
La protección diplomática: reflexiones sobre la discrecionalidad en el caso español

Diplomatic protection: thoughts on discretionality in the case of Spain

 Elena Díaz Galán

elena.galan@urjc.es

Universidad Rey Juan Carlos, España

Recibido: 6/11/2023

Aceptado: 1/12/2023

Resumen El presente trabajo analiza la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática desde una doble perspectiva. Por una parte, desde el derecho internacional que no obliga a los Estados a ejercerla. Y por otra, desde los ordenamientos jurídicos internos que pueden imponer la obligación al Estado de ejercitar la protección diplomática en favor de sus nacionales en el extranjero. Era necesario analizar esta cuestión por las discrepancias doctrinarias y en la práctica internacional. El objetivo esencial del trabajo es aclarar las normas en materia de protección diplomática, en particular en el caso español. La metodología utilizada es analítica con base en la práctica y jurisprudencia internacionales; y comparativa en relación con los postulados de la doctrina científica. Los principales resultados son el esclarecimiento de la regulación de la protección diplomática en el sistema internacional y la precisión de las características de esta protección en el derecho español, como deber del Estado español y la obligación de reparación patrimonial.

Palabras clave reparación, derecho interno, responsabilidad internacional, decisiones judiciales, práctica internacional

Abstract This article analyzes discretionality when exercising diplomatic protection from a two-fold perspective: from the viewpoint of international law, which does not force States to exercise it, as well as from the viewpoint of domestic legal systems, which may impose on a State the obligation to exercise diplomatic protection in respect of a national of such State while abroad. We find it necessary to tackle this issue given the discrepancies that exist between legal scholars' opinions and international practice on the subject. This work, thus, aims at shedding light on the rules on diplomatic protection, focusing especially on the case of Spain. The methodology used is analytical, based on international practice and case law, as well as comparative, in connection with the postulates of scientific doctrine. As a result, we have managed to clarify how diplomatic protection is regulated at an international level and the exact features of the Spanish regulations regarding such protection, such as Spain's duties and the obligation to provide reparation for property rights.

Keywords reparation, domestic law, international responsibility, case law, international practice

Cómo citar este artículo Díaz Galán, E. (2023). La protección diplomática: reflexiones sobre la discrecionalidad en el caso español. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 6(6), 059. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe059>

1. Introducción

La protección diplomática es una figura consolidada en derecho internacional, a pesar de su falta de regulación jurídica. Se trata de una institución de naturaleza esencialmente consuetudinaria a cuya regulación han contribuido sobremanera los trabajos realizados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), los estudios doctrinales y también la jurisprudencia de los tribunales internacionales y nacionales. Ahora bien, la ausencia de normativa internacional clara, unida al carácter eminentemente político de la protección diplomática, ha ocasionado que su aplicación en la escena internacional sea sumamente abierta y flexible. En efecto, la protección diplomática está influida por intereses que van más allá de lo estrictamente jurídico y que penetran en el campo de lo político (Cahier, 1962).

En tal sentido, se pueden plantear dos aspectos: por un lado, no resulta fácil definir la protección diplomática puesto que integra elementos que contribuyen a que se configure como una institución “fácilmente amoldable” a distintas situaciones y cuyo ejercicio depende en gran medida de la voluntad y los intereses de los Estados en cada caso concreto. Por otro lado, y vinculado a lo anterior, la expresión “protección diplomática” se ha empleado en un sentido amplio con el fin de cubrir todas las situaciones en las que el Estado adoptaría medidas con el fin de proteger los derechos de un nacional que se encuentra en el extranjero. A esto último han contribuido, seguramente, los medios de comunicación y también la conmoción que determinados asuntos causan en las sociedades de los distintos Estados. A tal efecto, bastaría recordar algunos de los casos que han tenido lugar en la práctica española en los últimos años, tales como el Caso Couso, el de Pablo Ibar o el asunto de Nabil Manakli, condenado a pena de muerte en Yemen. Y, también, su confusión con otras figuras como la protección y asistencia consulares (Arredondo, 2016, p. 220).

En todo caso, la protección diplomática, por los componentes que la integran, no es una institución exenta de polémica. Como se ha señalado

la determinación y especificación de los derechos y las obligaciones de los Estados que ejercen la protección diplomática, el contenido de los derechos y de las obligaciones de los Estados frente a los cuales se ejerce y los derechos y obligaciones de los beneficiarios últimos del ejercicio de la misma, se constituyen en el núcleo central de la preocupación jurídica en esta materia (Díaz Barrado, 2016, p. 166)

que tiene un importante nexo con el campo de los derechos humanos. Efectivamente, la protección diplomática está estrechamente vinculada con el ámbito de los derechos humanos. De esta manera, la protección diplomática también podría comprender acciones de un Estado encaminadas a proteger a un nacional suyo de la actuación –contraria a los derechos humanos– de otro Estado.

Lo relevante es que la amplia naturaleza de la protección diplomática ha conllevado a que se desvirtúe la verdadera esencia de esta institución desde el punto de vista jurídico internacional ya que es

habitual que todos los medios de comunicación españoles se hagan eco de acontecimientos y situaciones que afectan a ciudadanos españoles fuera de sus fronteras y, muy especialmente, en aquellos casos en que tales ciudadanos son los destinatarios de actividades o acciones concretas desarrolladas en otros Estados que afectan, en particular, a sus derechos fundamentales (...). No obstante, en muy pocas ocasiones estas solicitudes de protección encierran una solicitud de protección diplomática en sentido estricto; y lo mismo puede decirse de las actividades que al efecto son desarrolladas por las autoridades españolas (Alcoceba Gallego, 2009, pp. 215-216)

o las autoridades de otros Estados de la comunidad internacional. Además, la aplicación de la protección diplomática se enfrenta a los problemas relativos a la eficacia del derecho diplomático y consular (Vilariño Pintos, 2022, p. 150).

Desde esta perspectiva, la creación de tribunales internacionales con competencias en materia de derechos humanos y la existencia de tratados e instrumentos jurídicos de distinto alcance en este terreno no han impedido, sin embargo, que se cierre el debate sobre la protección diplomática. Esta institución ha estado sometida

a una importante evolución, puesto que el individuo cuenta en la actualidad con otros mecanismos para la protección de sus derechos. Ahora bien, como lo destacó el Estado austriaco en los comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos al Proyecto de artículos sobre la protección diplomática de la Comisión de Derecho Internacional del año 2006, “se verifica en la práctica e incluso en recientes casos de la CIJ” que “este régimen tiene todavía gran importancia para la protección de las personas naturales”. Este país resalta el significado de la protección diplomática hasta el punto de considerar que “es a no dudarlo un tema clásico del derecho internacional que se presta a la codificación” y, además, “reúne todas las condiciones esenciales para que se pueda llevar a cabo una labor útil al respecto” (Documento A/CN.4/561 de la Comisión de Derecho Internacional, 2006, p. 8)¹.

El Proyecto de artículos sobre protección diplomática marca, sin duda, un momento clave en el intento por regular esta institución y, sobre todo, el Proyecto elaborado servirá como un instrumento de referencia a nivel universal en la materia, codificando la costumbre internacional y recogiendo el contenido de las decisiones de los tribunales internacionales, especialmente, las sentencias del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) en la materia. Ahora bien, como se sabe, este instrumento no tiene carácter vinculante y, en consecuencia, no existe tratado alguno de alcance general que regule la institución, lo que contribuye a que la discusión sobre la protección diplomática siga viva en la práctica de los Estados, en la doctrina iusinternacionalista y en la jurisprudencia. Pero, también, a que los distintos casos de la práctica vayan dirigiendo el contenido de esta institución.

A lo largo de este trabajo se reflexionará sobre un aspecto relevante de la protección diplomática. En particular, sigue ocupando la atención de la doctrina y también se suscita en la práctica internacional la cuestión relativa al carácter discrecional de la protección diplomática, como aspecto especialmente controvertido de esta institución. Este aspecto será analizado en la doble perspectiva de la regulación que proporciona el derecho internacional y, asimismo, en las posiciones que defiende el ordenamiento jurídico interno, en nuestro caso, el derecho español. La institución de la protección diplomática se configura no solo conforme al derecho internacional, sino también de acuerdo con los criterios del derecho interno y, a la postre, el ordenamiento nacional es el que determinará las consecuencias más tangibles de la protección por un Estado de sus nacionales en el extranjero. Éste se convierte entonces en un camino para reconducir el régimen jurídico internacional de esta institución y domeñar así lo que se viene diciendo habitualmente y que ha sido descrito con bastante precisión por Meunier (2013), para quien “la protección diplomática tiene el atractivo irresistible de los misterios; si bien es una de las instituciones más antiguas y fundamentales del derecho internacional, no hemos logrado, al parecer, darle una base que sea plenamente compatible con su régimen jurídico”. (p. 223)

2. La discrecionalidad de la protección diplomática en el derecho internacional

La discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática debe ser analizada primeramente en el plano internacional y las conclusiones a las que se llegue producirán sus efectos exclusivamente en las relaciones internacionales. En otros términos, el derecho-deber de los Estados de ejercer la protección diplomática se juzga en relación con normas internacionales y no en referencia a sus efectos en los ordenamientos jurídicos internos. Lo que debe quedar claro, desde el comienzo, es que el derecho internacional no impone en caso alguno la obligación a los Estados de ejercer la protección diplomática en favor de sus nacionales frente a otros Estados, aunque después se pueda cavilar sobre si en algún supuesto, en función del reconocimiento de derechos humanos esenciales en el derecho internacional, los Estados se pudieran ver obligados a no permanecer inactivos ante violaciones generalizadas y graves de los derechos humanos.

¹Documento A/CN.4/561 de la Comisión de Derecho Internacional (2006). Protección diplomática: comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos. <https://digitallibrary.un.org/record/568784?ln=es>

Como lo señaló hace algún tiempo Andrés Sáenz de Santa María (1976),

el derecho internacional clásico ha puesto de relieve repetidas veces una concepción de la naturaleza jurídica de la protección diplomática en el sentido de que su ejercicio es un derecho propio del Estado. Esta característica ha sido señalada por la jurisprudencia internacional de forma reiterada (...). (p. 322)

A partir de ahí, y teniendo en cuenta la evolución que ha experimentado el derecho internacional, se han formulado postulados en los que se relativizaban afirmaciones de ese tipo y de una concepción en la que primaba la discrecionalidad absoluta se ha ido caminando hacia una discrecionalidad relativa. En todo ello, ha influido de manera decisiva la incorporación en el derecho internacional del principio del reconocimiento y protección de los derechos humanos.

Ahora bien, para comenzar se podría decir que es una regla bien asentada en el derecho internacional que los Estados deciden si ejercitan la protección diplomática en favor de sus nacionales en el extranjero y, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por este ordenamiento jurídico. En palabras de la Comisión de Derecho Internacional es “el Estado el que inicia y ejerce la protección diplomática, y (...) el Estado es la entidad a la que corresponde el derecho a presentar la reclamación” (Naciones Unidas, 2006, p. 30), de tal manera que “el Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática en beneficio de uno de sus nacionales, pero no tiene el deber ni la obligación de hacerlo” (Naciones Unidas, 2006, p. 30). Aquí se fundamenta el rasgo más expresivo de la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática.

Además, no existen límites a este derecho, en el sentido de que en algunos supuestos el Estado en cuestión estuviera obligado a ejercitarla. Es una norma de derecho internacional aceptada por los Estados que integran la comunidad internacional y esta posición queda avalada por casi la totalidad de la doctrina científica, por la práctica de los gobiernos de los Estados, por los trabajos realizados por la CDI, y por las decisiones de la jurisprudencia internacional. Los postulados que se defienden en este sentido plantean frecuentemente una cuestión adicional en la que entiendo que no es preciso profundizar ahora y que está relacionada con que la discrecionalidad deriva de que es el Estado el titular del derecho cuando se ejercita la protección diplomática. Como se apuntó,

en la doctrina, el aspecto más controvertido de la protección diplomática es la cuestión de quién es el titular de los derechos que se reivindican cuando el Estado de la nacionalidad hace responsable a otro Estado de los perjuicios causados a un nacional suyo (Naciones Unidas, 2000, p. 231),

porque más allá de ello, la discrecionalidad del Estado procede de una norma del derecho internacional, con independencia de a quien se le otorgue la titularidad de los pretendidos derechos en el ejercicio de la protección. En esta línea, se pueden anotar como datos importantes los siguientes.

El Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de 1965 celebrada en Varsovia, reconoció también, siguiendo la estela de las decisiones judiciales, que “la protección diplomática es un derecho que tiene el Estado que la ejerce sobre la base del derecho internacional” (Institut de Droit International, 1965, p. 8), lo que incluye necesariamente la discrecionalidad del Estado a la hora de ejercitarla, es decir, el poder soberano de decidir si establece una relación de responsabilidad con otro Estado por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. A tal efecto, se debe subrayar que este instituto puso el acento en la vinculación entre protección diplomática y responsabilidad internacional, hasta el punto de que suscitó la conveniencia de estudiar la primera materia en el campo de la segunda. Incluso, en la sesión del instituto que tuvo lugar en Oslo en 1932 se dijo por alguno de los miembros que nunca hubo un derecho del individuo a la protección diplomática y que “nunca ha sido un deber del Estado protector” (Institut de Droit International, 1932, p. 514). Todo ello, ha implicado “la mayor discrecionalidad en relación con la oportunidad política, debiendo permanecer la decisión del Estado absolutamente autónoma” (Institut de Droit International, 1932, p. 514) y prueba de ello es que muchos particulares se han visto privados de toda protección diplomática.

En la práctica de los Estados, el hecho más definitivo que asegura la discrecionalidad será la inexistencia de tratado alguno que reconozca la obligación de los Estados de ejercer la protección diplomática en favor de

sus nacionales en el extranjero; y la convicción de que no se le puede exigir responsabilidad internacional en razón de no haberla ejercitado. Es innegable que numerosos ciudadanos del planeta no son beneficiarios de la protección de sus Estados cuando se encuentran en los espacios que están bajo jurisdicción y control de otros Estados y cuando se produce la comisión de un hecho internacionalmente ilícito en la relación con sus derechos o intereses. Hasta donde alcanzamos, no se conoce caso alguno en el que, conforme al derecho internacional, se establezca una relación de responsabilidad internacional entre dos Estados por el no ejercicio de la protección diplomática. Lo más insólito es precisamente que los Estados se vean obligados por su ordenamiento interno, y no por el derecho internacional, a ejercitar medidas de protección en favor de sus nacionales en el extranjero y, particularmente, la protección diplomática. En conclusión, no se puede deducir de la práctica de los Estados la obligación de ejercer la protección diplomática, en virtud de una norma de derecho internacional, por lo que hay que proclamar la discrecionalidad en este campo.

El Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional de 2006 camina también en esta dirección, aunque se quisieron establecer algunos límites a la discrecionalidad del Estado protector que, finalmente, se prescribieron como meras recomendaciones, y que quedaron reflejadas en el proyecto de artículo 19. En este caso, se parte de la consideración de que “hay ciertas prácticas de los Estados en la esfera de la protección diplomática que no han adquirido todavía la condición de normas consuetudinarias y que no se pueden transformar en normas jurídicas mediante el desarrollo progresivo del derecho” (Naciones Unidas, 2006, p. 58), lo que supone confesar que prima la discrecionalidad en estos casos. La evocación de un poder discrecional del Estado, independientemente de sus fundamentos políticos y jurídicos, se advierte en el Comentario al proyecto de artículo 3 sobre la nacionalidad del particular, al decir que

mientras que el proyecto de artículo 2 afirma el derecho discrecional del Estado a ejercer la protección diplomática, el proyecto de artículo 3 deja bien sentado el principio de que el Estado de la nacionalidad de la persona perjudicada tiene derecho, aunque no está obligado, a ejercer la protección diplomática a favor de esa persona. (Naciones Unidas, 2006, p. 30)

Ha sido seguramente la jurisprudencia internacional la que de manera más límpida se ha pronunciado en favor de la discrecionalidad del Estado a la hora de ejercitar la protección diplomática en favor de particulares, al margen de los cimientos de los que se ha servido, jugando un papel fundamental las decisiones de carácter judicial. La posición jurisprudencial ha sido invariable a estos efectos, a pesar de que se hayan ido incorporando matices en relación con los postulados que defiendan cada uno de los ordenamientos jurídicos internos. Pero, por lo que se refiere a la decisión de ejercer la protección diplomática con efectos únicamente en el plano internacional, la capacidad de disposición de los Estados es absoluta y se rige por criterios políticos y no jurídicos. Así se puede observar en los casos: Asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido), resuelto por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) en 1924; Asunto de los bienes británicos en el Marruecos español (España vs. Reino Unido), resuelto por una Corte arbitral en 1925; Asunto del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis, resuelto por el TPJI en 1939; en la Opinión consultiva del TIJ sobre la Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas en 1949; Asunto Nottebohm, resuelto por el TIJ en 1955; Asunto de la Barcelona Traction Light & Power Ltd. (Bélgica c. España), resuelto por el TIJ en 1970; Caso Lagrand (Alemania c. los Estados Unidos de América), resuelto por el TIJ en 2001; y el Caso Avena (México vs. Estados Unidos de América), resuelto por el TIJ en 2004.

En definitiva, el debate en torno al carácter discrecional en el ejercicio de la protección diplomática arroja una serie de conclusiones a la luz de los postulados de la doctrina científica, de las posiciones que se han plasmado en el seno de la CDI, y de las decisiones de la jurisprudencia internacional. Todo ello, desde el prisma exclusivo del derecho internacional, sin que intervengan los ordenamientos jurídicos internos. Por esto, según el derecho internacional: por una parte, los Estados no están obligados a ejercer la protección diplomática en favor de sus nacionales en el extranjero, cuando éstos han sido sujetos pasivos de la violación de un derecho o se han visto perjudicados en sus intereses, como consecuencia de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por parte de otro Estado. Por otra parte, los Estados tienen la facultad de decidir si

ejercen o no la protección diplomática y, por lo tanto, si activan una relación de responsabilidad internacional frente a otro Estado, y todo ello con base en criterios políticos y de oportunidad política, aunque la decisión de los Estados quede también supeditada a imperativos de su derecho interno. El derecho internacional no pone límites a esa facultad, aunque sí pueden hacerlo los ordenamientos jurídicos internos.

3. La discrecionalidad de la protección diplomática en los ordenamientos internos. El caso español

La ilimitada facultad de los Estados para ejercer la protección diplomática según el derecho internacional, puede quedar condicionada por lo que regulen los derechos internos. De tal modo, que un Estado concreto podría estar obligado, en virtud de su derecho interno, a ejercer la protección de sus nacionales en el extranjero y singularmente se le podría exigir por los particulares que ejerciera la protección diplomática. En este caso, se trataría de una relación entre el Estado cuya nacionalidad ostenta el particular y éste, en los supuestos en los que se haya producido una violación de una obligación que dimana de una norma de derecho internacional por parte de otro Estado y que afecta al particular. Por ello, existe un complemento a la regla bien asentada en el derecho internacional según la cual los Estados gozan de un poder discrecional a la hora de ejercer la protección diplomática, que viene identificada en el sentido de que esto es así, salvo que el ordenamiento interno del Estado en cuestión estipule la obligación de ejercerla.

Ahora bien, esto no significa en modo alguno que los Estados tengan el deber de establecerlo de esta manera en su derecho interno, ni tampoco tienen la obligación de establecerlo a nivel constitucional. La conclusión entonces será bastante clara: únicamente los Estados en cuyos ordenamientos internos, en cualquiera de los niveles normativos, se prevea el deber de ejercer la protección diplomática tendrá que proceder así y su responsabilidad, en el caso de que se suscite, se dirime en el ámbito del derecho interno y no del derecho internacional, a los efectos de las reparaciones que correspondan. La doctrina, la práctica y la jurisprudencia internacional han aceptado este punto de vista de manera unánime y no se han identificado obstáculos al poder de los Estados para imponer la obligación de ejercer la protección de sus nacionales en el extranjero a través de sus sistemas jurídicos.

Los derechos nacionales pueden, por lo tanto, imponer la obligación de ejercer la protección diplomática en favor de los ciudadanos de un Estado. Ahora bien, este deber únicamente sería aplicable a los órganos del Estado en cuestión y en relación con las personas que ostenten la nacionalidad del Estado que la ejerce. Esta aseveración abre la puerta a una diversificada práctica en función de las decisiones de cada Estado a este respecto. Las Sentencias de la Audiencia Nacional (AN) de 2019² y del Tribunal Supremo (TS) de 2021³, aunque de un modo un tanto confuso y desordenado, por lo menos poco sistemático, realizan la tarea de distinguir los planos internacional e interno, con el propósito de descubrir las obligaciones del Estado español en torno a la cuestión de la discrecionalidad, que siempre ocupa un lugar prominente en los debates sobre la protección diplomática; y, sobre todo, plantean la cuestión de la discrecionalidad en el derecho español.

En realidad, uno de los temas centrales sobre los que giran las citadas Sentencias de la AN y del TS será precisamente la discrecionalidad o no del Estado español a la hora de ejercitar la protección diplomática en favor de sus nacionales en el extranjero. La importancia radica en que pronunciarse en uno u otro sentido altera sustancialmente las obligaciones de los Estados y, en consecuencia, los efectos para los particulares.

²Sentencia de la Audiencia Nacional 4391/2019, del 11 de diciembre de 2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Número de Recurso 494/2005. <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-administrativo-an-sala-contencioso-sec-4-rec-494-2005-11-12-2019-48125180>

³Sentencia del Tribunal Supremo 3026/2021, del 9 de julio de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Número de Recurso 3030/2020. <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-administrativo-n-998-2021-ts-sala-contencioso-sec-5-rec-3030-2020-09-07-2021-48368868>

Las interrogantes, a pesar de todas las respuestas que se han dispensado a lo largo del tiempo, siguen siendo las mismas y consisten en determinar si la protección diplomática es un derecho o un deber del Estado que la ejercita y si es un derecho del particular que la solicita. Por ello, por lo que respecta al derecho español se pueden indicar las siguientes consideraciones.

No se encuentra ninguna norma en el derecho español que estipule con toda nitidez la obligación del Estado español de ejercer la protección diplomática en favor de los ciudadanos españoles que se encuentran en el extranjero. Lo señaló la AN en la sentencia de 2019. Para el Tribunal español “no existe en nuestro Ordenamiento una predeterminación de la fuente normativa de la que surja la obligación del Estado de ejercer la protección diplomática” (Sentencia del Tribunal Supremo 3026/2021, 2021)⁴. Con toda rotundidad, se debe afirmar que, en el plano legislativo y administrativo, no existe una regla precisa en el derecho español que consigne el deber del Gobierno de activar la protección diplomática cuando un español sea sujeto pasivo de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito en el espacio bajo jurisdicción y control de otro Estado.

Una vez aceptado que no existe norma precisa alguna en el derecho español que reconozca la obligación de las autoridades españolas de ejercer la protección en favor de sus nacionales en el extranjero y, más todavía, la protección diplomática, solo quedaría abierta la posibilidad de que esta obligación derivara de las decisiones judiciales, es decir, que las interpretaciones de los tribunales superiores del Estado español (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Audiencia Nacional) llegarán a la conclusión de que el derecho español impone el deber de proteger a los ciudadanos españoles en el exterior, mediante todos los medios a su alcance, incluido el ejercicio de la protección diplomática.

Y esto es precisamente lo que ha sucedido, al hilo del asunto de José Couso, cuando la AN y el TS reconocen implícita y explícitamente esta obligación del Estado. En palabras rotundas del TS

los ciudadanos españoles tienen derecho a la protección diplomática por parte de la administración nacional, para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por un hecho ilícito, conforme al derecho internacional, ocasionado directamente por otro Estado; siempre y cuando el propio perjudicado no haya podido obtener la reparación por los mecanismos de derecho interno del Estado productor del daño, siempre que estén establecidos y sea razonable obtener un pronunciamiento expreso en tiempo razonable. (Sentencia del Tribunal Supremo 3026/2021, 2021)⁵

De ahí deriva que tanto el ejercicio de la protección diplomática como la omisión a la hora de ejercitarla podría originar una reacción en el derecho interno del Estado al que le corresponden las labores de protección, de tal manera que se podría producir la exigencia de la responsabilidad patrimonial del Estado por los propios particulares.

En cualquier caso, el examen de la práctica española lleva a dos conclusiones: la primera es que no existe ninguna norma en el derecho español que obligue al ejercicio efectivo de la protección diplomática, a pesar de que la práctica española tienda a la protección de sus nacionales en el extranjero. Es cierto “que no hay ninguna disposición en el ordenamiento interno español, ni en la Constitución ni en ninguna otra norma de rango inferior, que imponga al Estado la obligación de ejercer la protección diplomática de sus nacionales” (Crespo Navarro, 2020, p. 222). La segunda es que se ha producido en España una práctica jurisprudencial en virtud de la cual se ha procedido a reparar los daños causados al particular por poderes públicos extranjeros, bien porque el Estado español no haya ejercido las labores de protección correctamente o bien porque lo

⁴Sentencia del Tribunal Supremo 3026/2021, del 9 de julio de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Número de Recurso 3030/2020. <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-administrativo-n-998-2021-ts-sala-contencioso-sec-5-rec-3030-2020-09-07-2021-48368868>

⁵Sentencia del Tribunal Supremo 3026/2021, del 9 de julio de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Número de Recurso 3030/2020. <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-administrativo-n-998-2021-ts-sala-contencioso-sec-5-rec-3030-2020-09-07-2021-48368868>

haya hecho de manera insuficiente; o incluso porque haya omitido actuar cuando realmente le correspondía con el fin de proteger los derechos de los particulares.

En esta línea, se podría decir que la importancia de las sentencias de la AN de 2019 y del TS de 2021 radica precisamente en que articulan una nueva visión de la protección diplomática para el derecho español y, sobre todo, en que con toda seguridad, por mucho que no se quiera, servirán de base para ulteriores reclamaciones con fundamento en los criterios excesivamente flexibles y amplios que se emplean las dos sentencias a la hora de definir los perfiles que configuran la protección diplomática, su naturaleza, contenido y particularmente los mecanismos que hacen efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado español. Desde luego, como se ha dicho “ciertamente declarar que existe un derecho a la protección diplomática en el panorama actual suscita más inquietudes que certidumbres” (Márquez Chamizo, 2022, pp. 679-680) y, además, “el nexo causal imprescindible para que pueda articularse la responsabilidad patrimonial de la Administración en relación a la protección diplomática ha cambiado su centro de gravedad” (Márquez Chamizo, 2022, pp. 679-680).

4. Consideraciones finales

El examen realizado lleva a determinadas conclusiones que expresan tanto las soluciones encontradas en torno a ciertos aspectos de la protección diplomática, como el significado de los avances que se han producido en esta institución y cómo se cumplen de esta manera los objetivos específicos de la investigación. En esta dirección, se aclara en términos generales el marco normativo que envuelve la protección diplomática y algunos aspectos como la aproximación a su concepto y, sobre todo, la cuestión concerniente a la discrecionalidad a la hora de ejercerla en la escena internacional en razón de lo que articule el derecho internacional y, particularmente, el ordenamiento jurídico interno del Estado protector.

En esta perspectiva, se constata, primero, que la protección diplomática es una institución clásica del derecho internacional que, a pesar de la rica práctica existente y los estudios doctrinales al respecto, no ha encontrado todavía una regulación precisa en el ordenamiento internacional. Más todavía, la reglamentación de esta figura y de su aplicación en la práctica se realizan con base en el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos, en nuestro caso, el derecho español, siendo así que las respuestas a casos concretos varían en función de los Estados implicados y, en consecuencia, de las normas aplicables en cada asunto. Con independencia de todo ello, existen reglas consuetudinarias de carácter internacional que establecen una regulación de la protección diplomática y de las condiciones de su ejercicio en la escena internacional. Como se sabe, ello ha sido codificado por la CDI en el proyecto de artículos sobre la protección diplomática de 2006. En todo caso, los principales hallazgos de esta investigación se centran en aspectos esenciales de la protección diplomática y pretenden satisfacer objetivos como aclarar aspecto de su naturaleza jurídica, aproximarse a un concepto ampliamente aceptado y, sobre todo, conocer las reglas en vigor en lo que se refiere al carácter discrecional de esta institución.

No obstante, existen algunas cuestiones que, en segundo lugar, suscitan una mayor controversia en el ámbito de la protección diplomática y que afectan fundamentalmente a su definición y todo lo relativo a la discrecionalidad en el ejercicio de la protección. Estas materias, y muchas más, integran una institución atractiva en términos jurídicos que, sin embargo, podría llegar a ser maleable en razón de criterios políticos. El carácter político de la protección diplomática y, en general, de todas las acciones realizadas con el propósito de proteger a los nacionales en el extranjero influye en la conformación de su regulación jurídica y, de manera singular, en los elementos que determinan la naturaleza discrecional en su ejercicio.

En particular, por último, se observa cómo la práctica española ha ido evolucionando en materia de protección diplomática, y más en general en relación con la labor de protección que realiza el Estado español en favor de sus nacionales en el extranjero. Lo más relevante en este campo es que, desde la instauración del periodo constitucional en 1978, diversas sentencias de los más altos órganos judiciales de nuestro país, sobre todo el

Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, se han pronunciado sobre asuntos concretos, así como también lo han hecho otro tipo de órganos como el Consejo de Estado, aportando soluciones nuevas en relación con la protección diplomática. Así, se ha articulado una práctica española en la materia que, especialmente, ha experimentado un cambio más radical tras las sentencias de la AN de 2019 y del TS de 2021. Estas sentencias abren una nueva perspectiva de la protección diplomática que se concibe como un derecho subjetivo de los particulares.

En definitiva, los objetivos específicos de la investigación quedan cubiertos desde el momento en que se acepta que la discrecionalidad tiene dos dimensiones distintas y complementarias, lo que constituye una de las bases que fundamentan este trabajo: por un lado, el derecho internacional reconoce ampliamente la discrecional del Estado protector a la hora de conceder la protección diplomática y, por ende, ejercerla; y, por otro lado, será de los derechos internos de donde proceda la obligación de los Estados de actuar en favor de sus nacionales, acudiendo a la figura de la protección diplomática, tal y como reflejan las últimas sentencias en el caso del derecho español.

Referencias bibliográficas

- Alcoceba Gallego, M. A. (2009). Práctica española de protección diplomática y derechos humanos: titularidad del derecho y nacionalidad del beneficiario. En F. Mariño Menéndez (Coord.), *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho español* (pp. 213-236). Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III de Madrid. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19830>
- Andrés Sáenz de Santa María, M. P. (1976). Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 3, 321-346. <https://dadun.unav.edu/handle/10171/20752>
- Arredondo, R. (2016). *Derecho diplomático y consular*. Abeledo Perrot.
- Cahier, P. (1962). *Le droit diplomatique contemporain*. Librairie E. Droz.
- Crespo Navarro, E. (2020). La naturaleza de la protección diplomática en el caso Couso: la compleja relación entre derecho internacional y derecho interno. *Revista Española de Derecho Internacional*, 72(2), 197-234. <https://www.revista-redi.es/redic/article/view/465>
- Díaz Barrado, C. M. (2016). La protección diplomática en el derecho internacional contemporáneo: cuestiones generales. *The Yearbook of Diplomatic and Consular Law*, 1. <https://www.yearbookdiplomaticlaw.com/>
- Institut de Droit International (1932). *Annuaire de l'Institut de Droit International. Session d'Oslo*. 37. Pe-done. <https://www.idi-iil.org/fr/publications-par-categorie/annuaire/page/6/>
- Institut de Droit International (1965). *Annuaire de l'Institut de Droit International. Session de Varsovie*, 51(I). Bâle. <https://www.idi-iil.org/fr/publications-par-categorie/annuaire/page/4/>
- Márquez Chamizo, E. (2022). Aportaciones del asunto Couso al derecho internacional: ¿cambio de paradigma en la protección diplomática o cierre en falso? *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, (3), 651-680. <https://www.rivistaoidu.net/rivista-oidu-n-3-2022-15-luglio-2022/>
- Meunier, H. (2013). Le fondement de la protection diplomatique: pour une nouvelle approche au moyen de la distinction entre préjudice et dommage. *Annuaire Français de Droit International*, 59, 223-255. <https://doi.org/10.3406/afdi.2013.4818>

Naciones Unidas (2000). Primer informe sobre la protección diplomática, del Sr. John R. Dugard, Relator Especial. Documento A/CN.4/506 y Add.1, 2, Parte I (pp. 215-259). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. <https://doi.org/10.18356/cfc093f1-es>

Naciones Unidas (2006). Reporte de la Comisión de la Asamblea General en su 58 sesión. Documento A/61/10, 2, Parte II. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. <https://digitallibrary.un.org/record/743583?ln=es>

Vilariño Pintos, E. (2022). *Curso de derecho diplomático y consular*. Tecnos.