

LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO: CUESTIONES GENERALES

Cástor Miguel DÍAZ BARRADO
*Catedrático de Derecho Internacional Público de la
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

CONTENIDO: REFLEXIONES INICIALES. I. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO, LA NATURALEZA Y LOS LÍMITES DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA. 1. Noción de protección diplomática. 2. Naturaleza jurídica: derecho del Estado o de los particulares y discrecionalidad en su ejercicio. 3. Límites en el ejercicio de la protección diplomática. II. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA. 1. El requisito de la nacionalidad del particular. 2. El requisito relativo al agotamiento de los recursos internos. 3. El requisito concerniente a la “conducta correcta” del particular. NOTA BIBLIOGRÁFICA BÁSICA.

REFLEXIONES INICIALES

La protección diplomática, entendida en sentido amplio, se configura como *una de las instituciones más clásicas y tradicionales del Derecho Internacional Público* y aparece, asimismo, como *una de las señas de identidad de este ordenamiento jurídico*. Ahora bien, la protección diplomática presenta, en la actualidad, *una serie de rasgos y elementos* que determinan su configuración jurídica¹. Entre *los elementos centrales* de esta institución podemos resaltar, con carácter introductorio, los siguientes:

En primer lugar, no es fácil, desde la perspectiva jurídica, ofrecer *una definición precisa de la protección diplomática*, de tal manera que la cuestión relativa a su definición y al concepto de esta institución se nos presenta como una tarea dotada de bastante complejidad. Por un lado, la expresión “protección diplomática”, muchas veces se utiliza para designar *acciones, actividades y todo tipo de comportamientos por parte de los Estados* que, en esencia, no entrarían bajo el concepto de protección diplomática en sentido estricto y que, o bien corresponden a otras figuras jurídicas o bien se trata, tan sólo, de meras prácticas diplomáticas o consulares; y, por otro lado, *los medios y mecanismos a través de los cuales se hace efectiva* la protección diplomática conduce, en ocasiones, a que se presenten dificultades a la hora de su exacta definición jurídica ya que, en algunas ocasiones, la protección diplomática se lleva a efecto a través de la presentación de reclamaciones internacionales y, otras veces, se adoptan mecanismos de otro tipo, como puede ser el caso de la celebración de acuerdos internacionales (como sería el caso de los acuerdos de compensación global o los acuerdos sobre traslados de personas condenadas).

En segundo lugar, la protección diplomática es

¹ Este trabajo se fundamenta y recoge el contenido del trabajo: DIAZ BARRADO, C. M., *Marco normativo de la protección diplomática. La protección consular y la asistencia consular de los emigrantes españoles*, en *Un mundo sin desarraigo. El Derecho internacional de las migraciones*, F. M. Mariño Menéndez (coord.), Madrid, 2006, pp. 240 y ss. Se entregó como unidad docente, en su versión inicial, al Profesor Ángel CHUECA SANCHO al que dedicó estas sencillas reflexiones en “el recuerdo más profundo”.

una institución en constante proceso de evolución y ello hace que varíen no sólo su significado y efectos sino, incluso, su contenido y alcance, ya que se van incorporando, progresivamente, nuevos aspectos que afectan a su caracterización jurídica y a los elementos centrales para el ejercicio de la labores de protección. En esta línea, existe una abundante práctica en materia de protección diplomática y, al mismo tiempo, se advierte una ingente documentación normativa en la materia. Como se ha dicho:

“la protección diplomática es un tema sobre el cual se cuenta con mucho material en la forma de codificación, convenciones, práctica de los Estados, jurisprudencia y doctrina. De hecho, es probablemente cierto que no existe ninguna otra rama del Derecho Internacional sobre el que exista tanto material. Sin embargo, ello no quiere decir que necesariamente haya claridad o certeza en las normas que gobiernan la protección diplomática en general”.

Siendo así que: *“las fuentes son en general incoherentes y contradictorias y apuntan a varias direcciones”*².

El carácter sumamente evolutivo de la institución de la protección diplomática y la abundante práctica en la materia harán que nos encontremos, en ocasiones, con bastantes dificultades a la hora de determinar, con rigor y exactitud, cuáles son las normas jurídicas que determinan y regulan su ejercicio, suscitándose distintas posiciones doctrinales e, incluso, manifestaciones y posiciones jurisprudenciales de distinto signo o que, por menos, sitúan el énfasis en unos u otros aspectos de la protección diplomática. A todo ello, habría que añadir *el carácter básicamente consuetudinario* de las normas que regulan la protección diplomática. Aunque existen múltiples tratados que regulan las cuestiones relativas a la protección de los nacionales que se encuentran en el extranjero por parte de los Estados cuya nacionalidad ostentan, sin embargo, las normas esenciales y los principios rectores en materia de protección diplomática y, también, de otras acciones de protección encuentran su fundamento jurídico último en la costumbre internacional. No debemos olvidar,

² Comisión de Derecho Internacional. *Tercer Informe sobre la Protección Diplomática*, J. Dugard, Relator Especial, A/CN.4/523, 7 de marzo del 2002.

en esta dirección, que la determinación del contenido jurídico de la protección diplomática y los efectos y el alcance de su ejercicio se harán, en último término, sobre la base del *comportamiento de los Estados en la materia*. A tal efecto, resulta sobresaliente que *cada Estado lleve a cabo una determinada práctica en relación con la protección de sus nacionales en el extranjero* y que de ello resulte un conjunto de normas complejas y repletas de matices en función del comportamiento particular de cada Estado.

En tercer lugar, la estrecha vinculación que se establece entre la protección diplomática y el conjunto del ordenamiento jurídico internacional hace difícil establecer, con nitidez, *el sector específico de este ordenamiento* en el que esta institución produce sus efectos jurídicos o, por lo menos, en el que habría que situarla con el objeto de proceder a su análisis y estudio de la manera más completa posible. Se podría decir que nos hallamos en presencia de una institución de carácter general, aunque es verdad que se manifiesta, de manera más clara, en determinados sectores, tales como *la solución pacífica de las controversias internacionales, la responsabilidad internacional de los Estados, la aplicación de las normas internacionales* o, más recientemente, *la protección internacional de los derechos humanos*. En muchos casos, es en el campo de la *responsabilidad internacional* donde debemos situar la institución de la protección diplomática. Como lo ha indicado la CDI:

*“en derecho internacional, un Estado es responsable del daño que cause a un extranjero por una acción o una omisión ilícitas. La protección diplomática es el procedimiento que emplea el Estado de la nacionalidad de la persona perjudicada para garantizar la protección de esa persona y obtener reparación del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”*³.

Esta ha sido la tendencia que ha seguido la CDI y el campo donde se sitúa, con naturalidad, esta institución, aunque no debemos descartar los efectos que produce en otros sectores del

ordenamiento jurídico internacional⁴.

Pero, también, en la evolución de esta institución, se ha producido la influencia de *los principios del Derecho Internacional* en lo relativo al ejercicio de la protección diplomática, de tal modo que, por un lado, se han ido estableciendo determinados *límites* al ejercicio de la protección y, por otro lado, la caracterización de esta institución ha alcanzado *un específico contenido* aunque no se encuentre todavía perfectamente delimitado. En la actualidad, como observaremos, además de los derechos y las obligaciones de los Estados en la relación jurídica que se genera como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática, se pondrá también el énfasis y se tendrán en cuenta los derechos y obligaciones de los beneficiarios últimos de dicha protección, es decir, de los particulares.

Con ello, nos encontramos ante una de las cuestiones que, desde siempre, se han planteado en relación con la protección diplomática y que, en palabras de M. Bennouna podríamos denominar la cuestión relativa *a su naturaleza jurídica* o, en realidad, *al titular del derecho que subyace en el ejercicio de la protección diplomática*⁵. La evolución de esta institución ha permitido que los particulares tengan un papel más relevante en la relación jurídica creada como consecuencia de las acciones de protección y ello debido, en buena parte, a la asunción por el individuo de cierto grado de subjetividad internacional o, por lo menos, al hecho de que tiene una presencia más activa en la esfera internacional. En palabras muy claras de la CDI:

*“en los primeros años del derecho internacional el individuo no tenía cabida ni derechos en el orden jurídico internacional. (...). En la actualidad, la situación ha cambiado radicalmente (...)”*⁶.

³ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones, p. 28. <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2006/spanish/chp4.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2006/>

⁴ Para la CDI “La redacción de los artículos sobre la protección diplomática se consideró inicialmente como parte del estudio sobre la responsabilidad de los Estados”, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones cit., p. 27.

⁵ Cfr., Comisión de Derecho Internacional. Informe Preliminar sobre la Protección Diplomática de M. Bennouna, Relator Especial, A/CN.4/484, 4 de febrero de 1998.

⁶ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones cit., p. 28.

Por último, a pesar de las dificultades que existen a la hora de precisar el significado, el contenido y el alcance de la protección diplomática, corresponde determinar *los derechos y las obligaciones* que se derivan en aquellos supuestos en los cuales se lleva a cabo su ejercicio, una vez identificados los entes que participan en las relaciones jurídicas que se generan como consecuencia de dicho ejercicio. 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.

En resumen, la protección diplomática presenta en la actualidad *numerosos aspectos* y esta materia precisa de un esfuerzo y de una labor de codificación. En este sentido, cabe recordar que, en 1996, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), incluyó la cuestión relativa a la “protección diplomática” como una de las materias que debería ser objeto de codificación y desarrollo progresivo o, al menos, que era una materia idónea para proceder a ello. Mediante la Resolución 51/160, de 16 de diciembre de ese año, la Asamblea General de las Naciones Unidas invitó a la Comisión de Derecho Internacional a determinar su objeto, contenido y alcance. En el año 2006, la CDI presentó el “Texto del proyecto de artículos sobre la protección diplomática”⁷ que habrá que tener muy en cuenta a la hora de examinar esta cuestión. Este instrumento, aunque no tenga valor vinculante y se trate tan sólo de un proyecto de artículos, puede aclarar muchas de las cuestiones que suscitan tanto a la hora de definir y dar contenido a esta institución como en lo relativo a su aplicación a casos concretos. El Proyecto de artículo se constituye, por lo tanto, en una de las bases más seguras para el estudio de la protección diplomática aunque

algunas de las precisiones que se contienen en este Proyecto continúen siendo objeto de discusión.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO, LA NATURALEZA Y LOS LÍMITES DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Es bastante difícil *definir* qué se entiende por “protección diplomática” y ofrecer así un concepto cerrado y nítido de esta clásica institución del ordenamiento jurídico internacional. La utilización constante, y en diversos contextos, de la expresión “protección diplomática” para designar comportamientos de muy diversa índole realizados por parte de los Estados así como las connotaciones políticas y jurídicas que, muchas veces, están presentes en el ejercicio de la protección diplomática han hecho, entre otras razones, que nos encontremos ante un concepto jurídico, que si bien no es un concepto jurídico indeterminado, sí está rodeado de elementos de gran incertidumbre y confusión y que presenta, en el fondo, una enorme complejidad.

Asimismo, las cuestiones referentes a su *naturaleza jurídica* habría que centrarlas en aquellas que perfilan los entes que participan en la relación o en el conjunto de relaciones jurídicas que se generan cuando se lleva a cabo el ejercicio de la protección diplomática en sentido estricto. La práctica de los Estados pone de manifiesto que, cada vez más, el beneficiario último del ejercicio de la protección diplomática, el particular, ocupa un lugar más sobresaliente en la relación jurídica creada y que, en el fondo, *la protección eficaz de los nacionales que se encuentran en el extranjero se constituye en el objetivo central y principal de la acción de protección*. No obstante, la configuración clásica de la protección diplomática continúa determinando y condicionando el carácter de las relaciones jurídicas que se generan y no hay que desdeñar, por supuesto, el importante papel que desempeñan los Estados afectados en las mismas. Lo que cabe constatar es que cuando se decide llevar a cabo acciones de protección diplomática surgen *relaciones jurídicas muy complejas*

⁷ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones cit. Capítulo IV: PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA, pp. 24 y ss.

y de difícil precisión en relación con los efectos que producen.

Por lo demás, han ido variando, con el tiempo, los modos y medios a través de los cuales se lleva a cabo la protección diplomática y, asimismo, resulta claro que el desarrollo normativo del Derecho Internacional influye, de manera más decisiva, en los contenidos de las normas. En este sentido, ciertas *normas fundamentales* del ordenamiento jurídico internacional, como es el caso de la prohibición de uso de la fuerza en las relaciones internacionales se podrían constituir en *límites* para el ejercicio de la protección, aunque todavía se plantean, a este respecto, posiciones doctrinales muy contradictorias y, asimismo, una práctica internacional de los Estados en la que habitan elementos, también, de incertidumbre y contradicción y que se han ido plasmando en la figuras de la denominada *“intervención de humanidad”* y, más recientemente, en *“la responsabilidad de proteger”*, aunque es verdad que, ambas figuras, desbordarían la exclusiva protección de los nacionales de un Estado para cubrir a otras personas que no ostentasen su nacionalidad.

1. Noción de protección diplomática

Normalmente, se utiliza la expresión “protección diplomática” para referirse a determinados comportamientos, acciones o actividades de los Estados en los que el objetivo perseguido será la protección de los nacionales que se encuentran en el extranjero y que han sido sujetos pasivos de la violación de alguna norma del Derecho Internacional o se hallan en situaciones o circunstancias que no implicando, en sentido estricto, la violación de normas internacionales, resultan, no obstante, difíciles para el normal desarrollo de su actividad o de los derechos que les correspondan e, incluso, de la defensa de sus intereses. El objetivo final de la acción será, en todo caso, proteger, salvaguardar o hacer efectivos los derechos que corresponderían al particular o, de ser así, ayudarle y auxiliarle en razón de las circunstancias que concurren en su caso. Lo que se puede apreciar, de todas maneras, es que los Estados e, incluso la doctrina científica, utilizan

los términos “protección diplomática” para designar *actos y comportamientos de muy diversa naturaleza e índole*. La CDI, sin embargo, lo ha limitado, en el campo de la responsabilidad internacional a la existencia de una reclamación frente a la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. En efecto, para la CDI se:

“describe la protección diplomática como la invocación de la responsabilidad de un Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito con respecto a un nacional de otro Estado por el Estado del que esa persona es nacional, con miras a hacer efectiva la responsabilidad. En cuanto reclamación presentada en relación con la responsabilidad del Estado, es una reclamación interestatal aunque pueda tener como resultado hacer valer los derechos de que goza el nacional perjudicado en virtud del derecho internacional”.⁸

i) La expresión “protección diplomática” sirve mejor que cualquier otra para expresar y determinar *el núcleo de la cuestión* que se suscita en aquellas ocasiones en las que se procede a su empleo, es decir, “la preocupación que manifiestan los Estados” por proceder a la protección y defensa de sus nacionales que se encuentran en el extranjero. Esto hace que podamos distinguir, por un lado, a la protección diplomática entendida *en sentido amplio* y que cubriría todo tipo de acciones, comportamientos y actividades realizadas por los Estados con el fin señalado y que podrían tener un carácter jurídico e, incluso, una naturaleza y contenido políticos; y, por otro lado, la protección diplomática entendida *en sentido estricto* que supondría una categoría jurídica más precisa y que vendría a expresar el empleo de determinados medios para su ejercicio (la reclamación internacional o el acuerdo internacional); el cumplimiento estricto de determinados requisitos (la nacionalidad de la reclamación o el agotamiento de los recursos internos); y el surgimiento de una relación jurídica compleja entre los Estados afectados por la misma y el particular en beneficio del cual se ejerce.⁹

⁸Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58° período de sesiones, *cit.*, p. 29.

⁹*Vid.*, las reflexiones de JIMÉNEZ PIERNAS, C. *La conducta arriesgada del particular y la responsabilidad*

Debemos distinguir cuándo nos encontramos ante una u otra situación, ya que la regulación jurídica, los derechos y las obligaciones de los entes implicados en la relación así como el contenido, alcance y efectos de la misma serán completamente diferentes si se trata de la protección diplomática en sentido estricto o en sentido amplio. La práctica de los Estados lo que pone de relieve es que *la protección diplomática en sentido estricto* se configura como uno de los últimos recursos que utilizan los Estados para proteger a sus nacionales en el extranjero y que, con carácter previo a su ejercicio se lleva a cabo todo un proceso de lo que podríamos denominar “*el agotamiento de otros medios, fórmulas y mecanismos que permitan la acción de defensa y protección*”. En todo esos casos, no nos hallamos ante un ejercicio efectivo de la protección diplomática en sentido estricto sino que, en realidad, estamos en presencia de comportamientos, acciones, gestiones y actividades de difícil definición jurídica y que, *en ningún caso, están sujetos el régimen jurídico internacional de la protección diplomática* y, por lo tanto, tampoco producen los efectos que se derivan de ella y que están definidos en el ordenamiento jurídico internacional.

ii) A la luz de la práctica de los Estados en la materia, se pueden establecer *diversas categorías de comportamientos que tienden a la defensa y protección de los nacionales* y, en su caso, de otras personas que se encuentran en el extranjero por parte de un Estado. Algunas de estas categorías tendrían una formulación jurídica clara y producirían, cada una de ellas, efectos determinados. En este sentido, y *más allá de las gestiones y acciones* a las que nos referíamos anteriormente, nos hallamos,

internacional, Alicante, 1990 y de DIAZ BARRADO, C. M. La protección de españoles en el extranjero. Práctica Constitucional, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria/Gasteiz*, 1992. También, entre otros, DIAZ BARRADO, C. M. Y FERNÁNDEZ LIESA, C. R. *Indemnizaciones a españoles privados de sus bienes en el extranjero*, Madrid, 1993; GARCIA ARIAS, L. Sobre el derecho de protección diplomática, *Estudios de historia y doctrina del Derecho Internacional*, Madrid, 1964; MAKAROV, A. Consideraciones sobre el derecho de protección diplomática, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1955; y MUÑOZ MACHADO, S. Protección diplomática y jurisdicción contencioso-administrativa, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1975.

ciertamente, con tres categorías jurídicas ampliamente aceptadas y establecidas: *la protección diplomática en sentido estricto, la protección consular y la asistencia consular*, en cuanto medios y mecanismos reconocidos y aceptados en el Derecho Internacional contemporáneo y conducentes a la protección y defensa de personas en el extranjero y, en particular, de los nacionales del Estado que ejerce las labores de protección. *La protección consular y la asistencia consular* presentan sus propios rasgos característicos y *están dotadas de singularidad*, siendo así que, en la práctica de los Estados, se han configurado jurídicamente como instituciones a través de las cuales se lleva a cabo, en esencia, la protección de los nacionales en el extranjero¹⁰. Las tres categorías mencionadas no son, sin embargo, excluyentes entre sí y, en un caso concreto, cabría la posibilidad de que se llevasen a cabo acciones que implicasen asistencias consulares, protección consular e, incluso, protección diplomática. Al mismo tiempo, debemos constatar que el ejercicio de la protección diplomática, en un determinado supuesto, no implica necesariamente que, de manera previa, se hayan desarrollado o “agotado” acciones de asistencia o protección consulares.

iii) Existen múltiples definiciones de la *protección diplomática* poniéndose el énfasis en unos u otros de los aspectos que realmente la definen y determinan su concepto jurídico. En este sentido, estimamos que siempre será útil, por flexible, la clásica definición de J. Basdevant quién entiende por protección diplomática:

“l’action d’un gouvernement auprès d’un gouvernement étranger pour réclamer à l’égard de ses nationaux ou, exceptionnellement, de certains autres personnes le respect du droit international ou pour obtenir certains avantages

¹⁰ Las mejores definiciones de protección consular y asistencia consular las recogidas por MARESCA, A. *Las relaciones consulares*, Madrid, 1968 (y edición de 1974) que aparecen citadas en el trabajo que se referencia en la nota 1. En todo caso, no resulta fácil, en ocasiones, distinguir ciertos comportamientos de los Estados. Para la CDI “aunque es posible en teoría distinguir entre protección diplomática y asistencia consular, en la práctica ello resulta difícil”, *Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones*, p. 29.

*á leur profit*¹¹.

La protección diplomática entendida en sentido estricto será portadora de numerosos elementos relativos a la aplicación de normas y a la responsabilidad internacional, a la presentación de reclamaciones internacionales y al objetivo de obtener satisfacción por la comisión, usualmente, de hechos internacionalmente ilícitos por lo tendrá, en realidad, una función protectora de los derechos e intereses de los nacionales del Estado que la ejerce.

En el marco de las labores de codificación y desarrollo progresivo de las normas en materia de protección diplomática, en el seno de la CDI, se ha entendido finalmente, en 2006, que la protección diplomática consiste en:

*“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”*¹².

Con todo ello, para poder ofrecer un concepto, lo más completo posible de protección diplomática, deberíamos tener en cuenta, al menos, los siguientes elementos:

Por un lado, el objetivo central de la protección diplomática, a la luz de la práctica contemporánea de los Estados, será proteger y garantizar los derechos e intereses de los nacionales del Estado que la ejerce y no tanto los derechos e intereses del Estado en cuanto tal. De manera paulatina, este objetivo ha ido alcanzando una mayor relevancia en la puesta en marcha de acciones que implican la protección diplomática y un mayor reconocimiento en el seno del ordenamiento jurídico internacional, como consecuencia, al menos, del protagonismo que ha ido adquiriendo el individuo en el marco de la subjetividad internacional y en función del desarrollo normativo en materia de derechos

humanos.

Por otro lado, uno de los aspectos más sobresalientes de la protección diplomática será el surgimiento de una controversia internacional entre el Estado que eventualmente la ejerce y el Estado frente al cual se ejerce. De esta afirmación se derivarán múltiples consecuencias a la hora de fijar el contenido, los límites así como el alcance de esta institución jurídica ya que supondrá la aplicación de normas generales del Derecho Internacional al respecto. Lo que habría que determinar es si, siempre, esa controversia surge por la previa comisión de un hecho internacionalmente ilícito o cabe, también, el ejercicio de la protección diplomática en otros supuestos. La CDI, como hemos podido comprobar, se ha inclinado por la primera posición que, sin embargo, la práctica, a mi juicio, puede desmentir.

Es normal que la protección diplomática se ejerza en aquellas situaciones en las que se ha producido la violación de una norma internacional y que, por lo tanto, se configure como un medio de respuesta y reparación frente a un hecho internacionalmente ilícito. Desde luego, lo que cabría concluir es que la protección diplomática, sobre todo mediante reclamación, va a tener lugar, casi siempre, cuando se le atribuye al Estado frente al cual se ejerce la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Como se ha dicho, “El Estado responsable del daño causado a un nacional extranjero está obligado a poner fin al comportamiento ilícito y a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”¹³. Pero cabrían otros supuestos, en los cuales se ejercitan otras modalidades de protección diplomática, como sería la celebración de acuerdos internacionales, en lo que no necesariamente debe haberse producido la comisión de un hecho internacionalmente ilícito o, por lo menos, no se suscitan con intensidad cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado.

Finalmente, acotar el concepto de protección diplomática entendida en sentido estricto exige también determinar las formas y modalidades que

¹¹ Dictionnaire de la terminologie du droit international, París, 1960.

¹² Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones, cit., p. 25.

¹³ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones cit., p. 27.

normalmente adopta esta institución. En esta línea, la práctica pone de relieve que la protección diplomática se ejerce, usualmente, mediante la *reclamación formal* que un Estado presenta a otro Estado por la comisión por parte de éste, frecuentemente, de un hecho internacionalmente ilícito en relación con el nacional del primer Estado. Pero, asimismo, también supondría el ejercicio de la protección diplomática la *celebración de determinados acuerdos* que tienen por finalidad proteger y defender los derechos e intereses de un Estado y entre los que cabría destacar los *acuerdos de compensación global* y ciertos acuerdos en el *ámbito de la cooperación judicial en materia penal*.

2. Naturaleza jurídica: derecho del Estado o de los particulares y discrecionalidad en su ejercicio

Unas de las cuestiones de mayor interés en el estudio de la protección diplomática será la relativa a su *naturaleza jurídica* que, en el fondo, nos remite a la cuestión de saber *quién o quienes son los titulares del derecho o de los derechos que se reconocen en el ordenamiento jurídico internacional a la hora de ejercitarla*. La naturaleza jurídica de la protección diplomática suscita, al menos, dos cuestiones que están íntimamente relacionadas entre sí. Por un lado, los elementos centrales de la relación jurídica que se genera como consecuencia del ejercicio de la protección y, en particular, *los derechos y obligaciones* de los sujetos del Derecho Internacional afectados y, por otro lado, la cuestión relativa a la *discrecionalidad o no* del Estado a la hora de proceder al ejercicio, en un caso concreto, de la protección diplomática¹⁴.

i) El hecho de que la protección diplomática surgiera como institución jurídica en un momento histórico en el que tan sólo los Estados se configuraban como sujetos del Derecho Internacional con plena capacidad jurídica y de obrar en las relaciones internacionales, será uno de los elementos que determinen, de manera decisiva, la

configuración jurídica y la categorización de la protección diplomática a través de los años. Aunque se pudiera sostener, con rotundidad, que el objetivo último de toda acción de protección y, en concreto, de los actos que impliquen el ejercicio de la protección diplomática sea, en definitiva, *la defensa y la garantía de los derechos e intereses de los particulares* que se han visto afectados por el comportamiento, la acción o la omisión de otros Estados, la verdad es que la protección diplomática se ha diseñado jurídicamente como una relación básicamente entre Estados, generando derechos y obligaciones únicamente para ellos y dejando al particular, y a sus derechos e intereses, prácticamente al margen de los derechos y obligaciones que se establecen en dicha relación jurídica.

Estos elementos, que aún están presentes en esta institución jurídica, se han ido perfilando a través de la práctica de los Estados y han recibido, en muchos casos, *el apoyo de la doctrina científica y el sostén de ciertas decisiones judiciales*. Las posiciones jurisprudenciales en esta materia han influido, de manera muy intensa y decisiva, en la determinación de los elementos centrales de la protección diplomática y le han otorgado una determinada naturaleza jurídica, haciendo que sean los Estados los principales y casi exclusivos destinatarios de las normas internacionales que regulan esta institución. En este sentido, siempre cabe recordar la posición que mantuvo el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en 1924, en el *asunto relativo a las concesiones Mavrommatis en Palestina* cuando afirmó, con rotundidad, en un célebre y repetido pasaje, que:

*“Al hacerse cargo de la causa de uno de sus nacionales, al poner en movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial internacional, este Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar el Derecho Internacional en la personal de sus nacionales”*¹⁵.

Esta posición, según la cual lo que se ejerce en

¹⁴ Un trabajo de mucho interés: ANDRES SAENZ DE SANTAMARÍA, M. 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.

¹⁵ CPJI, *Asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina* (Grecia c/ Reino Unido), serie A, núm. 2, 30 de agosto de 1924. Consultar para todas las citas jurisprudenciales que siguen, DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 2013, pp. 922 y ss.

realidad, en los supuestos de protección diplomática, es un derecho de los Estados y no los derechos de los particulares ha sido *defendida constantemente por la jurisprudencia internacional*. Muchos años después de la citada sentencia, el Tribunal Internacional de Justicia recoge, en esencia, la posición anterior al indicar, en 1970, en *el asunto relativo a la Barcelona Traction* que:

*“el Tribunal observa que, en los límites establecidos por el Derecho Internacional, un Estado puede ejercitar la protección diplomática por los medios y en la medida en que le parezca necesario, pues es su propio derecho lo que el Estado hace valer”*¹⁶.

En el fondo lo que se deriva de esta formulación de la protección diplomática será el establecimiento de una *relación jurídica básicamente de Estado a Estado*. De esta forma, el individuo, a pesar de haber sido, en su caso, el verdadero sujeto pasivo de la lesión y, por lo tanto, el perjudicado por el incumplimiento de una norma de Derecho Internacional no se convierte, formalmente, en el titular de los derechos que correspondan sino que dicha titularidad se le otorga al Estado que ejerce la protección diplomática en su favor. Nos encontramos, así, ante una *ficción jurídica*. En palabras muy claras de la CDI:

*“el único modo de proteger a un nacional perjudicado en el extranjero era sólo mediante una ficción, la ficción de que un perjuicio causado al nacional era un perjuicio al Estado mismo”*¹⁷.

Pero esta ficción aunque, objetivamente, entraña que existen tres elementos en la relación jurídica que se genera como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática: *El Estado reclamante, el Estado reclamado y el Particular*, desde el punto de vista del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones que correspondan, se crea, sin embargo, una relación tan sólo entre los Estados, pudiendo únicamente el particular dejar sentir su posición y hacerla valer, en su caso, a través de las posiciones que mantenga el Estado que asume su defensa y

protección. En resumen, como lo ha indicado la CDI “La protección diplomática se ha considerado tradicionalmente como un derecho exclusivo del Estado, en el sentido de que un Estado ejerce la protección diplomática por derecho propio por estimarse que el daño causado a uno de sus nacionales es un daño causado al Estado mismo”¹⁸.

La protección diplomática, aunque ha ido perdiendo ámbito material de aplicación tanto en función de los límites impuestos por el Derecho Internacional como en razón del reconocimiento al individuo de ciertos derechos de naturaleza y contenido internacionales que puede hacer efectivos, por sí mismo o por órganos internacionales, en el plano internacional, *continua, sin embargo, configurándose como una relación jurídica de Estado a Estado*. Y ello, sobre todo, porque no se han establecido, en muchos casos, fórmulas ni mecanismos que propicien, en el plano internacional, la protección y defensa de los derechos e intereses de los particulares. De ahí que la protección diplomática, aunque con el tiempo vaya adquiriendo un carácter cada vez más residual, permanezca, en la actualidad, como la única vía, en muchas ocasiones, a través de la cual los particulares pudieran encontrar satisfacción en aquellos casos en los que se ven perjudicados por la acción u omisión del algún Estado.

Por todo, cabría destacar dos aspectos que se derivan de la determinación de la naturaleza jurídica de la protección jurídica como *una relación jurídica interestatal*: Primero, la estructura de la sociedad internacional y los caracteres del ordenamiento jurídico internacional sólo han posibilitado, hasta ahora, que, en múltiples ocasiones, sólo mediante el establecimiento de una relación interestatal se lleve a cabo la defensa de los derechos e intereses de los particulares, asumiendo el Estado cuya nacionalidad ostentan esos particulares dicha defensa. Segundo, al convertirse la relación jurídica en puramente bilateral entre Estados y al hacer valer el Estado que ejerce la protección *un derecho propio* se desnaturalizan bastante los elementos y el contenido de los derechos e

¹⁶CIJ Rec. 1970, párr. 43.

¹⁷ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58° período de sesiones cit., p. 28.

¹⁸Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58° período de sesiones cit., p. 28.

intereses cuya defensa se asume, salvo que se le permita al particular afectado participar, de alguna forma, en dicha relación.

ii) Pero, también, de la naturaleza jurídica que se le ha otorgado a la protección diplomática se deriva la *afirmación del carácter discrecional* en su ejercicio. Para la CDI, con toda claridad, “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. El derecho interno de un Estado puede obligarlo a prestar protección diplomática a un nacional, pero el derecho internacional no impone esa obligación”¹⁹. En las ocasiones en las que ha tenido oportunidad, la jurisprudencia internacional ha reflejado en sus decisiones uno de los aspectos más característicos e inconfundibles de la protección diplomática, reconocido y aceptado por los Estados, es decir, *la absoluta discrecionalidad de éstos a la hora de ejercerla o no en favor de sus nacionales*.

En el conocido asunto concerniente a *las concesiones Mavrommatis en Palestina*, el Tribunal sostuvo, en un pasaje que ha sido constantemente reiterado, que:

*“un principio elemental de Derecho Internacional faculta al Estado para proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho Internacional, que hay podido cometer otro Estado, de los que no haya podido obtener satisfacción por la vías ordinarias”*²⁰.

Asimismo, en el asunto de la *Barcelona Traction*, el Tribunal afirmó que “El Estado debe ser considerado como el único juez facultado para decidir si concederá su protección, en qué medida lo hará y cuando le podrá fin. Posee a este respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede depender de consideraciones, en particular de orden política, ajenas al presente

asunto”²¹.

Con ello, se le otorga al Estado la facultad de iniciar o no el ejercicio de la protección diplomática y queda en manos del Estado, que en su caso ejerce la protección, la determinación del contenido y el alcance así como las condiciones del ejercicio. Para la CDI, con rotundidad “la protección diplomática se ha considerado tradicionalmente como un derecho exclusivo del Estado, en el sentido de que un Estado ejerce la protección diplomática por derecho propio por estimarse que el daño causado a uno de sus nacionales es un daño causado al Estado mismo”²².

La afirmación de la discrecionalidad absoluta del Estado cuya nacionalidad ostenta el particular en favor del cual se ejerce la protección *hace que se deriven múltiples y variadas consecuencias*. Entre otras, las siguientes: El Estado eventualmente protector, y sólo a él, le corresponde decidir si se llevan a cabo o no las acciones que suponen el ejercicio de la protección diplomática sin que el particular *prima facie* pueda obligarle. Asimismo, una vez iniciadas las acciones que suponen la protección diplomática, el Estado eventualmente protector podría abandonar la pretensión sin tener en cuenta las posiciones del particular. Incluso, el alcance de la reclamación la fijaría el Estado eventualmente protector sobre la base o no del perjuicio causado al particular²³.

La práctica de los Estados, las posiciones de la doctrina científica y las posiciones jurisprudenciales *avalan el carácter discrecional en el ejercicio de la protección diplomática* por parte del Estado cuya nacionalidad ostentan los particulares afectados. Ahora bien, *la evolución de*

¹⁹ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58° período de sesiones cit., p. 30.

²⁰ CPJI, Asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c/ Reino Unido), serie A, núm. 2, 30 de agosto de 1924. Ver, en particular, ORTEGA VELÁZQUEZ, E. Naturaleza jurídica de la protección diplomática a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional: ¿derecho del estado o de la persona humana?, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, pp. 1-40.

²¹ CIJ Rec. 1970, p. 44.

²² Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58° período de sesiones cit., p. 28. Un trabajo pionero en la doctrina española y de mucho interés: ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno, *Anuario español de derecho internacional*, n° 3, 1976, pp. 321-346.

²³ Vid. DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones cit.*, 2013, (puesto al día el capítulo por C. ESCOBAR HERNANDEZ), pp. 923 y ss.

la institución favorece la afirmación de que si bien el Estado goza de discrecionalidad a la hora de ejercer la protección diplomática, esta discrecionalidad encontraría determinados límites o, al menos, se podría hablar de una *discrecionalidad relativa* y no de una discrecionalidad de carácter absoluto.

En este sentido, el Estado eventualmente protector se podría encontrar con la obligación, específica o genérica, de proceder a la protección de sus nacionales que se encuentran en el extranjero y, en algunos casos, ante la obligación de ejercer en cuanto tal la protección diplomática. Más aún, una vez que se decide el ejercicio de la protección, la determinación del contenido de la misma no se haría únicamente con base en los intereses y posiciones del Estado que la ejerce, sino, también, teniendo en cuenta los intereses y posiciones del particular. Se trataría de subrayar la existencia de *ciertos límites y contradicciones* en la teoría que afirma el carácter absoluto de la discrecionalidad en el ejercicio de las acciones de protección:

En primer lugar, la propia jurisprudencia internacional ha reconocido que *el Estado cuya nacionalidad ostentan las personas afectadas podría estar obligado a ejercer la protección diplomática*, siempre y cuando *el ordenamiento jurídico interno* de dicho Estado impusiese tal obligación. El reconocimiento de esta posibilidad se contempló, como se sabe, en la sentencia relativa a la *Barcelona Traction* en la que el Tribunal sostuvo, con claridad, que “El legislador nacional puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero. Puede además conceder a los ciudadanos el derecho de exigir que esa obligación sea respetada y apoyar tal derecho con sanciones”²⁴.

Para que esto suceda, nos debemos encontrar con normas de derecho interno que, de manera clara y precisa, establezcan una obligación de ese tipo, tratándose por lo general de normas “fundamentales o constitucionales” de los Estados en cuestión. No obstante, el examen de la práctica de los Estados en esta materia revela

que muy pocos Estados han incluido en sus ordenamientos internos la obligación de ejercer la protección diplomática en favor de sus nacionales cuando se encuentran en el extranjero. En particular, cabría recordar, en la práctica española, que el artículo 14, 2 del *Borrador de la Constitución española de 1978* establecía que:

“el Estado dirigirá su acción exterior a la protección eficaz de los españoles en país extranjero, y en especial de los emigrantes, y a conseguir que gocen de los derechos, libertades y prestaciones que aseguren su más amplia equiparación a los ciudadanos del país en que residan”.

Este fue precepto que, como se sabe, no llegó a plasmarse en la versión definitiva del texto constitucional²⁵. En la mayoría de los casos, las Constituciones de los Estados que conforman la comunidad internacional guardan silencio al respecto y resultaría difícil encontrar, dentro de la legislación interna de los Estados, normas que estableciesen, con toda nitidez, la obligación de ejercitar la protección diplomática en sentido estricto en favor de los nacionales que se encuentran en el extranjero o que han sufrido alguna lesión en sus derechos o intereses como consecuencia de la acción de otro Estado²⁶. Por lo tanto, los precedentes *son escasos e insuficientes*, incluso para afirmar la existencia de *una tendencia en los derechos internos* orientada a reconocer, expresamente y a nivel constitucional, el derecho de los ciudadanos que se hallen en el extranjero a ser protegidos, en todos los casos, por los Estados cuya nacionalidad ostentan²⁷.

En segundo lugar, pese a que la mayoría de la

²⁵*Vid.*, mi trabajo: DIAZ BARRADO, C. M. La protección de españoles en el extranjero. Práctica Constitucional, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria/Gasteiz*, 1992.

²⁶Sin embargo, no deja de ser habitual que los Estados, bien a través de su legislación interna o a través de acuerdos internacionales, prevean el ejercicio de determinadas acciones de protección, en particular, la asistencia consular, pero no tanto la protección diplomática en sentido estricto

²⁷Para DIEZ DE VELASCO, M./ESCOBAR HERNANDEZ, C., “En el Derecho español, no existe norma alguna que expresamente atribuya al particular el derecho a exigir al Estado el ejercicio de la protección diplomática (...)”, en M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones cit*, p. 926.

²⁴CIJ Rec. 1970, párr. 44.

doctrina científica se haya decantado en favor de afirmar el carácter discrecional de la protección diplomática con base en la práctica de los Estados y en las posiciones mantenidas por la jurisprudencia internacional, ciertos autores han limitado esta afirmación o, por lo menos, ha reducido de algún modo, lo que se ha considerado la esencia misma de la protección diplomática, tal y como ha sido y continúa siendo estimada, no obstante, por la mayor parte de los internacionalistas contemporáneos. La *teoría de la discrecionalidad absoluta encuentra numerosos seguidores en la doctrina científica pero, al mismo tiempo, no se han dejado de señalar ciertas contradicciones* que se producen como consecuencia de la aplicación mecánica de la misma.

En tercer lugar, hoy más que nunca, uno de los campos de actuación más sobresalientes de las acciones de protección por los Estados en defensa de sus nacionales en el extranjero 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. Como dice la CDI:

*“en la actualidad, la situación ha cambiado radicalmente. El individuo, es sujeto de muchas normas primarias de derecho internacional, de carácter tanto consuetudinario como convencional, que lo protegen en su país contra su propio gobierno y en el extranjero contra los gobiernos extranjeros”*²⁸.

A medida que la persona humana ocupa mayor espacio y su presencia es más significativa en el ámbito de las relaciones internacionales y, sobre todo, desde el momento que el ordenamiento jurídico internacional le reconoce ciertos derechos sólo caben dos posibilidades, en el

actual estado de las relaciones internacionales, a la hora de la defensa de éstos. Primera, que los Estados establezcan *procedimientos concretos y eficaces de garantía de los derechos humanos* en acuerdos internacionales. Segunda, que en el marco de las relaciones puramente inter-estatales, y en ausencia de estos acuerdos, se garantice *a través de la acción unilateral del Estado*, cuya nacionalidad ostenta el particular perjudicado, el goce de estos derechos, lo que significa necesariamente que dichas relaciones se impregnen de la presencia del particular, desarticulando parcialmente la lógica tradicional.

En resumen, si se admite que la persona humana es destinataria de ciertas normas jurídico-internacionales, las normas relativas a la protección diplomática deberán desbordar el ámbito meramente inter-estatal y no se podrá, de modo alguno, desconocer la presencia del particular en la relación jurídica creada. Para C. Escobar Hernández, “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”²⁹. Más aún, habrá que estar muy atentos a las normas de reconocimiento de derechos fundamentales que se establezcan en los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado y, por ende, las obligaciones a este respecto que se asuman en el orden internacional. En otros términos, 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. Es verdad, no obstante, que esta reflexión nos llevaría a apreciar la profunda desigualdad que habita en la comunidad internacional, en razón de la nacionalidad que se ostente.

Por último, en el ejercicio efectivo de la protección diplomática se observa cómo la práctica pone de manifiesto que, en muchos casos, *no se trata de que los Estados defiendan su propio derecho sino un derecho propio de los particulares en cuanto destinatarios de ciertas normas jurídico-*

²⁸ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones cit., p. 28.

²⁹ DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones cit*, p. 926.

internacionales, y también se observa que los particulares participan, y sus intereses están presentes, en toda situación jurídica en la que eventualmente se ejercería una acción de protección en su favor. Más aún, el comportamiento del particular en la situación creada *no es* nunca indiferente para los Estados, a pesar de que se hayan derrochado grandes esfuerzos para impedir que se consoliden, en el ámbito consuetudinario, normas al respecto. El Estado cuando lleva a cabo la acción de protección no debería perder de vista, en momento alguno, los derechos e intereses del particular protegido.

Por todo ello, se aprecia una tendencia consistente en ejercer la protección diplomática cuando se dan las circunstancias que permiten su empleo. Con cautela, la CDI se ha hecho eco de esta posición, al expresar 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. Son, a pesar de ello, prácticas deseables, que constituyen características necesarias de la protección diplomática y refuerzan a ésta como medio de protección de los derechos humanos y la inversión extranjera”*³⁰.

En esencia, toda acción de protección, por parte de un Estado de sus nacionales en el extranjero, *genera relaciones jurídicas*, en la esfera internacional, *peculiares y específicas*, caracterizadas porque en ellas participan e intervienen *dos sujetos con plena capacidad jurídica y de obrar en el orden internacional* (el Estado –protector- y el Estado –responsable-) *y un particular* o particulares, destinatarios de ciertas normas internacionales, pero que no disponen, sin embargo, de otros mecanismos o fórmulas de garantía de sus derechos que no sean los que pasen, en un primer momento, a

³⁰ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones *cit.*, p. 58. Más aún, en algunos casos se podría hablar de que está cristalizando una norma en este sentido. Para la CDI. “es posible indicar seriamente que el derecho internacional reconoce ya la existencia de la obligación que incumbe hasta cierto punto al Estado de considerar la posibilidad de ejercer la protección diplomática con respecto a un nacional que ha sufrido un perjuicio grave en el extranjero”, *ibid.*, p. 59.

través de la acción exterior del Estado cuya nacionalidad ostentan, o del propio Estado causante de la lesión sufrida³¹.

3. Límites en el ejercicio de la protección diplomática

Durante largo tiempo el Derecho Internacional aceptaba la posibilidad de que los Estados ejercieran la protección de sus nacionales en el extranjero mediante el uso de la fuerza y a través de acciones que suponían la injerencia en los asuntos internos del Estado en cuyo territorio se encontraban los beneficiarios de la protección. Hasta tal punto ha sido así, que se ha podido decir, con razón, que la protección diplomática de los extranjeros dio lugar a numerosos abusos³².

No obstante cabe recordar, a este respecto, que en los artículos 3, 1 b) del *Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961* y en el artículo 5, 1 del *Convenio sobre relaciones consulares de 1963*, cuando se reconoce la función del personal diplomático y consular de los Estados de proteger a sus nacionales, se incluyen las expresiones “dentro de los límites permitidos por el Derecho Internacional”, con lo que se pone de manifiesto que el ejercicio efectivo de la protección diplomática debe llevarse a cabo en el marco de los principios que rigen las relaciones internacionales y, en particular, mediante el respeto del ordenamiento jurídico internacional en toda su amplitud. En la actualidad, por lo tanto, y a la luz de la prohibición general del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales, la protección diplomática sólo se puede ejercer *a través de medios pacíficos*. La CDI ha sido rotunda en este sentido al indicar que:

“la protección diplomática debe ejercerse por medios lícitos y pacíficos (...) El uso de la fuerza, prohibido por el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, no es un método permisible para hacer valer el

³¹ DIEZ DE VELASCO, M, *Instituciones cit.*, pp. 923-927.

³² Cfr., Comisión de Derecho Internacional. Informe Preliminar sobre la Protección Diplomática de M. Bennouna, Relator Especial, A/CN.4/484, 4 de febrero de 1998.

*derecho de protección diplomática*³³.

Otra cuestión distinta será la posibilidad de que la protección de los nacionales en el extranjero diera lugar al empleo de la fuerza en aquellos supuestos en los cuales se encontrasen en peligro su vida y su libertad. Estos casos, a la luz de la práctica contemporánea, habría que situarlos normativamente en el marco de las eventuales excepciones a la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y no en el campo de la protección diplomática. En concreto, la protección mediante el uso de la fuerza de los nacionales en el extranjero tendría cabida en la figura de las *intervenciones de humanidad* que, como se sabe, levantan posiciones muy contradictorias tanto en la doctrina científica en relación con su licitud o ilicitud así como posiciones diferentes, al respecto, por parte de los Estados que conforman la comunidad internacional. Sin que exista, por lo demás, un pronunciamiento expreso y claro, de la jurisprudencia internacional en esta materia. A ello habría que añadir las recientes reflexiones concernientes a la denominada “responsabilidad de proteger” que, en realidad, se proyecta respecto a todos los seres humanos que se encuentran en situación de peligro o eventual violación de sus derechos fundamentales y no sólo a quienes ostentan una determinada nacionalidad³⁴.

En resumen, hay que sostener, con rotundidad, que el ejercicio efectivo de la protección diplomática no puede suponer, en modo alguno, el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y que, asimismo, deberá llevarse a cabo sin que suponga una injerencia en los asuntos del Estado en relación con el cual se ejerce dicha protección, de tal modo que no existe, en el Derecho Internacional contemporáneo, la posibilidad de reivindicar una específica modalidad de protección diplomática ejercida mediante el uso de la fuerza. Este es un

límite fundamental y plenamente asentado en el ordenamiento jurídico internacional. En ningún caso, cabe el ejercicio de la protección diplomática que implique la violación de las normas que emanan de los principios esenciales del orden internacional.

II. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

El ejercicio efectivo de la protección diplomática debe llevarse a cabo en el marco de las condiciones y de los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico internacional. Requisitos que se han venido configurando a través de la práctica de los Estados y que, por lo que se refiere a su contenido y alcance, presentan también determinadas dificultades. La doctrina científica³⁵ se ha hecho eco de los requisitos necesarios para que se pueda llevar a cabo la protección diplomática y, por lo demás, se han ido plasmando en decisiones de la jurisprudencia internacional. Por lo demás, la práctica de los Estados ha ido perfilando cada uno de estos requisitos. Aquí radica, en buena parte, el que se lleve a cabo un ejercicio efectivo y cabal de la protección diplomática en sentido estricto puesto que, el cumplimiento de estos requisitos no será necesario en los mismos términos cuando se trate de otras modalidades de protección o acción diplomática que no supongan su manifestación en sentido estricto.

Para que se produzca la relación jurídica que genera la acción de protección y ésta se considere como un supuesto específico de protección diplomática, el particular en cuyo favor se ejercita la protección deberá estar vinculado al Estado protector, principalmente por *el vínculo de la nacionalidad*, de tal manera que dicho Estado esté legitimado, en el orden internacional, para ejercer la acción de protección. Asimismo, será preciso, que el

³³ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones cit., p. 29.

³⁴ En particular, DIAZ BARRADO, C. M., La responsabilidad de proteger en el Derecho Internacional contemporáneo: Entre lo conceptual y la práctica internacional, *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), n.º. 24, 2012.

³⁵ Ver, en particular, las últimas ediciones, en la doctrina española, de los trabajos de: GONZALEZ CAMPOS, J. D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.; y ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA, M. P. *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid; MARIÑO MENÉNDEZ, F. *Derecho Internacional Público (Parte General)*, Madrid; REMIRO BROTONS, A.; y otros, *Derecho Internacional*, Valencia, y RODRÍGUEZ CARRION, A. *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid.

particular, antes de solicitar o recibir la protección diplomática del Estado cuya nacionalidad ostenta, *deberá utilizar los mecanismos previstos en el ordenamiento interno del Estado – responsable-* con el fin de obtener reparación o satisfacción a sus pretensiones. Más allá de ello, se discute, también, la posibilidad de que se considere un requisito para el ejercicio de la protección diplomática el hecho de que *el particular tenga una conducta correcta*, de tal modo que la lesión o, en su caso, las circunstancias o situación en la que se encuentre no sea consecuencia, directa o indirecta, de su comportamiento. Este requisito, denominado también, el requisito de “las manos limpias”, suscita cuestiones de gran interés y es verdad, como se viene sosteniendo generalmente, que no se encuentra plenamente consagrado.

El examen de estos requisitos³⁶, necesarios para el ejercicio de la protección diplomática conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico internacional, por lo que se refiere en particular a su aplicación práctica, generan, no obstante, dificultades de precisión, por lo que hay que estar muy atentos a las posiciones que, al respecto, ha asumido la CDI en el Proyecto de artículos y que iremos recogiendo a continuación en este trabajo

1. El requisito de la nacionalidad del particular

Para que un Estado ejerza, conforme al ordenamiento jurídico internacional, la protección diplomática en favor de un particular que ha sido sujeto pasivo de la violación de un derecho fundamental o se ha visto afectado en sus derechos o intereses por el comportamiento de otro Estado, será preciso que exista un vínculo entre el Estado que lleva a cabo la labor de protección y el particular, beneficiario de esa protección. La regla generalmente admitida en esta materia será que el Estado sólo podrá ejercer, en principio, la protección diplomática en favor de aquellas personas, físicas o jurídicas, *que ostenten la nacionalidad del Estado que protege*. En consecuencia, lo que se ha venido a denominar

“la nacionalidad de la reclamación”³⁷ se constituye como un requisito esencial e inexcusable para que se produzca el ejercicio de la protección diplomática. En el artículo 3, párrafo 1 del Proyecto de artículos, elaborado por la CDI, se dispone, con rotundidad, que *“El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad”*³⁸.

Como decimos, la exigencia de este requisito deriva de la práctica de los Estados en la materia y ha sido señalada, de forma reiterada y constante, tanto por parte de la doctrina científica como por parte de la jurisprudencia internacional. En particular, en el *asunto del Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis*, el Tribunal Permanente de Justicia internacional afirmó, en 1939, que:

*“este derecho no puede ser ejercido necesariamente más que a favor de su nacional, puesto que, en ausencia de acuerdos particulares, es el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo el único que otorga el derecho de protección diplomática”*³⁹.

De ello, cabe extraer, en principio, dos consecuencias de carácter normativo y socio-normativo: Por un lado, está claro que las personas que ostentan la nacionalidad de un Estado podrían verse beneficiadas por la acción de protección que lleva a cabo este Estado y que suponga, en concreto, el ejercicio de la protección diplomática. A diferencia de la asistencia consular o de las asistencias, acciones o gestiones diplomáticas de las que podrían ser beneficiarias otras personas aunque no gozasen de la nacionalidad del Estado, en el caso de la protección diplomática, en sentido estricto, el vínculo de la nacionalidad otorga al particular la posibilidad de contar con la acción de su Estado a través de esta modalidad. Por otro lado, sobre todo a la luz de la protección internacional de los derechos humanos, es claro, como hemos apuntado, que la exigencia de la nacionalidad introduce “elementos de discriminación”, ya que en la práctica ciertos particulares se beneficiarían de ser nacionales de un Estado que gozase de

³⁶ En concreto, DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones cit.*, p. 928.

³⁷ DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones cit.*, p. 928.

³⁸ *Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones cit.*, p. 30.

³⁹ CPJI, 1939, Serie A/B, p. 16.

un mayor peso político, social o diplomático, mientras que otros particulares, en muchos casos, no serían beneficiarios de protección alguna en función de las circunstancias y situaciones en las que se encontrasen los Estados cuya nacionalidad ostentan. Este elemento adquiere una relevancia especial en los supuestos en los que se tratase de proteger y garantizar el ejercicio de derechos humanos básicos. En todo caso, como se señaló en el *Primer Informe* del Sr. Dugard:

*“según la doctrina tradicional, el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática descansa en el vínculo de la nacionalidad que le une al individuo lesionado. Por esto, salvo circunstancias excepcionales, un Estado no puede extender su protección a no-nacionales (...)”*⁴⁰.

La regla de la nacionalidad del particular beneficiario de la protección diplomática *plantea determinadas cuestiones* de índole jurídica, siendo quizá las más relevantes las siguientes:

En primer lugar, *cabe la posibilidad de que un Estado ejerza la protección diplomática en favor de personas que no ostentan su nacionalidad*. Posibilidad que ha sido reconocida, incluso, por la propia jurisprudencia internacional. Se trataría, en particular, de aquellos casos en los que, en virtud de *un acuerdo internacional* un Estado asumiese las relaciones internacionales de otro Estado o, en concreto, que asumiese el ejercicio de la protección diplomática en favor de los nacionales del segundo. Lo mismo cabría decir en relación con aquellos supuestos en los cuales los eventuales beneficiarios de la protección fueran *apátridas o refugiados* que se encuentran bajo la jurisdicción y el control así como bajo la protección del Estado en cuestión⁴¹.

⁴⁰ Comisión de Derecho Internacional, Primer Informe sobre protección diplomática, R. Dugard, Relator Especial, A/CN.4/506, 7 de marzo del 2000.

⁴¹ El artículo 8 del Proyecto de artículo 8 de la CDI determina: “1. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona apátrida que tenga residencia legal y habitual en ese Estado en la fecha en la que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. 2. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que ese Estado reconozca la condición de refugiado, de conformidad con las normas internacionalmente aceptadas, cuando esa persona tenga

En todo caso, se trataría *de situaciones muy particulares* que previamente hubieran sido previstas a través de acuerdos internacionales o que, necesariamente, deberían producirse para impedir que el particular, por no gozar de la nacionalidad de un Estado o por tener *un estatuto jurídico internacional específico*, se viese privado de todo tipo de protección, siendo así que, en todos los casos señalados, existe un estrecho vínculo entre el particular y el Estado que lo protege, mas que suficiente para ser admitido y considerado por el Derecho Internacional.

En este ámbito podríamos situar, también, aquellos supuestos en los cuales por el desarrollo de un determinado *proceso de integración* se llegase a configurar un estatus de los individuos equiparable a la nacionalidad. Nos referimos, en particular, al supuesto de la adquisición de *la ciudadanía* que, como se sabe, ha sido reconocida en el marco del derecho comunitario europeo. Es verdad que, hasta ahora, no se le reconoce ni a la Unión Europea ni a los Estados miembros en general la facultad de ejercer la protección diplomática en sentido estricto en favor de cualquiera de los ciudadanos de la Unión y que tan sólo podría ser ejercitada por un Estado miembro en favor de aquellas personas que ostentasen su nacionalidad. Sin embargo, nada impide sostener que, quizá en el futuro, el reconocimiento de la ciudadanía de la Unión Europea traiga aparejado derechos de esa naturaleza y contenido. Por ahora, a los más que se llega es establecer, como se ha hecho, que “Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Los Estados miembros establecerán entre sí as normas necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha

residencia legal y habitual en ese Estado en la fecha en la que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación”; *Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones cit.*, p. 38.

protección” (artículo 23 del TFUE)⁴².

En segundo lugar, se han suscitado ciertas cuestiones de interés en aquellos supuestos en los cuales la persona, beneficiaria en su caso de la protección diplomática, ostenta la nacionalidad de dos o más Estados, es decir, en los *casos de doble o múltiple nacionalidad*. Las posiciones que se han mantenido en la materia se han expresado en una doble dirección, aunque debería primar el criterio *de la efectividad en la nacionalidad*, todo ello con la finalidad de evitar cualquier tipo de abusos⁴³. El artículo 6 del Proyecto de artículos de la CDI estipula que “Todo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona frente a un Estado del que ésta no sea nacional”; y, asimismo, que:

*“Dos o más Estados de la nacionalidad podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad”*⁴⁴.

En tercer lugar, hemos de mencionar la cuestión relativa a cuál es el momento o los momentos en los que el particular, beneficiario de la protección diplomática, debe gozar de la nacionalidad del Estado protector. En este ámbito habría que afirmar *la regla de la nacionalidad continua*. En palabras del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional, en su artículo 5:

“Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que haya sido

⁴² En particular: ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión en el Exterior, *Revista de derecho de la Unión Europea*, n.º. 11, 2006, pp 11-25; y JIMÉNEZ PIERNAS, C., La protección consular y diplomática del ciudadano de la Unión Europea, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, N.º 1, 1993, pp. 9-52.

⁴³ *Vid.*, las interesantes reflexiones de DIEZ DE VELASCO, M. / ESCOBAR HERNANDEZ, *Instituciones cit.*, p. 931. En estos casos hay que seguir el criterio de la nacionalidad efectiva tal y como se hizo, en 1984, por parte del Tribunal encargado de resolver las reclamaciones entre Irán y Estados Unidos, *Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones cit.*, p. 36, nota 74.

⁴⁴ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones cit., p. 35.

*nacional suyo de modo continuo desde la fecha en que se produjo el perjuicio hasta la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Se presume la continuidad si esa nacionalidad existía en ambas fechas”*⁴⁵.

Lo normal será, entonces, que el particular ostente y mantenga la nacionalidad del Estado que ejerce la protección diplomática en su favor durante todo el periodo que transcurre desde que se origina el hecho que posibilitaría el ejercicio de la protección hasta que el Estado presenta efectivamente la reclamación. A partir de ese momento, ya no sería preciso, por lo tanto, conservar la nacionalidad.

No obstante, en determinados supuestos sería posible ejercer la protección diplomática sin que el particular ostentase la nacionalidad del Estado que lleva a cabo la protección durante todo el periodo de tiempo indicado. En tales casos, habría que considerar que el cambio de nacionalidad o su pérdida no se deben a circunstancias o causas atribuibles al particular (supuestos de sucesión de Estados o descolonización) y/o que no se debe, tampoco, a razones relacionadas con la presentación de la reclamación en el ejercicio de la protección diplomática. El Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional contempla algunos de estos supuestos. En concreto, el párrafo 2 del artículo 5 estipula que:

*“un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero que no lo era en la fecha en la que se produjo el perjuicio, siempre que esa persona haya tenido la nacionalidad de un Estado predecesor o haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad del Estado reclamante de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional”*⁴⁶.

Por último, son bastante complejas las normas que regulan la cuestión relativa a *la nacionalidad de las personas jurídicas*. Teniendo en cuenta las

⁴⁵ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones cit., p. 32.

⁴⁶ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones cit., ver, en concreto pp. 32 y ss.

posiciones que ha mantenido la jurisprudencia internacional, y es destacable en este caso el asunto de la *Barcelona Traction*, cabría sostener que, por un lado, existen muchos criterios en los ordenamientos internos a la hora de determinar la nacionalidad de las personas jurídicas, siendo, no obstante, la regla más segura aquella que, en palabras del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto citado, establece “el derecho a ejercer la protección diplomática de una sociedad al Estado bajo cuyas leyes se ha constituido ésta y en el que la misma tiene su sede”, es decir, el lugar de constitución y el lugar del domicilio social. Por otro lado, por lo que se refiere a la protección de los accionistas, en el asunto de la *Barcelona Traction*, el Tribunal sostuvo, como regla general, que:

*“la adopción de la tesis de la protección diplomática de los accionistas como tales, al abrir la vía a reclamaciones diplomáticas concurrentes, podría crear un clima de confusión y de inseguridad en las relaciones económicas internacionales”*⁴⁷.

Para la CDI, en el Proyecto de artículos aprobado en el 2006, hay que sostener, según el artículo 9, que:

*“A los efectos de la protección diplomática de una sociedad, se entiende por Estado de la nacionalidad el Estado con arreglo a cuya legislación se constituyó dicha sociedad. Sin embargo, cuando la sociedad esté controlada por nacionales de otro Estado u otros Estados, no desarrolle negocios de importancia en el Estado en el que se constituyó y tenga la sede de su administración y su control financiero en otro Estado, este Estado se considerará el Estado de la nacionalidad”*⁴⁸.

En resumen, el requisito de la nacionalidad del perjudicado, con todas las precisiones establecidas y algunas más que se irán configurando al hilo de la práctica de los Estados, se constituye en una condición necesaria para el ejercicio de la protección

diplomática en sentido estricto, más allá de que esta exigencia se suavice en otros supuestos de protección.

2. El requisito relativo al agotamiento de los recursos internos

Es una regla bien establecida y asentada en el ordenamiento jurídico internacional que para que el Estado ejerza la protección diplomática, sobre todo mediante la presentación formal de una reclamación en favor de uno de sus nacionales, es necesario que éste haya agotado previamente los recursos internos del Estado frente al cual se ejercita dicha protección. Se trataría de una norma de naturaleza consuetudinaria que ha sido recogida por la doctrina científica y expresada, en numerosas ocasiones, por la jurisprudencia internacional. En efecto, como lo señaló el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto *Interhandel*:

*“antes de recurrir a la jurisdicción internacional, se ha considerado necesario que el Estado en el que se ha cometido la lesión pueda remediarla por sus propios medios, en el marco de su propio ordenamiento jurídico interno”*⁴⁹.

Cabe extraer, al menos, tres consecuencias de la afirmación de este principio: por un lado, la protección diplomática se configura como el último recurso del que disponen los Estados para hacer valer la defensa y protección de los derechos e intereses de los particulares, siendo así que, antes de su ejercicio, deben buscarse fórmulas y mecanismos a través de los cuales se lleve a cabo la protección sin que se tenga que acudir a la protección diplomática que tiene, por lo que se ve, un carácter traumático. Por otro lado, no parece posible plantear la cuestión en el plano internacional sin que se haya pretendido, previamente, solucionar el asunto en el marco del ordenamiento jurídico interno del Estado causante de la lesión que sufre el particular o de los hechos que afectan a sus derechos e intereses. Por último, el individuo deberá agotar todos los recursos disponibles y de cualquier naturaleza que sean, establecidos en el ordenamiento interno del Estado en cuestión. La CDI lo ha

⁴⁷ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones cit., pp. 40 y ss. Ver, con detalle, DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones cit.*, p. 931.

⁴⁸ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones cit., p. 40. En el artículo 11 se establecen normas específicas sobre los accionistas, *ibid.*, pp. 41 y ss.

⁴⁹ C.I.J. *Recueil* 1959, p. 27.

dejado muy claro al disponer, en el artículo 14 del Proyecto de artículos, que:

*“Un Estado no podrá presentar una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas a que se refiere el proyecto de artículo 8 antes de que la persona perjudicada haya agotado los recursos internos (...)”*⁵⁰.

Ahora bien, el requisito relativo al agotamiento de los recursos internos es posible que no se exija en todos los casos, de tal manera que nos encontremos ante *eventuales excepciones a dicho principio*, tal y como han sido señaladas por la jurisprudencia internacional. A tal efecto, cabría señalar, como más sobresalientes, los supuestos en los que el Estado, cuyos recursos internos se deban agotar, haya renunciado expresamente a ello; aquellos casos en los que no existan, en el ordenamiento jurídico interno en cuestión, recursos adecuados y apropiados para hacer efectiva la pretensión; también aquellos casos en los que los órganos internos “no tienen competencia para conocer una acción que se intente ante ellos”; en aquellos otros casos en los que es innecesario acudir a los recursos internos porque el resultado va a ser “la repetición de una decisión ya dada”; y no sería necesario agotar los recursos internos en los supuestos de un mal funcionamiento, por retrasos injustificados, de la administración de justicia⁵¹.

En definitiva, el requisito del previo agotamiento de los recursos internos para el

⁵⁰ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones cit., p. 48.

⁵¹ Todo ello se encuentra reflejado en la obra de M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones cit.* pp. 934-937. Para la CDI, en el proyecto de artículo 15: “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; b) en la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca; c) no existía en la fecha en la que se produjo el perjuicio vínculo pertinente entre la persona perjudicada y el Estado cuya responsabilidad se invoca; d) la persona perjudicada esté manifestamente impedida de ejercer los recursos internos; o e) el Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado al requisito de que se agoten los recursos internos”, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones cit., p. 50.

ejercicio de la protección diplomática debe ser interpretado a la luz de las normas generales del ordenamiento jurídico internacional, y teniendo muy en cuenta las normas básicas de una “sana” administración de justicia.

3. El requisito concerniente a la “conducta correcta” del particular

Como decíamos, *no se puede decir*, con rotundidad, que la “conducta correcta del particular” se configure como un *requisito necesario e ineludible* para que tenga lugar la protección diplomática por parte de un Estado en favor de dicho particular. En otros términos, existen bastantes discrepancias, sobre todo en el plano de la doctrina científica, a la hora de afirmar el carácter consuetudinario de esta exigencia, de tal modo que las incertidumbres generadas aconsejan sostener que no nos encontramos ante una condición necesaria para el ejercicio de la protección diplomática y que ésta, en el fondo, pudiera llevarse a cabo con independencia del comportamiento “correcto o incorrecto” del particular⁵².

En todo caso, el requisito de la “conducta correcta” del particular hace referencia a aquellos supuestos en los que el individuo, beneficiario en su caso de la protección diplomática, tiene comportamientos que suponen la violación del ordenamiento jurídico interno del Estado causante de la lesión o en el que se ven afectados sus derechos o intereses; los casos en los que dicho individuo genera con su comportamiento la violación de una norma de Derecho Internacional; e, incluso, aquellos supuestos en los que el individuo asume voluntariamente una posición de peligro o riesgo o que, en el fondo, conlleva que se produzca la lesión o que se afecte, de manera directa o indirecta, a sus derechos e intereses.

Aunque la práctica de los Estados en esta materia revela que se han llevado a cabo acciones que implican la protección diplomática a pesar de que no haya existido una “conducta correcta” del particular, hemos de dejar

⁵²Un trabajo completo y preciso de este apartado en JIMÉNEZ PIERNAS, C. *La conducta arriesgada del particular y la responsabilidad internacional*, Alicante, 1990.

constancia, al mismo tiempo, que dicha conducta influye, de algún modo, no sólo en la decisión de llevar a cabo o no el ejercicio de la protección diplomática por parte de un Estado, sino, también, la conducta del particular podrá determinar *el alcance y contenido de la protección*, así como *la intensidad* de las acciones de protección que se llevan a cabo; y, sobre todo, la conducta del particular influirá a los efectos de determinar el exacto contenido de la reparación o la satisfacción que, en su caso, correspondan por el daño o el perjuicio causados. La práctica pone de manifiesto que *una conducta incorrecta, inapropiada o arriesgada* del particular es considerada por los Estados, en la mayoría de los casos, en los diversos momentos en los que se va produciendo el ejercicio de la protección diplomática y que, de este modo, los perfiles jurídicos y materiales de la protección así como, en su caso, el propio ejercicio de la misma estarían condicionados por la citada conducta⁵³. Con seguridad, habrá que estar a la práctica de cada uno de los Estados a la hora de apreciar la intensidad y alcance de este eventual requisito.

NOTA BIBLIOGRÁFICA BÁSICA

ANDRES SAENZ DE SANTAMARÍA, M. P. Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno, *Anuario de Derecho Internacional*, 1976.

DIAZ BARRADO, C. M. La protección de españoles en el extranjero. Práctica Constitucional, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria/Gasteiz*, 1992.

DIAZ BARRADO, C. M. Y FERNÁNDEZ LIESA, C. R. *Indemnizaciones a españoles privados de sus bienes en el extranjero*, Madrid, 1993.

DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 2013.

GARCIA ARIAS, L. Sobre el derecho de protección diplomática, *Estudios de historia y*

doctrina del Derecho Internacional, Madrid, 1964

JIMÉNEZ PIERNAS, C. *La conducta arriesgada del particular y la responsabilidad internacional*, Alicante, 1990.

MAKAROV, A. Consideraciones sobre el derecho de protección diplomática, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1955.

MARESCA, A. *Las relaciones consulares*, Madrid, 1968/1974.

MARIÑO MENÉNDEZ, F. *Derecho Internacional Público (Parte General)*, Madrid, 1999.

MUÑOZ MACHADO, S. Protección diplomática y jurisdicción contencioso-administrativa, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1975.

⁵³Ver, en este sentido, DIAZ BARRADO, C. M. La protección de españoles en el extranjero. Práctica Constitucional, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria/Gasteiz*, 1992. La CDI, salvo error por nuestra parte, no contempla la conducta correcta del particular como un requisito necesario para que se pueda ejercer la protección diplomática, de tal modo que los Estados podrían actuar en favor del particular, incluso aunque éste no hubiese tenido una conducta apropiada.