁰.

32. En esta práctica se apoyó el representante de España en la reunión de la Sexta Comisión de Naciones Unidas el 2 de noviembre de 1998 para afirmar que España se encontraba entre los Estados que, aun reconociendo que el ejercicio de la protección diplomática era un derecho del Estado, suplían la ausencia de protección diplomática en favor de sus nacionales cuando se veían implicados intereses vitales del Estado, mediante el derecho de estos a obtener una indemnización patrimonial del Estado por la lesión sufrida en sus derechos a consecuencia del no ejercicio de la protección diplomática⁶¹. La propia AJI del Ministerio de Asuntos Exteriores español también ha venido reconociendo esta posibilidad en sus informes⁶².

33. Esta *reorientación* se abrió con la STS de 16 de noviembre de 1974, que, aunque señaló que la protección diplomática o su falta de ejercicio no era (ya entonces) fiscalizable por ser un acto político de Gobierno⁶³, inauguró la vía de declarar la responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios sufridos por los nacionales en territorio extranjero ligados al no ejercicio o ejercicio deficiente de la protección diplomática y continuó, en idéntica línea, con la Sentencia del mismo Tribunal el 29 de noviembre de 1986. Ambas sentencias, ampliamente estudiadas por la doctrina⁶⁴, tienen en común que la responsabilidad del Estado español nace de un comportamiento de este que está en el origen de la adopción de medidas internacionalmente ilícitas y la consiguiente comisión de un ilícito internacional por parte de un tercer Estado que perjudica a los nacionales españoles, sin que la administración haga nada al respecto.

34. Efectivamente en el primero de los casos, en la Sentencia de 1974, se admitió la responsabilidad patrimonial del Estado español por el no ejercicio de la protección diplomática ante actos de un país extranjero, en este caso la

⁶⁰ STS de 17 de febrero de 1998, Rec. 7562/1992, FJ 5.

⁶¹ Véase Intervención del Sr. Embajador López Giralda, Doc. A/C.6/53/SR.18, p. 10.

⁶² Véanse, por ejemplo, Informe AJI núm. 7178 de 10 de septiembre de 1992, párr. 9; Informe AJI núm. 11255 de noviembre de 2000, párr. 3, e Informe AJI núm. 13020, cit., p. 5.

⁶³ Véase considerando 7.

⁶⁴ Véanse, en particular, ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, M. P., «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática...», *op. cit.*; *id.*, «Procedimientos para asegurar...», *op. cit.*; CASTRO-RIAL GARRONE, F., «Ejercicio de la protección diplomática...», *op. cit.*; DÍEZ DE VELASCO, M., «Protección diplomática...», *op. cit.*, y MUÑOZ MACHADO, A., «Protección diplomática y jurisdicción contencioso-administrativa», *REDA*, 1975, núm. 6, pp. 401-426.

República de Guinea Ecuatorial, en base a tres premisas: 1) el origen inmediato del daño fue un acto de respuesta de Guinea originado por una información dada por Televisión Española (ente integrado plenamente en aquel momento en la administración), sobre el jefe del Estado de Guinea Ecuatorial; 2) las actuaciones ilícitas de Guinea causaron un daño patrimonial a ciudadanos exclusivamente de nacionalidad española, quienes no pudieron obtener reparación alguna en el sistema guineano agotados los recursos internos, y 3) ausencia de ejercicio de protección diplomática y consiguiente reparación⁶⁵. En el segundo de los casos, la Sentencia de 29 de diciembre de 1986, se declara la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños sufridos por dos buques españoles apresados y retenidos ilegalmente por las autoridades mauritanas hasta resultar completamente inservibles. En este caso, la administración española, según la sentencia, faltó al máximo celo y precaución en sus indicaciones a sus nacionales y actuó de manera imprudente al indicar que no habría riesgo alguno en faenar al sur de Cabo Blanco en un momento especialmente delicado en las relaciones entre ambos Estados y cuando todo indicaba que no era así, tal y como luego quedó corroborado con el apresamiento de los pesqueros por las autoridades mauritanas; ello, además de sumergirse en una «destacable inacción» posterior a los apresamientos, «sin gestiones efectivas encaminadas a la recuperación de los pesqueros y a la adecuada protección de los nacionales, cometidos esenciales del Estado conforme a la Constitución»⁶⁶; en este caso se afirmó que «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»⁶⁷.

35. Como puede verse, los dos casos tienen en común una actuación previa de la Administración en el ámbito interno que resulta internacionalmente relevante al conectarse en un proceso causal con la actividad ilícita del Estado extranjero que genera un perjuicio al nacional, y la falta de una efectiva protección diplomática posterior⁶⁸. «Efectivamente, en ambos casos el Tribunal Supremo apreció la existencia de un nexo de causalidad entre la lesión sufrida por los particulares y la actuación de la Administración»⁶⁹. En estos casos en los que ha habido una actuación de la administración española que está en el origen del ilícito internacional del tercer Estado, la responsabilidad de la Administración se deduce cuando «su ausencia de actuación [...] constituya un elemento que haya contribuido a generar o, cuanto menos, a no evitar, el daño sufrido por el particular»⁷⁰.

⁶⁵ Véase, especialmente, considerando 8.

⁶⁶ FJ 4.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática...», *op. cit.*, p. 341, y considerando 8 de la Sentencia de 1974, cit.

⁶⁹ DIEZ-HOCHTLEINER, J., «Protección Diplomática y responsabilidad patrimonial de la administración», *REDI*, vol. LXIV, 2012, núm. 2, p. 198.

⁷⁰ CARRANZA FÖRSTER, S., *La protección diplomática y la práctica española*, Colección Escuela Diplomática, 2011, núm. 11, p. 71.

36. En la línea de que el nacional afectado por el no ejercicio de la protección diplomática o un ejercicio deficiente de este pueda exigir una indemnización por los daños que dicha omisión o dichas deficiencias le han causado, parece situarse también el Tribunal Constitucional. No obstante, dicha afirmación debe hacerse con cautela en la medida en que las referencias a esa cuestión en su jurisprudencia son muy escasas y las pocas que hay «parecen fuera de lugar y contexto»⁷¹ por no encajar en el objeto del asunto tratado por el Tribunal. En su Sentencia de 28 de septiembre de 1995, al hilo de determinar el alcance del art. 24.1 CE en relación con la inmunidad diplomática, el Tribunal Constitucional afirmó que «si los poderes públicos no adoptaran las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática cuando la misma sea procedente (STC 107/1992, FJ 3), pese a haberla solicitado, este podrá eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los Juzgados y Tribunales españoles por la lesión sufrida en sus bienes y derechos» (art. 106.1 CE)⁷².

37. En todo caso, es necesario señalar que esta responsabilidad de la Administración se subordina al cumplimiento de las tradicionales condiciones para el ejercicio de la protección diplomática de conformidad con el Derecho internacional, esto es, agotamiento previo de los recursos internos y condición de la nacionalidad.

4.2. La audacia de la SAN de 19 de diciembre de 2019: derechos fundamentales y la ausencia de causalidad

38. Este era, muy sumariamente, el estado de la cuestión preexistente hasta el 19 de diciembre de 2019. La SAN sobre el caso *Couso* dictada ese día, marca un punto de inflexión en materia de responsabilidad del Estado por el no ejercicio de la protección diplomática. La responsabilidad patrimonial del Estado español se declara sin relación causal tal y como se entendía hasta ese momento, es decir, sin actuación alguna previa por parte del Estado español que pueda desencadenar el ilícito de un tercer Estado y el consiguiente perjuicio para los nacionales españoles. En su argumentación, el Tribunal sitúa al individuo y sus derechos fundamentales en eje central de la argumentación, en coherencia con el núcleo de nuestro ordenamiento jurídico.

4.2.1. El hecho ilícito internacional

39. Como ya hemos dicho anteriormente, la existencia de un ilícito internacional es presupuesto necesario para el ejercicio de la protección diplomática. Los hechos que dan origen a esta sentencia se remontan al 8 de abril de 2003, en Bagdad, durante la ocupación militar de Irak por Estados Unidos

⁷¹ Díez de Velasco, M., «Protección diplomática...», *op. cit.*, p. 199.

⁷² FJ 10. Esta sentencia es además citada por la AJI, en su Informe núm. 13020, cit., p. 5.

y otros Estados aliados. La Audiencia Nacional se sirve de las «apreciaciones fácticas efectuadas por nuestros órganos judiciales del orden penal» en el caso y las asume como propias⁷³. De acuerdo con la exposición fáctica de la sentencia, «un carro de combate disparó un proyectil de 120 mm contra el hotel Palestina [...] a la altura de la planta 15, donde se encontraba filmando el periodista español José Manuel Couso Permuy, causándole la muerte a él y a otro periodista de la agencia Reuters. El carro de combate contaba con elementos de visión con los cuales se podía apreciar con total claridad a las personas que se encontraban en ventanas y balcones del hotel y los objetos que portaban». Señala que las tropas norteamericanas eran conocedoras de que ese hotel albergaba periodistas «llegando a esta conclusión a través de los testimonios y documentación acopiada en la causa» y «descarta que los periodistas ubicados en el hotel pudieran ser confundidos con ojeadores, tiradores o grupos de tiradores del enemigo, porque la distancia hasta las tropas americanas era excesiva para ese cometido y porque los binoculares, flases y objetivos de los periodistas no podían ser confundidos una vez que las tropas americanas sabían que en el hotel se encontraban los periodistas». A continuación, el Tribunal reproduce un párrafo de la STS de 25 de octubre de 2016 que afirma que «es obligado señalar que la muerte causada violentamente de un profesional de la información cuando estaba en el ejercicio de sus funciones, en las circunstancias que se infieren de lo que se describe en los escritos presentados, constituye un ataque no justificado por parte de fuerza armada a población civil, como igualmente resulta lamentable la escasa cooperación judicial prestada por las autoridades de Estados Unidos para el esclarecimiento de los hechos»⁷⁴. Después de reproducir los arts. 79, 51 y 57 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra y recordar que este establece un «sistema de protección de las personas civiles en los casos de conflicto armado» y en particular también para los periodistas⁷⁵, señala que «la muerte del Sr. Couso presentaba la apariencia de un ilícito internacional imputable a las fuerzas de los Estados Unidos»⁷⁶. Se apoya además en el Dictamen del Consejo de Estado 1496/1991 sobre «un supuesto muy semejante» a ese en el que se concluye que, efectivamente, existió ilícito internacional⁷⁷.

⁷³ FFJJ 8 y 9. En particular acude al Auto de procesamiento de 4 de octubre de 2011, emitido por el Juzgado de Instrucción núm. 1, sumario 27/2007 (Diligencias Previas 99/2003) y al ATS de 13 de julio de 2010.

⁷⁴ FJ 8, reproduciendo los Fundamentos de Derecho, párr. 1, STS de 25 de octubre de 2016 que determinó el sobreseimiento de la causa penal (Sentencia 797/2016).

⁷⁵ FJ 10.

⁷⁶ FJ 11.

⁷⁷ Véase FJ 11. Véase Dictamen del Consejo de Estado 1496/1991 de 30 de enero de 1992, párr. IV. Conviene recordar que aunque Estados Unidos no ha ratificado el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, el respeto a la población y personas civiles forma parte de los «principios generales básicos de Derecho Humanitario» que los Estados deben respetar [véase STIJ de 27 de junio de 1986 (caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella), *Nicaragua c. Estados Unidos*, párr. 220] o dicho de otra manera «norma fundamental de Derecho internacional humanitario» (Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, caso IT-95-11-R61, de 8 de marzo de 1996, *Prosecutor v. Martić*, párr. 10). En todo caso, Estados Unidos sí es parte en las Convenciones de Ginebra de 1949 de cuyo art. 3 se despren-

40. Merece también atención que recuerde la Sala que para el ejercicio de la protección diplomática no es necesario «que el ilícito internacional haya sido judicialmente declarado, sino que se esgriman unos hechos que integran razonablemente ese ilícito internacional»⁷⁸. Hemos de felicitarnos por este hecho. De lo contrario, el particular quedaría al completo arbitrio de la Administración y absolutamente desamparado en caso de que esta negara la existencia del ilícito como excusa para el no ejercicio de la protección diplomática⁷⁹.

4.2.2. *El agotamiento de los recursos internos*

41. En el caso que nos ocupa, la sentencia estima que la demandante sí cumplió con el requisito de agotamiento de los recursos internos aunque no acudiera en ningún momento a las autoridades norteamericanas ejercitando los recursos procedentes. Ello porque «tal requisito se entiende también cubierto ante la inexistencia de recursos internos disponibles o cuando este sea ineficaz porque no brinde una posibilidad razonable de obtener la reparación por el Estado cuya responsabilidad se invoca»⁸⁰. Efectivamente, esta es una causa de excepción al requisito de agotamiento de los recursos internos recogida en el art. 15 del Proyecto CDI sobre protección diplomática de 2006: «No será necesario agotar los recursos internos cuando: a) No haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación». El Tribunal acude al Dictamen del Consejo de Estado 1496/1991 emitido el 30 de enero de 1992 antes citado, en el que se da cuenta de la doctrina de las «cuestiones políticas» en Estados Unidos. En virtud de ella, los Tribunales federales no son competentes «para conocer de pretensiones indemnizatorias derivadas de daños causados por acciones bélicas»⁸¹.

42. Además del agotamiento de los recursos internos, el otro requisito *sine qua non* es que el individuo sobre el que el Estado va a ejercer la protec-

de claramente la prohibición de atentar contra la vida de las personas que no participen directamente en las hostilidades.

⁷⁸ FJ 8.

⁷⁹ Correspondiendo en primer término al propio Estado la apreciación de un ilícito internacional, no debería quedar al único arbitrio de este; parece razonable que los Tribunales españoles pudieran examinar la concurrencia de hechos que «razonablemente» permiten desprender la existencia de dicho ilícito en el marco de este tipo de procesos. No obstante, hay quien no parece muy favorable a ello: «La apreciación de que concurren las circunstancias para su ejercicio —la existencia de un hecho internacionalmente ilícito imputable a otro Estado del que se derivan daños para un nacional— corresponde al propio Estado, que a este respecto goza de un margen de apreciación difícilmente fiscalizable por la jurisdicción. ¿O acaso son los tribunales españoles competentes para pronunciarse sobre la responsabilidad internacional de otro Estado?» (DIEZ-HOCHLEITNER, J., «Protección diplomática...», *REDI*, *op. cit.*, vol. LXIV, 2012, núm. 2, p. 197).

⁸⁰ FJ 11.

⁸¹ FJ 11. Véase Dictamen del Consejo de Estado citado, párr. II. Añade el Consejo de Estado en su Dictamen, que «dicha situación resulta en una inhibición de los tribunales en la que hay que ver, más que una denegación de justicia, una indicación de la preferencia de los Estados Unidos por el tratamiento político y no judicial de los problemas como el que aquí se contempla» (párr. III).

ción diplomática tenga su nacionalidad. En este caso concreto no se plantea ninguna duda, por lo que no será objeto de comentario al respecto.

4.2.3. *La responsabilidad del Estado por la omisión de protección diplomática*

43. La sentencia, después de examinar el cumplimiento de las condiciones para el ejercicio de la protección diplomática, reconoce que no existe en Derecho español disposición normativa específica alguna que obligue al Estado al ejercicio de la protección diplomática⁸². También reconoce que el perjuicio causado al individuo por el Estado extranjero no tiene «conexión causal con la conducta de nuestras autoridades» en este caso⁸³. Todo ello, sin embargo, no obsta a la existencia de aquella obligación en determinadas circunstancias⁸⁴ y a la declaración de responsabilidad del Estado.

44. La existencia de una obligación del Estado de ejercer la protección diplomática de los derechos fundamentales del individuo y la declaración de responsabilidad del Estado por el no ejercicio de la protección diplomática en ausencia de nexo causal (tal y como se venía entendiendo hasta entonces) entre el perjuicio sufrido por el particular y la actuación previa de la administración, constituyen la verdadera innovación de esta sentencia. Con esta sentencia se rompe con el hasta entonces requisito *sine qua non*⁸⁵ para afirmar en tales casos la responsabilidad patrimonial de la Administración.

45. Los argumentos del tribunal exigen reflexionar sobre la evolución de la protección diplomática en Derecho internacional, sobre la existencia de una obligación de ejercer la protección diplomática en el ordenamiento jurídico español y sobre la existencia de una *nueva causalidad* en base a la que declarar la responsabilidad del Estado al efecto.

a) *La evolución del Derecho internacional*

46. La relación entre el Ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico español y la necesidad de que este último se conduzca de conformidad con el primero ha sido ampliamente analizado por doctrina y

⁸² FJ 12. No obstante, no ha faltado alguna sentencia como la dictada por la propia Audiencia Nacional el 18 de noviembre de 1999 que afirmaba sorprendentemente que «aunque no existe en nuestra Constitución un reconocimiento expreso del derecho de los ciudadanos a exigir del Estado el ejercicio de la protección diplomática, este queda sobreentendido por nuestra legislación, como se desprende del art. 21.5 de la LO del Consejo de Estado». Véase el comentario crítico al respecto de GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Protección Diplomática y Derecho español», *REDI*, vol. LII, 2000, núm. 2, pp. 491 y 492.

⁸³ FJ 13.

⁸⁴ FJ 12.

⁸⁵ Díez-Hochleitner, J., «Protección diplomática...», *op. cit.*, pp. 196 y 198.

jurisprudencia⁸⁶. La cuestión aquí es cómo entiende la Audiencia Nacional en esta sentencia que se encuentra la cuestión de la protección diplomática en el Derecho internacional público, para luego *trasladarlo* al Ordenamiento jurídico español.

47. En las páginas anteriores ya hemos comentado cómo la humanización del Derecho internacional ha permitido reflexionar sobre la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática y ha dado a luz al art. 19 del Proyecto CDI. Sin embargo, una cosa es que esto pueda servir para que los Estados reflexionen y en base a ello *voluntariamente decidan reorientar* su ejercicio de la protección diplomática y otra muy distinta es que *deban hacerlo*, es decir, que estén jurídicamente obligados a hacerlo en aras del Derecho internacional.

48. Aunque compartimos el resultado de la argumentación del Tribunal, no compartimos su motivación. De acuerdo con lo que hemos comentado con anterioridad, no es jurídicamente admisible, desde el Derecho internacional público, considerar que el proyecto de la CDI *es todo él* Derecho consuetudinario, incluido el art. 19, que como su propio encabezado indica constituye una «Recomendación». El contenido de esta Recomendación, a día de hoy, no constituye lamentablemente Derecho consuetudinario ni aparece en Tratado internacional alguno. Por tanto, no compartimos la afirmación de la sentencia, según la cual, «la protección diplomática está siendo objeto de reajustes en los últimos años, admitiendo la existencia de una *verdadera obligación* para el Estado de ejercitar la protección diplomática en favor de su nacional si concurren los requisitos para ello». Tampoco es posible afirmar que la sentencia emitida por el TIJ en el asunto *Diallo* considere el conjunto del proyecto de la CDI como Derecho consuetudinario, sino que solo lo haría con relación a algunas de sus disposiciones⁸⁷; y también hemos de señalar que la Resolución de la Asamblea General 62/67 de 6 de diciembre a la que también se refiere la sentencia no es una Resolución jurídicamente relevante en lo que a nosotros nos interesa, al contrario de lo que puede parecer leyendo la sentencia, pues solo se encarga de señalar a la atención de los Estados el Proyecto y de felicitar a la CDI por sus trabajos; la Resolución no «Recomienda» a los Estados miembros actuación alguna al respecto, y *no hace suyo* el proyecto⁸⁸.

49. Lo que sí podría afirmarse es que negar la protección diplomática en base a una construcción de absoluta discrecionalidad de esta figura en Derecho internacional, no está en consonancia con la tendencia de este ordenamiento en la actualidad, si bien no se puede considerar todavía a día

⁸⁶ Tanto los Manuales de Derecho internacional público como las obras monográficas y publicaciones periódicas han dedicados multitud de páginas a esta cuestión. A ellos remitimos para ahondar en ello.

⁸⁷ *Op. cit.*, FJ 39.

⁸⁸ Y aunque así fuera, debemos recordar que las Resoluciones de la AG de Naciones Unidas «son simples recomendaciones y, por ello no obligan estrictamente a sus destinatarios a dar cumplimiento a su contenido» (MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho internacional público*, Madrid, Trotta, 2005, p. 406).

de hoy la existencia de una obligación al respecto. Quizá hubiera sido más acertado afirmar que una negativa al ejercicio de la protección diplomática en determinadas circunstancias no está en consonancia con la evolución de esta figura en Derecho internacional y que, en definitiva, una limitación en el ordenamiento interno para el Estado en el ejercicio de la protección diplomática se concilia mejor con el estado actual de la cuestión en el ordenamiento internacional y su evolución, que negarlo plenamente. Además, tal y como acertadamente se ha señalado «uno de los campos de actuación más sobresalientes de las acciones de protección por los Estados en defensa de sus nacionales en el extranjero y, en particular, de la protección diplomática, 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»⁸⁹. Por esa razón, «cada vez tiene más apoyo doctrinal la tesis según la cual los Estados tienen alguna obligación, por imperfecta que sea, de proteger a sus nacionales en el extranjero cuando son víctimas de violaciones graves de sus derechos»⁹⁰. Sin embargo, el apoyo doctrinal, tal y como hemos visto, no se corresponde con las opiniones de los Estados, haciendo imposible afirmar la existencia, a día de hoy, de norma consuetudinaria alguna en el ordenamiento jurídico internacional en ese sentido.

b) *La obligación para el Estado español de ejercer la protección diplomática*

50. La SAN parte de la consideración de que la jurisprudencia constitucional entiende que «al menos bajo ciertas condiciones y supuestos», el Estado tiene «la obligación de desenvolver su actividad cerca del Estado incumplidor de sus obligaciones a fin de lograr la satisfacción del derecho de sus nacionales»⁹¹. Recurre a la letra de la STC 140/95, de 28 de septiembre, que ya citamos antes cuando afirma que «si los poderes públicos no adoptaran las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática cuando la misma sea procedente (STC 107/1992, FJ 3), pese a haberla solicitado, este podrá eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los Juzgados y Tribunales españoles por la lesión sufrida en sus bienes y derechos (art. 106.1 CE). Lo que también posibilita, aunque indirectamente, la satisfacción judicial de

⁸⁹ DÍAZ BARRADO, C., «La protección diplomática en el Derecho internacional contemporáneo. Cuestiones generales», *Anuario de Derecho de Diplomático y Consular*, 2016, núm. 1, p. 174.

⁹⁰ DÍEZ DE VELASCO, M. y ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (I): la protección diplomática», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (coord.), *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 926. Citado también por DÍAZ BARRADO, C., *op. cit.*

⁹¹ FJ 12.

los derechos e intereses de los particulares por esta vía»⁹². Para determinar la existencia de un derecho subjetivo del particular en nuestro ordenamiento jurídico, la Audiencia Nacional recuerda también la STS de 29 de noviembre de 1986 que afirma que «la adecuada protección de los nacionales españoles en el extranjero constituye un *cometido esencial* del Estado conforme a la Constitución»⁹³, y la STS de 10 de diciembre de 2003 que se refiere a la protección diplomática como *potestad-deber*⁹⁴. A partir de aquí, lo relevante de la SAN a este respecto en nuestra opinión, su interés jurídico, radica en la asociación entre obligación de ejercer protección diplomática y derechos fundamentales.

51. La protección diplomática se constituye para la Audiencia Nacional en su Sentencia de 19 de diciembre como un medio para hacer efectivos los principios constitucionales y, particularmente, los derechos fundamentales: «en ausencia de previsiones legales específicas, esta [obligación de ejercer la protección diplomática] puede nacer de la necesidad de hacer efectivos los valores y principios constitucionales, integrados o interpretados con o desde los tratados internacionales sobre los valores en juego y los principios de Derecho internacional a los que el Estado (todo él) debe acomodar su actuación»⁹⁵. En esa línea, asociando limitación en la discrecionalidad del ejercicio de protección diplomática y derechos fundamentales en la Constitución, la Audiencia Nacional afirma que si «uno de los cometidos esenciales del Estado es la protección de sus nacionales, la obligación del Estado de dispensar dicha protección alcanzaría su grado superlativo de acuerdo con la relevancia constitucional del derecho a la vida *ex art. 15 CE* en relación con el art. 10.2 CE y los convenios internacionales sobre su protección»⁹⁶. Señala además que la obligación de dispensar la protección diplomática alcanza a los familiares del individuo directamente lesionado y, en ese caso fallecido, pues «engarza con el específico deber impuesto en el art. 39 CE, según el cual “los poderes públicos aseguran la protección [...] jurídica de la familia”. Se trata de una obligación impuesta en el art. 53.3 CE que, si bien ha de ser prestada a través de los cauces que el Ordenamiento prevé, nos emplaza a que informe nuestra práctica jurisdiccional. Y en el presente caso, a la vista de que la familia del Sr. Couso no disponía de cauce jurisdiccional practicable ante los tribunales americanos para obtener la reparación que merecía [...], se evidencia que la protección diplomática se revelaba como el cauce idóneo y exigible para que nuestras autoridades cumplieran el mandato impuesto por el art. 39 CE ya citado»⁹⁷. Por último la Audiencia considera, además, que la actividad del Sr. Couso como periodista supone el ejercicio de la libertad de información del art. 20.1.d) CE que, según la jurisprudencia constitucio-

⁹² FJ 10.

⁹³ FJ 13, citando el FJ 4 de esa sentencia. La cursiva es nuestra.

⁹⁴ FJ 13 de la SAN, citando el FJ 5 de esa STS.

⁹⁵ FJ 12, letra b).

⁹⁶ FJ 14.

⁹⁷ *Ibid.*

nal no solo son derechos individuales de cada uno, «sino que significan “el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático” (STC 12/1982, de 31 de marzo) [...]. Consecuentemente, también esta dimensión objetiva de la libertad de información militaba en favor de la dispensa de la protección diplomática como forma de protección de la indicada libertad garantizando la indemnidad de su ejercicio»⁹⁸.

52. En opinión del Tribunal, su razonamiento no obsta al carácter discrecional de la protección diplomática en la medida en el ordenamiento español también permite el control jurisdiccional de los actos discrecionales de la administración, siendo precisamente la motivación inexistente en el caso que le ocupa, uno de los elementos sobre los que se puede ejercer el control⁹⁹. Pero además, señala el Tribunal que «si razones de política exterior [...] hubieran aconsejado no desarrollar acción diplomática alguna en favor de los perjudicados por el fallecimiento del Sr. Couso, ellos no tendrían la obligación jurídica de soportar individualmente la política exterior desarrollada en favor del conjunto del Estado y, en definitiva, de la globalidad de los ciudadanos. La imposición a los demandantes de este sacrificio en exclusiva iría en contra del “principio de igualdad ante las cargas públicas” al que se refería la ya citada STC 107/1992, de 1 de julio, FJ 3 *in fine*, para descartar que la inejecución de una sentencia deba ser soportada por los favorecidos por ella cuando el Estado no haya desarrollado la acción diplomática que cabe esperar»¹⁰⁰. En esta misma línea se ha pronunciado doctrina muy autorizada al señalar acertadamente que «una cosa es que el Estado posea discrecionalidad respecto a su actuación en el plazo de las relaciones internacionales y otra que el ciudadano deba soportar en todo caso el resultado de las decisiones políticas del Gobierno, por lo que creemos que las consecuencias de la situación a nivel internacional deben atenuarse en el orden interno por la vía de la indemnización, atribuyendo un efecto compensatorio, sobre la base de que el perjuicio sufrido por el particular en estos casos supone una ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas»¹⁰¹. Y es que incluso aunque la protección diplomática se configurara como un derecho del Estado y no del particular, y aunque el Estado pueda llegar a rechazar su ejercicio por consideraciones de oportunidad política, esto habría de ser «excepcional y no ha de servir de pretexto para la inacción diplomática»¹⁰². Ello debe ser especialmente así, en nuestra opinión, cuando se trata de la violación de derechos fundamentales y en coherencia con las obligaciones del Estado para su garantía y protección establecidas en la norma constitucional y sus desarrollos.

⁹⁸ *Ibid.*, *in fine*.

⁹⁹ FJ 15, párr. a).

¹⁰⁰ FJ 15, párr. b).

¹⁰¹ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Discrecionalidad en el ejercicio...», *op. cit.*, p. 343, e *id.*, «Procedimientos para asegurar la...», *op. cit.*

¹⁰² CASTRO-RIAL GARRONE, F., «Ejercicio de protección diplomática...», *op. cit.*, p. 188, citando a GECK, W. K., «Diplomatic Protection of Foreigners abroad», pp. 101 y ss.

53. Con sus afirmaciones, la Audiencia está asumiendo efectivamente la tendencia que ya subyacía en las sentencias anteriores y en buena parte de la doctrina que «alega esencialmente que la estructura moderna del Estado de Derecho en una sociedad democrática no se conviene con la interpretación absolutista del tratamiento a dar a la persona y bienes de los nacionales en la esfera internacional, cuando en la esfera interna el Estado está obligado a atenerse estrictamente a sus normas constitucionales, que, por solidaridad y justicia, no permiten el trato desigual y la acción arbitraria de los Gobiernos en relación a sus ciudadanos. Si es lógico, por un lado, que el Estado pondere su decisión política exterior en materia de protección, no deja de ser lógico también que el Estado no desampare discrecionalmente a sus nacionales cuando estos son víctimas del comportamiento injusto en un país extranjero»¹⁰³. Tal y como muy acertadamente se ha señalado: «Los principios básicos que informan nuestra Constitución y el amplio elenco de derechos fundamentales y humanos consagrados por ella se oponen a la discrecionalidad absolutista de épocas pasadas [...]. Los derechos y libertades han de entenderse “de conformidad con la Declaración Universal y los tratados y acuerdos internacionales” (art. 10). Baste señalar, a título indicativo, los arts. 24, 42, 103 y 106 de la Constitución. Y “proteger a todos los españoles» es la voluntad de la Nación (preámbulo)”¹⁰⁴. Efectivamente, «no parece lógico afirmar la discrecionalidad absoluta en el ejercicio de la protección diplomática en el caso de Estados que, al mismo tiempo, contemplan en su ordenamiento interno un amplio margen de protección de los derechos fundamentales»¹⁰⁵.

c) *La cuestión de la causalidad*

54. Hasta este momento, como ya señalamos, era necesario que la administración hubiera contribuido de alguna manera al resultado dañoso del nacional. La jurisprudencia había establecido siempre la responsabilidad del Estado por el no ejercicio o ejercicio inadecuado de la protección diplomática, teniendo en cuenta que el daño ocasionado al particular por parte del tercer Estado, conectaba causalmente con el comportamiento previo de la administración española. En ausencia de causalidad, se rechazaba la existencia de responsabilidad de la administración.

¹⁰³ CASTRO-RIAL GARRONE, F., *op. cit.*, p. 178. Abundando en esta idea, ha afirmado que: «Cuando el Derecho internacional permite, en principio, su ejercicio no debiera de eludirse, en un Estado de Derecho, salvo raras excepciones. Y salvo que se retorne a actualizar la noción de la “razón del Estado” que todavía puede subyacer en la idea utilizada, a veces con exceso, de los “actos de Gobierno”. De lo contrario se introduciría además un baremo desigual en el tratamiento jurídico de los propios ciudadanos. Cuando el Derecho internacional autoriza y faculta a un Estado a interceder en favor de sus ciudadanos objeto de acciones abusivas y antijurídicas en un país extranjero, las motivaciones internas tienen que ser muy valiosas y excepcionales para poder incurrir en la inacción u omisión de la protección diplomática» (pp. 186-187, citando a RUZIE, D., *Droit International Public*, París, 1987, p. 58).

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 179.

¹⁰⁵ DÍAZ BARRADO, C., «La protección diplomática en el Derecho...», *op. cit.*

55. A este respecto resulta paradigmática también la STS de 29 de marzo de 1999. En ella, el Tribunal desestimó las pretensiones de los demandantes que solicitaban la responsabilidad patrimonial de la administración por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del apresamiento de un buque pesquero por las autoridades marroquíes cuando faenaba en aguas jurisdiccionales españolas. Los demandantes consideraban que el Estado faltó a su deber de proteger eficazmente a los ciudadanos españoles porque desarrolló ineficaces y débiles gestiones diplomáticas para la liberación del buque y no solicitó a Marruecos una reparación, causando una indefensión de los reclamantes. A estas pretensiones, la Sala sentenció que «no cabe colegir la pretendida relación de causalidad entre la actuación de los servicios públicos y el apresamiento del buque o la tardanza en su liberación, ya que, como correctamente se razona en la sentencia recurrida, no existe una inferencia lógica entre las omisiones del Servicio de Vigilancia Aduanera y el apresamiento del buque en aguas jurisdiccionales españolas ni tampoco entre la actividad diplomática y la prolongación de su retención por las autoridades marroquíes, de manera que, al no existir nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido a los reclamantes, no son aplicables las consecuencias establecidas en los arts. 106.2 CE y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sin que la relación de causalidad aparezca tampoco de forma mediata, indirecta o concurrente con la de terceros, en cuyo caso, aun moderando la obligación de indemnizar, también habría responsabilidad patrimonial de la Administración demandada»¹⁰⁶. La sentencia reiteraba la «inexistencia de relación de causalidad entre dicho funcionamiento, con independencia que hubiese sido o no el adecuado y correcto, y el hecho del apresamiento o la retención hasta el momento de la liberación por las autoridades del otro Estado, al considerar, por el contrario, que fue la exclusiva actuación de estas la determinante de lo sucedido, sin que se pueda olvidar que la doctrina jurisprudencial consolidada mantiene la exoneración de responsabilidad de la Administración pública cuando fue la conducta del perjudicado o de un tercero la única determinante del daño producido, aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público [...] y en el caso enjuiciado no aparece otra causa eficiente de lo acontecido que el comportamiento de los servicios públicos del aludido Estado extranjero, razón que, unida a las anteriores, conduce a la desestimación»¹⁰⁷. Es esta necesidad de relación causal la que, a juicio de cierta doctrina, debía llevar a *tomarse con cautela* la afirmación de la STC 140/95 que ya hemos citado antes y según la cual «si los poderes públicos no adoptaran las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática cuando la misma sea procedente [...], pese a haberla solicitado, este podrá eventualmente ejercer una petición indemnizatoria [...] por la lesión sufrida en sus bienes y derechos»¹⁰⁸.

¹⁰⁶ FJ 4.

¹⁰⁷ FJ 5.

¹⁰⁸ FJ 10. Véase Díez-Hochleitner, J., *op. cit.*, p. 198.

56. En el caso que nos ocupa, la Sentencia del pasado 19 de diciembre, se quiebra esa condición de causalidad así entendida. Y el propio Tribunal lo reconoce expresamente: «Ha de aceptarse que los casos analizados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo [Sentencias de 16 de noviembre de 1974 y de 29 de noviembre de 1986] guardan una diferencia con el presente que impide su aplicación mecánica, pues se trataba en ellos de perjuicios causados por un Estado a nuestros nacionales en represalia a las conductas desenvueltas por España. Se daba por tanto una conexión causal entre la actividad de nuestras autoridades y el perjuicio infligido por otro Estado a un ciudadano español, perjuicio que no se habría intentado reparar a través del ejercicio de la protección diplomática o lo habría sido de modo inadecuado. Por el contrario, en el supuesto que nos ocupa, el fallecimiento del Sr. Couso fue causado por el ejército de Estados Unidos sin conexión causal alguna con la conducta de nuestras autoridades, pues el Sr. Couso era un periodista que se encontraba realizando su actividad profesional cuando sobrevino su fatal fallecimiento»¹⁰⁹. Sin embargo, la SAN considera que en este caso sí se dan las condiciones para que pueda desprenderse la responsabilidad del Estado por no haber ejercitado la protección diplomática¹¹⁰.

57. Efectivamente no existe causalidad en este caso asimilable a los casos anteriores en los que se constituía como elemento imprescindible. Pero también encontramos en la jurisprudencia alguna sentencia con afirmaciones que podrían permitir superar el nexo de causalidad tal y como se venía entendiendo. En este sentido la STS de 29 de diciembre de 1986 ya citada afirmó que, al margen de la actuación de la administración española que propició la acción del tercer Estado y el daño a los particulares, «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 del Estado 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», como ya declaró este Tribunal en su Sentencia de 2 de febrero de 1982, Sala 3.^a»¹¹¹. Se estaba censurando aquí una «concepción abusiva de la discrecionalidad»¹¹², «la pasividad del Estado y se limita, por ello, en alto grado, la excesiva discrecionalidad absoluta del siglo XIX que tan frecuentemente se atribuye todavía hoy, por ciertos sectores de la doctrina, a la noción abusiva de los llamados «actos de Gobierno»»¹¹³.

58. Sobre la causalidad, de las varias afirmaciones de la Audiencia Nacional se desprende que considera que es la omisión en el ejercicio de la pro-

¹⁰⁹ FJ 13.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ FJ 13 de la SAN, citando el considerando 4 de esa STS. La cursiva es nuestra.

¹¹² CASTRO-RIAL GARRONE, F., «Ejercicio de la protección diplomática...», *op. cit.*, p. 184.

¹¹³ *Ibid.*

tección diplomática la que impidió la posibilidad de reparación del daño causado de modo ilícito: «No consta la realización de gestión alguna tendente, no ya al reconocimiento de la ilicitud del ataque [...], sino a la reparación de sus consecuencias patrimoniales de un modo razonable»¹¹⁴; «la Administración española estaba obligada a desenvolver la actividad necesaria para promover ante el Estado infractor la reparación del daño causado de modo ilícito lo que no hizo ni en los momentos subsiguientes al fallecimiento del Sr. Couso ni hasta la fecha»¹¹⁵; «el perjuicio sufrido por la demandante que se deriva de la omisión del ejercicio por el Estado de la dispensa de protección diplomática no se identifica con el daño producido por el fallecimiento del Sr. Couso, sino con la pérdida de la ocasión de que mediante las gestiones diplomáticas cerca de las autoridades estadounidenses la demandante hubiera obtenido una compensación adecuada a los estándares utilizados en supuestos similares. La protección diplomática no dispensada consiste en una prestación de medio y no de resultado, de manera que existe un grado de incertidumbre notable acerca del éxito de la reclamación internacional y, en su caso, de su cuantificación. *De ahí que lo que ha de valorarse es precisamente la pérdida de la ocasión de conseguirla*»¹¹⁶. Esa omisión se tradujo en que «la Administración General del Estado se limitó a recibir y aceptar las explicaciones ofrecidas por la Administración de los Estados Unidos en el sentido de que el ataque al hotel Palestina se encontraba justificado y que el fallecimiento del Sr. Couso fue un lamentable accidente. No consta la realización de gestión alguna tendente, no ya al reconocimiento de la ilicitud del ataque [...], sino a la reparación de sus consecuencias patrimoniales de un modo razonable»¹¹⁷. No se está refiriendo el Tribunal ni al ejercicio de la asistencia consular ni a la protección consular¹¹⁸. No se está reprochando al Estado que no hiciera gestiones consulares, sino que no reclamara una reparación.

59. Resulta entonces que la Administración española, a través de su omisión de protección diplomática, ha contribuido a consolidar en uno de sus nacionales el perjuicio causado por un ilícito internacional, y le ha impedido resarcirse por ello. Se trataría de un supuesto en el que «si bien la causa primera de dicho perjuicio [del particular] es el hecho ilícito del Estado extranjero, la ulterior actuación de la Administración, con su inactividad, contribuye a la consolidación definitiva de la lesión, de forma que nos encontramos aquí con un supuesto de causa adicional sobrevenida que, interfiriéndose en la primitiva relación causal concurre de manera determinante a la produc-

¹¹⁴ Véase FJ 14, párr. 2. Véase también párr. 1 *in fine*, párr. 4.

¹¹⁵ FJ 14, párr. 2.

¹¹⁶ FJ 16. La cursiva es nuestra.

¹¹⁷ FJ 14.

¹¹⁸ Véase, sobre estas figuras, lo apuntado *supra*. Por esa razón no se entienden las Declaraciones de la Ministra de Asuntos Exteriores, Arancha Fernández Laya, con ocasión de hacerse pública la SAN, al afirmar que la sentencia «transforma el derecho de protección consular en casi una obligación del Estado de atender cualquier petición de cualquier español en el extranjero» (Declaraciones recogidas por distintos medios de comunicación. Véase, por ejemplo, *El País*, <https://elpais.com/espana/2020-03-03/el-gobierno-recurre-la-indemnizacion-a-la-familia-couso-decretada-por-la-audiencia-nacional.html>).

ción del daño final de la víctima ya que el particular, que tenía expectativas de lograr una satisfacción suficiente de la lesión, se ve privado de la única vía útil para obtenerla»¹¹⁹. Es evidente que el comportamiento de la Administración española se revela como inexistente en la protección a sus nacionales y coadyuvante a la consolidación del perjuicio de un ilícito internacional aunque «no entrañe para el actuar de la Administración española una conducta anormal y menos ilícita»¹²⁰. Aunque este razonamiento podría desprenderse, a juicio de la doctrina, de la STS de 16 de noviembre de 1974 y también de la STS de 17 de febrero de 1998 como hipótesis generales o para el caso específico de los acuerdos de indemnización¹²¹, es la primera vez que recae sobre un caso concreto que responde tan claramente a tal supuesto.

60. Aunque hay quien pueda pensar que este argumento no parece encajar con la consideración de la protección diplomática como derecho del Estado y no del particular en Derecho internacional, recordamos aquí dos cuestiones a las que ya nos hemos referido con anterioridad: 1) la evolución del Derecho internacional en la materia, y 2) nada obsta a que los Estados, en su ordenamiento interno, establezcan el derecho de los particulares a exigir la protección diplomática de su Estado.

5. CONSIDERACIONES FINALES

61. Es políticamente comprensible la postura de las autoridades españolas, igual que la de otros Estados. La concepción clásica de la protección diplomática y su puesta en práctica es suficiente por sí sola para que *razones de oportunidad política* que podrían amenazar las relaciones bilaterales entre dos Estados desemboquen, incluso, en el no ejercicio de tal protección.

62. Sin embargo, esa visión «absolutista» de la protección diplomática está alejada de una realidad en la que el individuo disfruta de una subjetividad en el ordenamiento internacional que debe consolidarse en coherencia con el desarrollo mismo de este ordenamiento. Actualmente no existe un consenso entre los Estados para avanzar en la dirección de una protección diplomática que, de conformidad con el avance en la protección internacional de los derechos humanos y la consideración de la dignidad humana como valor fundamental de la Comunidad internacional, debiera servir también, eficazmente, a la protección de aquellos a través de su *flexibilización*, limitando su ejercicio a un *margen razonable de discrecionalidad*¹²². No obstante, nada impide que los ordenamientos internos avancen en este

¹¹⁹ Véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Discrecionalidad en el ejercicio...», *op. cit.*, pp. 342-343, e *id.*, «Procedimientos para asegurar la aplicación de las normas internacionales: Protección diplomática», *REDI*, vol. 30, 1977, núm. 1, p. 134.

¹²⁰ Véase el considerando 8 de la STS de 16 de noviembre de 1973.

¹²¹ Véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Discrecionalidad en el ejercicio...», *op. cit.*, y «Protección Diplomática y Derecho español», *REDI*, vol. LI, 1999, núm. 2, p. 620.

¹²² Expresión tomada de CASTRO-RIAL GARRONE, F., «Ejercicio de la protección diplomática...», *op. cit.*, p. 178.

sentido para que la protección diplomática evolucione como mecanismo capaz de servir, también, a la protección eficaz de los derechos fundamentales.

63. La SAN de 19 de diciembre de 2019 contribuye positivamente a clarificar el ejercicio de la protección diplomática en España y ofrece un avance espectacular de esta figura en nuestro ordenamiento al fijar límites en su ejercicio discrecional, afianzando la figura del Estado como garante y protector de los derechos fundamentales del individuo, en particular de sus nacionales, y afianzando también la figura del individuo como sujeto de tales derechos. De un lado, deja claro que existe una obligación para el Estado de ejercer la protección diplomática en beneficio de sus nacionales cuando, cumplidas las condiciones para su ejercicio (agotamiento de los recursos internos y nacionalidad) se produce una violación grave de derechos fundamentales; ello en coherencia con el contenido de la Carta Magna y las obligaciones para el Estado en la garantía, protección y defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos y en línea también con la tendencia del proyecto de la CDI. De otro lado, cuando en esos casos el Estado decidiera no ejercer la protección diplomática por razones de política exterior, el particular podría obtener una indemnización en la medida en que la administración española, mediante su omisión haya contribuido a consolidar el perjuicio sobre él causado por el ilícito internacional de un tercer Estado.

64. Con esta sentencia, se fuerza al Estado a superar su reticencia a utilizar la protección diplomática como mecanismo de protección de los derechos humanos, alejándole de la concepción tradicional o clásica de protección diplomática. Se aleja la protección diplomática como derecho exclusivo y absolutamente discrecional del Estado, ahondando en la limitación de la discrecionalidad. La sentencia exige un ejercicio de coherencia entre el comportamiento del Estado y el contenido de las obligaciones que para él se desprenden de su ordenamiento jurídico. Es responsabilidad del Estado desarrollar su comportamiento tal y como prescribe su ordenamiento jurídico. La razón de Estado no puede servir como excusa para entrar en una pasividad caprichosa y eludir las responsabilidades que le incumben en la protección de los derechos fundamentales, núcleo esencial de un Estado democrático de Derecho como el nuestro y de acuerdo con nuestra Norma Fundamental.

65. Puesto que los derechos humanos se proclaman como universales e inseparables de la condición humana, base de la igual dignidad de todos los hombres, y puesto que las sociedades más seguras son probablemente aquellas que cuentan con un sólido sistema de protección y respeto de los derechos humanos, estos no deberían sacrificarse en aras de la pervivencia de obsoletas instituciones de Derecho internacional público como la protección diplomática o, cuando menos, de una concepción tradicional y restrictiva de esta figura, ni tampoco de la razón de Estado, en un Estado de Derecho en el que Estado se constituye precisamente como garante y promotor de tales derechos.

RESUMEN

LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO ESPAÑOL EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

En el ordenamiento jurídico español no existe una norma jurídica que establezca expresamente la obligación para el Estado de ejercer la protección diplomática. La práctica española de protección diplomática se ha mantenido esencialmente en el modelo tradicional de Derecho internacional público, con un férreo anclaje a la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática.

Actualmente no existe un consenso entre los Estados para avanzar, en el ordenamiento internacional, en la dirección de una protección diplomática que, de conformidad con el avance en la protección internacional de los derechos humanos y la consideración de la dignidad humana como valor fundamental de la Comunidad internacional, debiera servir también, eficazmente, a la protección de aquellos a través de su *flexibilización*. No obstante, nada impide que los ordenamientos internos avancen en este sentido para que la protección diplomática evolucione como mecanismo capaz de servir, también, a la protección eficaz de los derechos fundamentales.

La SAN de 19 de diciembre de 2019 ha supuesto un punto de inflexión al respecto en nuestro país. Esta sentencia contribuye positivamente a clarificar el ejercicio de la protección diplomática en España al fijar límites en su ejercicio discrecional, afianzando la figura del Estado como garante y protector de los derechos fundamentales del individuo, en particular de sus nacionales, y afianzando también la figura del individuo como sujeto de tales derechos. De un lado, deja claro que existe una obligación para el Estado de ejercer la protección diplomática en beneficio de sus nacionales cuando, cumplidas las condiciones para su ejercicio (agotamiento de los recursos internos y nacionalidad) se produce una violación grave de derechos fundamentales; ello en coherencia con el contenido de la Carta Magna y las obligaciones para el Estado en la garantía, protección y defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos y en línea también con la tendencia del proyecto de la CDI. De otro lado, cuando en esos casos el Estado decide no ejercer la protección diplomática por razones de política exterior, el particular puede obtener una indemnización en la medida en que la administración española, mediante su omisión ha contribuido a consolidar el perjuicio sobre él causado por el ilícito internacional de un tercer Estado.

La sentencia exige un ejercicio de coherencia entre el comportamiento del Estado y el contenido de las obligaciones que para él se desprenden de su ordenamiento jurídico. Es responsabilidad del Estado desarrollar su comportamiento tal y como prescribe su ordenamiento jurídico. La razón de Estado no puede servir como excusa para entrar en una pasividad caprichosa y eludir las responsabilidades que le incumben en la protección de los derechos fundamentales, núcleo esencial de un Estado democrático de Derecho como el nuestro y de acuerdo con nuestra Norma Fundamental.

Palabras clave: protección diplomática, control judicial de la discrecionalidad, derechos fundamentales, responsabilidad patrimonial del Estado.

ABSTRACT

LIMITS TO THE DISCRETION OF THE SPANISH STATE IN THE EXERCISE OF DIPLOMATIC PROTECTION

The Spanish practice on Diplomatic Protection has followed the traditional model of Public International Law in relation to this topic: A State is not obliged under international law to exercise diplomatic protection on behalf of a national who has been injured as a result of an internationally wrongful act attributable to another state. There is a discretionary

nature of the State's right to exercise diplomatic protection and there is not an individual right to Diplomatic Protection.

Recently, a Sentence of the Audiencia Nacional on 19th December 2019 has introduced a signification change to it. It has recognized, invoking several provisions of the Spanish Constitution, the right of the individual to receive diplomatic protection for injuries suffered abroad, which, must carry with it the corresponding duty of the State to exercise protection. Furthermore, it has considered the State responsible when the State's inaction resulted in a failure to exercise Diplomatic Protection, and thus contributing to consolidate the injury derived from a violation of the Individual's human rights.

This Sentence is in line with the recent tendency in Public International Law to the increase of rights of the Individual in Public international law, but it is not customary law yet. This Sentence is very consistent with the role given to the State as guarantor and protector of Human Rights by the Spanish Constitution and with the rule of law.

Keywords: diplomatic protection, judicial control of discretion, fundamental rights, patrimonial responsibility of the State.