DISCRECIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCION DIPLOMATICA Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL ORDEN INTERNO

M. Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA

La *Sentencia T. S. (Sala 3.ª) de 16 noviembre de 1974*¹ ha sacado a la luz un núcleo importante de cuestiones cual es la presentación del tema de la protección diplomática en el ámbito concreto del Derecho español². Señalemos brevemente que los hechos objeto de la controversia fueron los siguientes: la difusión de determinadas noticias por TVE que se estimaron como difamatorias contra el Jefe del Estado de la República de Guinea Ecuatorial, provocó que las autoridades de dicha República impusieran distintas multas a varias sociedades y particulares españoles con bienes e intereses en aquel país y que fueron pagadas en dinero efectivo al Tesoro de la República. Posteriormente, los particulares interponen demanda contra la Administración española solicitando indemnización de daños y perjuicios. El Tribunal acoge la demanda de responsabilidad y concede la indemnización.

Abordaremos el estudio del tema a través de los siguientes niveles: en primer lugar, se examinará la situación de la protección diplomática en el plano del Derecho internacional, con especial referencia a la nota de la discrecionalidad que corresponde al Estado en su ejercicio (I); en segundo lugar vamos a examinar, dentro de los órganos jurídicos estatales, en qué

1. Aranzadi, *Jurisprudencia*, 1974, n.º 4.510.

2. En la decisión a que nos referimos se plantean también temas que inciden de pleno en el ámbito del Derecho Administrativo. Tales aspectos administrativistas han sido ya objeto de comentario por parte de especialistas en la materia, y nosotros, por razones obvias, nos remitimos a ellos. *Vid.* a este respecto los trabajos de A. NIÉRO, «La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado», *Revista española de Derecho Administrativo*, 1975, pp. 90-95 y S. MUÑOZ MACHADO, «Protección diplomática y jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista española de Derecho Administrativo*, 1975, pp. 401-425, estudio éste último que trasciende también al ámbito del Derecho internacional.

medida éstos reconocen un derecho del individuo a la protección diplomática por su Estado (II); a continuación nos situaremos ante un aspecto de las relaciones entre el derecho internacional y el Derecho interno cual es el eventual control por los particulares, ante la justicia estatal, del obrar del Estado en el orden internacional desde la perspectiva concreta del Derecho español (III); este examen, por último, nos permitirá establecer algunas conclusiones sobre el tema (IV).

I

1. 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; tradicionalmente se viene citando en apoyo de esta afirmación la formulación del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el *Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina*: «es un principio elemental de Derecho internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho internacional y cometidos por otro Estado, del que no ha podido obtener satisfacción por las vías ordinarias. 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, al derecho que tiene a hacer respetar el D. internacional en la persona de sus nacionales»³.

A este respecto importa tener en cuenta que si el Estado ejerce su propio derecho en orden a la debida aplicación de las normas internacionales, el particular —persona física o jurídica— que ha sido víctima del hecho internacionalmente ilícito por otro Estado, no es titular de ningún derecho internacionalmente reconocido. Así pues, y como el profesor Díez de Velasco ha señalado, «aunque en el origen exista un perjuicio causado a un particular, la protección diplomática se concibe como una relación interestatal entre el Estado autor del hecho ilícito y aquel cuyo derecho subjetivo ha sido violado»⁴. En la misma dirección, se ha dicho muy gráficamente de la protección diplomática que supone una especie de plataforma giratoria que desvía el litigio de la esfera interna a la internacional y convierte la primitiva relación, de individuo perjudicado a Estado responsable, en una relación de Estado reclamante a Estado responsable⁵.

3. C. P. J. I. *Serie A n.º 2*. La misma afirmación se recoge en el *Asunto Nottebohm*, así como en el de la *Barcelona Traction*.

4. Cfr. «La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires», *R. des C.*, t. 141 (1974-I), p. 101.

5. Cfr. Charles ROUSSEAU, *Derecho internacional público*, 3.ª ed., Barcelona 1966, p. 366.

2. Como consecuencia, al tratarse de un derecho del Estado y no de los particulares, aquél goza de absoluta *discrecionalidad* en orden al ejercicio de la pretensión jurídica en que se concreta la protección diplomática. Esta discrecionalidad que en el Derecho positivo internacional caracteriza la intervención del Estado en materia de protección diplomática se manifiesta en dos estadios decisivos del proceso: en primer lugar, el Estado es libre para conceder o negar la protección, e incluso una vez puesta ésta en marcha puede abandonar la pretensión sin necesidad de consulta ni autorización del perjudicado; en segundo lugar, el Estado es asimismo libre para conceder o negar a los particulares el beneficio de las indemnizaciones percibidas. En definitiva, existe una absoluta mediatización del particular por el Estado del que es nacional.

Por consiguiente, es claro que a la luz del Derecho internacional el Estado goza de una competencia discrecional que abarca todos los aspectos del ejercicio de la protección diplomática. En realidad, la regla así enunciada se justifica en una sociedad internacional de Estados soberanos donde el Derecho internacional general no reconoce —salvo excepciones— la cualidad de sujeto de derecho a los individuos directamente interesados⁶.

II

3. Ahora bien, si pasamos del plano internacional al plano de los órdenes jurídicos internos, nos encontramos con que en éstos puede consagrarse la obligación del Estado de proteger a sus nacionales en el extranjero, por lo que los particulares pueden gozar así de un derecho subjetivo a la protección diplomática. Esta posibilidad fue claramente contemplada por el Tribunal Internacional de Justicia en el *Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* al señalar que «Le législateur national peut imposer á l'Etat l'obligation de protéger ses citoyens à l'étranger. Il peut également accorder aux citoyens le droit d'exiger que cette obligation soit respectée et assortir ce droit de sanctions»⁷. En este sentido, es clásico citar los preceptos relativos a este extremo contenidos en la Constitución imperial alemana de 1871 y en la de Weimar⁸

6. Sobre el tema del individuo como sujeto de Derecho internacional *vid.* entre otros, J. SPIROPOULOS, «L'individu et le Droit international», *R. de C.*, t. 30 (1929-V), pp. 195-269; C. TH. EUSTATHIADES, «Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale», *R. de C.*, t. 84 (1953-III), pp. 397-672; M. Díez DE VELASCO, *Instituciones de Derecho internacional público*, t. 1, 3.^a ed., Madrid 1976, pp. 241-251; A. TRUYOL Y SERRA, *La sociedad internacional*, Madrid 1974, pp. 19-20 y 166-168; y con especial referencia a la protección diplomática; I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 2.^a ed., Oxford 1976, pp. 69 y 572-574.

7. C. I. J. *Recueil* 1970, p. 44.

8. Sobre ambas Constituciones *vid.* A. MAKAROV, «Consideraciones sobre el derecho de protección diplomática», *R. E. D. I.*, vol. VIII, 1955, pp. 512-552, donde se pone de relieve que ya la doctrina de la época manifestó sus reticencias en cuanto a la virtualidad práctica de los artículos en cuestión. En el mismo sentido, citemos aquí la opinión de uno de los grandes estudiosos del tema de la protección diplomá-

pero, lo que es más importante, un examen de Derecho constitucional comparado nos revela que en las Constituciones más recientes aparece una tendencia favorable a la consagración del derecho de los ciudadanos a ser protegidos por el Estado cuando se encuentren en el extranjero, orientándose en esta dirección algunos textos constitucionales socialistas⁹ así como la Constitución Política de la República Portuguesa de 1976, la cual establece en su artículo 14:

«Os cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro gozam da protecção do Estado para o exercício dos direitos e estão sujeitos aos deveres que não sejam incompatíveis com a ausência no país»¹⁰.

tica, Edwin M. BORCHAD, quien en 1915 escribía al considerar si el individuo tiene un verdadero derecho a la protección de su gobierno: «This is, however, a moral rather than a legal right, for it is unenforceable by legal methods. Even under the German Constitution, which expressly accords German subjects the right to protection, no legal remedy or means of enforcing the right has been granted» (Cfr. *The diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims*, New York 1915, pp. 29-30).

9. Se responde con ello a un postulado propio del Derecho Constitucional socialista que considera que los derechos fundamentales de los ciudadanos están en función de todo el régimen económico, social y político y es función del Estado protegerlos. El artículo 33 de la Constitución de la República Democrática Alemana de 6 de abril de 1968, texto refundido de 7 de octubre de 1974 expresa en su párrafo 1) que «todo ciudadano de la República Democrática Alemana que se encuentra fuera de la República Democrática Alemana tiene derecho a la asistencia jurídica de los órganos de la República Democrática Alemana»; por su parte la Constitución de la República Popular de Bulgaria de 16 de mayo de 1971 en su artículo 57 proclama que «los ciudadanos búlgaros que residen en el extranjero, gozan de la protección de la República Popular de Bulgaria y están obligados a cumplir sus deberes hacia ellas»; la Constitución de la República Popular China de 17 de enero de 1975 en su artículo 27 *in fine* alude a que «El Estado protege los derechos e intereses legítimos de los chinos residentes en el extranjero». (Para los textos de estas Constituciones *vid.* Manuel M. GARCÍA ALVAREZ, *Textos Constitucionales Socialistas*, León, 1977). Asimismo, el artículo 36 de la Constitución de la República Democrática de Vietnam de 31 de diciembre de 1959 afirma: «The State protects the proper rights and interests of Vietnamese resident abroad» (cfr. Amos J. PEASLEE, *Constitutions of Nations*, 3.^a ed., vol. II, The Hague 1974, p. 1204). Finalmente, la Constitución de la República Socialista de la Unión Birmana de 3 de enero de 1974 establece en el artículo 159 c): «L'Etat aura la responsabilité d'assurer, conformément à la loi, la protection des citoyens de la République socialiste de l'Union birmane qui sont à l'étranger» (cfr. *Corpus Constitutionnel*, Supplément n.º 1, Leiden 1976, p. 251).

10. El artículo, cuya razón de existencia es evidente que obedece a las repercusiones coloniales y a la emigración, fue aprobado por la Asamblea Constituyente con 29 votos en contra y 13 abstenciones. Todos los Proyectos de Constitución presentados por los partidos, excepto el del Centro Democrático Social (CDS), insertaban un artículo en el mismo sentido; citemos como más significativos el artículo 27 del Proyecto del Partido Popular Democrático (PPD): «Incumbe ao Estado proteger aos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro, em especial aqueles que saírem de Portugal por razões de trabalho», y el artículo 52 del Proyecto del Movimento Democrático Português (MDP/CDE): «O Estado protege os cidadãos portugueses que se encontram no estrangeiro, devendo tomar as medidas indispensáveis para que os trabalhadores emigrantes não sejam objecto de discriminações de qualquer natureza e possam manter bem vivos os laços que os unem à Mãe-Pátria»; el Proyecto pre-

De esta forma, es claro que frente a la situación existente en el plano internacional —completa discrecionalidad— en el plano del Derecho interno puede registrarse el deber del Estado de ejercer la protección. No obstante, hay que señalar que, como también se puso de relieve en el *Asunto de la Barcelona Traction*, «toutes ces questions restent du ressort du droit interne et ne modifient pas la situation sur le plan international»¹¹ y de otro lado es evidente la necesidad de que el precepto constitucional se vea desarrollado posteriormente mediante leyes ordinarias que permitan al particular reclamar jurídicamente el beneficio de la disposición o bien obtener reparación si es inaplicada¹².

4. Sin embargo, existe una segunda tendencia de signo opuesto, localizable exclusivamente en las Constituciones de los países hispano-americanos que trata de restringir el ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado nacional de los extranjeros residentes en esos países. Sirva como ejemplo la Constitución de Honduras de 3 de junio de 1965, que en su artículo 26 establece:

«Foreigners may not file claims or demand indemnity of any kind from the state, except in the manner and in the same cases in which Hondurans may do so.

They may not resort to diplomatic channels except in cases of denial of justice. For such purposes, a decision that is unfavorable to the claimant is not to be taken as a denial of justice. Persons who contravene this provision shall lose the right to reside in the country»¹³.

sentado por el Partido Comunista en su artículo 27 se refería exclusivamente a la protección de los trabajadores emigrados (*vid.* Reinaldo CALDEIRA y María do Céu SILVA, *Constituição Política da República Portuguesa* 1976, Lisboa 1976).

11. C. I. J. *Recueil*, 1970, p. 44.

12. Se trata en definitiva del problema del valor jurídico de las Declaraciones de Derechos recogidas en las Constituciones, que para algunos autores no serían más que enunciados de principios filosóficos y morales, sin valor jurídico alguno, que pueden inspirar al legislador pero no se imponen al juez mientras que para otros tendrían el valor de ley incluso constitucional y podrían ser sancionadas en caso de violación. En opinión de G. BURDEAU, para solucionar la cuestión es necesario distinguir dos categorías de disposiciones: las que enuncian una regla de derecho positivo y aquellas que están desprovistas de la fuerza obligatoria propia de este derecho, siendo estas últimas las que determinan el finalismo de la institución estatal y fijan un programa al legislador (Cfr. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, 6.^a edic., Paris 1974, pp. 72-73. Puede verse también A. HAURIOU, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, 4.^a ed., Barcelona 1971, pp. 220-221).

13. El artículo 28 de la Constitución de Nicaragua de 1 de noviembre de 1950, modificada el 20 de abril de 1955, 26 de agosto de 1959 y 25 de mayo de 1962 determina: «Aliens may not resort to diplomatic channels except in case of denial of justice. The fact that a decision is unfavorable to the claimant is not to be understood as a denial of justice. Those who violate this provision shall lose the right to reside in the country». También la Constitución de El Salvador, de 8 de enero de 1962, contempla este problema en su artículo 20: «Foreigners may not resort to diplomatic channels except in case of denial of justice and after legal recourses have been exhausted. The fact that a judicial decision was unfavorable to the claimant does not constitute a denial of justice. Anyone who contravenes this provision shall lose the

La razón de ser de estas disposiciones constitucionales tiene su origen en la lucha sostenida a partir del siglo XIX y comienzos del XX por estos países contra los intereses imperialistas de los países europeos inversores de capital en Hispano-América; fenómeno inversor que dió origen a un amplio número de reclamaciones internacionales. Como es bien sabido, un medio para evitar estas reclamaciones lo constituyó el empleo de la «Cláusula Calvo» y en algunos casos la rebelión de los nuevos países tomó la forma de proposiciones para la radical modificación de las normas internacionales en la materia, llegando en ocasiones a plasmar tales modificaciones en textos convencionales, como ocurrió en la Novena Conferencia Interamericana, en la que se firmó el Tratado Americano sobre Arreglo Pacífico de Controversias, también llamado Pacto de Bogotá, donde los países latinoamericanos consiguieron introducir, no sin considerable dificultad, el siguiente artículo VII:

«Las Altas Partes contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del Estado respectivo»¹⁴.

No es difícil encontrar en este artículo del Pacto de Bogotá la fuente próxima inspiradora de las normas constitucionales a que nos venimos refiriendo. No obstante, no conviene olvidar que —dejando a un lado la cuestión de su fundamento teórico— la jurisprudencia internacional que

right to inhabit the country». El artículo 19 de la Constitución de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949 modificada en 1963 se expresa de la siguiente forma: «Foreigners ... are subject to the jurisdiction of the courts of justice and the authorities of the Republic, and may not resort to diplomatic intervention except as provided in international conventions». Por su parte, la Constitución de Ecuador de 25 de mayo de 1967 se refiere a la renuncia a la protección diplomática exclusivamente en materias contractuales y así dice el artículo 82: «Contracts concluded between a foreign, natural or juridical person and the Government of Ecuador or an Ecuadorian natural or juridical person include an express or tacit waiver of any diplomatic claim». Con un sentido más absoluto, el artículo 24 de la Constitución de Bolivia de 2 de febrero de 1967 determina: «Foreign subjects and enterprises are subject to Bolivian laws, and in no case may they invoke exceptional position or have recourse to diplomatic claims». Otros dos textos constitucionales restringen la prohibición a los extranjeros de acudir a la protección diplomática a los casos relacionados con el derecho de propiedad, así como ocurre con el artículo 27, I, de la Constitución Mexicana de 31 de enero de 1917, modificada el 11 de octubre de 1966, y con el artículo 32 de la Constitución del Perú de 9 de abril de 1933 y cuya última modificación data de 1964: «Foreigners, as regards property, are in the same condition as Peruvians, without being able in any case to invoke an exceptional position in this respect or have recourse to diplomatic claims». (Los textos en inglés de estas Constituciones pueden encontrarse en Amos J. PEASLEE, *op. cit.*, vol. IV).

14. *Vid.* sobre estas cuestiones el trabajo de J. CASTAÑEDA, «The underdeveloped nations and the development of international law», *International Organization*, vol. XV, 1961, pp. 38-48 y el comentario al artículo VII del Pacto de Bogotá de J. J. CAICEDO CASTILLA, *El Derecho internacional en el sistema interamericano*, Madrid 1970, pp. 380-381.

admitió la validez de la Cláusula Calvo ha puesto de relieve que es necesario que la cláusula se halle explícitamente en el contrato y la renuncia se haga en términos inequívocos, por lo que no cabe admitir implícitamente su existencia, ni aún en el caso que venga impuesta por una norma general del Estado, ya sea Constitucional, ley o decreto ¹⁵.

III

5. Las consideraciones de los dos apartados anteriores nos permiten situarnos ante un aspecto importante de las relaciones entre Derecho internacional y Derecho interno: el eventual control por los particulares, ante la justicia estatal, del obrar del Estado en el orden internacional. Abordaremos este tema desde la perspectiva del derecho español.

Dentro de la órbita de nuestro sistema jurídico, la jurisprudencia se ha ocupado de estudiar tanto el plano del Derecho internacional como el plano del Derecho interno de la protección diplomática, de los que acabamos de ocuparnos. Señalemos en primer lugar que la regla de Derecho internacional que atribuye al Estado competencia discrecional en el ejercicio de la protección diplomática es puesta de relieve ya desde la *Sentencia de 24 de junio de 1857* (López Bustamante c. Administración del Estado), en uno de cuyos Considerandos se establecía:

«Que la obligación de mi Gobierno de proteger a todo buque abandonado con su pabellón... según permitan las consideraciones que él mismo exclusivamente ha de apreciar en cada caso ...» ¹⁶.

A su vez, en la *Sentencia de 21 de diciembre de 1907* (José Crespo c. Administración del Estado), al absolver a la Administración de la reclamación por disconformidad en el reparto de las indemnizaciones concedidas a consecuencia de los perjuicios sufridos por los súbditos españoles durante la revolución venezolana de 1892, el T.S. se expresó en los siguientes términos:

15. Así se expresó en el caso *North American Dredging Co.* de 1926. Puede verse también E. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, «Responsabilidad internacional» en M. SORENSEN, *Manual de Derecho Internacional público*, México 1973, pp. 560-561.

16. *Jurisprudencia Administrativa*, t. VII, 1857, p. 83 (el subrayado es nuestro). El supuesto de hecho era el siguiente: después de rotas las hostilidades de lo que iba a constituir la guerra de Crimea, el señor López Bustamante adquiere en Cádiz una fragata rusa, realizando posteriormente los trámites reglamentarios para la matriculación y abanderamiento de la misma, lo que la Administración española concede; no obstante, los Gobiernos de Francia y Gran Bretaña ordenan la captura de todo buque de procedencia rusa comprado una vez comenzadas las hostilidades, disposición que la propia Administración española pone en conocimiento del señor López Bustamante, pese a lo cual la fragata se hace a la mar siendo apresada por dos buques de guerra franceses. Ante este acontecimiento su propietario reclama a la Administración indemnización por daños y perjuicios; el Tribunal desestima la demanda.

CONSIDERANDO (2.º): Que el Representante de España, al usar de *tal facultad de carácter notoriamente discrecional...*¹⁷.

A la línea iniciada por ambas Sentencias viene ahora a unirse la *Sentencia T. S. (Sala 3.ª) de 16 de noviembre de 1974* ya mencionada, según la cual la protección de los particulares perjudicados a nivel de responsabilidad internacional —protección diplomática— supone siempre «una relación de Estado a Estado dentro de un marco de oportunidad». De esta forma, el T. S. se ha colocado en el plano del Derecho internacional y está expresando el principio de que la protección diplomática supone una relación interestatal en la que cada Estado actúa con discrecionalidad respecto de los individuos perjudicados por el hecho ilícito.

6. Pero la Sentencia de 1974 va más lejos pues además —y con ello pasamos al plano del derecho interno— pone de manifiesto «la falta de una formulación positiva, a nivel constitucional o de ley básica, del derecho a la protección nacional ante represalias ilícitas», «falta de formulación positiva... en la que basar un verdadero derecho a la protección que imponga al Gobierno propio de modo inexcusable la puesta en ejercicio del dispositivo indemnizatorio a nivel de Estados». Según el T. S. no se consagra por tanto en nuestro derecho, a diferencia como hemos visto de lo que ocurre en otros ordenamientos, un derecho subjetivo de los españoles a la protección diplomática por parte del Estado.

7. En otra dirección, hay que señalar que en nuestro sistema jurídico-administrativo, la actuación del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales pertenece a la esfera de los llamados «actos políticos o de Gobierno», cuya característica primordial es la exclusión de todo control fiscalizador por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, y ello puede considerarse así desde tres puntos de vista distintos: legal, jurisprudencial y doctrinal.

En primer término, el artículo 2, b) de la Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa —en adelante LJCA— determina que no corresponderán a esta jurisdicción «las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, *relaciones internacionales*, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren precedentes cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa».

En segundo término, también la jurisprudencia califica como actos políticos los relativos a las relaciones internacionales. La *Sentencia de 24 de mayo de 1901* absolvió a la Administración del Estado de la demanda presentada por D. F. Zwicky sobre la base de los perjuicios causados a éste

17. *Jurisprudencia Administrativa*, t. 74, 1907, p. 656 (el subrayado es nuestro). Sobre las reclamaciones contra Venezuela puede verse el trabajo de Pedro Manuel ARCAÑA, *Historia de las reclamaciones contra Venezuela*, Caracas 1964.

por una Real Orden del Ministerio de Fomento que cancelaba determinada marca de fábrica y en su decisión el Tribunal dijo:

«CONSIDERANDO: Que como la Real Orden impugnada versa sobre el cumplimiento de convenios que España tiene celebrados con otras Potencias, constituye dicha resolución un acuerdo de Gobierno que afecta al orden público internacional, y por lo tanto se halla excluido su conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa»¹⁸.

En esta misma línea, la *Sentencia de 16 de noviembre de 1974* pone de relieve que aún admitiendo la inexistencia de un deber estatal de protección «pudo, sin embargo, agotados los recursos defensivos internos, seguirse aquella vía para la satisfacción del perjuicio patrimonial padecido por los súbditos españoles... pero ésta no ha sido la vía elegida, ni a ella pueden ser remitidos los recurrentes, porque... la decisión que en este punto adoptara el Gobierno tendría el carácter de acto no susceptible de ser recurrido, netamente comprendido en la norma excluyente del artículo 2, b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y sin otro medio posible restaurador, en su caso, que el de la indemnización a tenor de lo dispuesto en el mismo artículo y en el 40, 1) de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado». Enlaza así nuestra jurisprudencia con la tradicional del Consejo de Estado francés, quien viene considerando como «actes de gouvernement» los referentes a las relaciones internacionales y en particular todos aquellos actos unidos al ejercicio de la protección diplomática, incluyendo tanto la concesión o el rechazo de la misma como todo lo que concierne al ejercicio de la acción internacional, desde la presentación hasta el arreglo de la reclamación y reparto de la indemnización¹⁹.

En tercer lugar, aunque la doctrina administrativista ha sometido el ámbito del acto político a un proceso de depuración y reducción, siendo ayudada en esta tarea por la propia jurisprudencia, sin embargo los actos de las relaciones internacionales se han seguido manteniendo como actos de Gobierno desde los primeros momentos de impugnación de la categoría²⁰. Así, Eduardo García de Enterría, en un trabajo imprescindible para

18. *Jurisprudencia Administrativa*, t. 60, 1901, pp. 812 ss.

19. Acerca de la línea seguida por el Consejo de Estado francés, *vid.* S. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, pp. 402 y 408-410; L. SIORAT, «La protection diplomatique», *Jurisclasseur de Droit international*, fac. 250-C, pp. 32-35; G. BERLIA, «Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique», *A. F. D. I.* 1957, pp. 63-72.

20. Ya Gaston JEZE escribía: «en la hora actual, a consecuencia de numerosas eliminaciones, los actos de Gobierno han llegado a ser muy raros. Por ello no ofrecen ya tantos peligros para los administrados: sólo existen... los actos del Presidente de la República relativo a las relaciones del Ejecutivo y del Legislativo, la declaración del estado de sitio, los actos diplomáticos y algunos actos de policía relativos a la conducción de una guerra nacional» (cfr. *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. I, Buenos Aires 1948, pp. 417-418 y 421 y ss.). Por su parte, DUEZ consideraba los actos de naturaleza diplomática como «le gros domaine des actes de gouvernement, celui où ils ont réussi à s'enraciner avec le plus de vigueur, parce que

el estudio de la institución de los actos de Gobierno, ha sostenido que hay sólo dos supuestos de actos que son distintos de los administrativos: los actos de relación internacional y los actos de relación interconstitucional de los órganos superiores²¹; la doctrina posterior sostiene el mismo criterio²².

Existe unanimidad por tanto en considerar como actos políticos —y por ello excluidos de fiscalización jurisdiccional— los actos de las relaciones internacionales, considerando además como incluidos dentro de esta categoría los relativos al ejercicio de la protección diplomática. Tal inclusión se produce tanto en nuestra jurisprudencia —recuérdense a este respecto las *Sentencias de 24 mayo de 1901* y *16 de noviembre de 1974* que acabamos de citar— como en la del Consejo de Estado francés y en la doctrina administrativa, que estima como parte de la actividad internacional y respondiendo a motivaciones radicalmente diferentes de las que fundamentan la actuación administrativa, la protección diplomática de los ciudadanos en el extranjero²³.

c'est dans ce champ de l'activité étatique que le Gouvernement, sous l'influence d'idées traditionnelles et aussi par l'effet des nécessités diplomatiques, a conservé le plus de prestige et de force» (cfr. *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, París 1938).

21. Cfr. «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *R. A. P.* n.º 38, 1962, p. 184. La teoría de los actos de Gobierno —explica GARCÍA DE ENTERRÍA— ha pasado por una serie de fases muy características. Cuando surge en la jurisdicción francesa de la primera Restauración se justifica en la doctrina del móvil o del fin; sería acto político aquel cuya finalidad, cuyo móvil determinante es político. En 1875 el Consejo de Estado francés abandona la teoría del móvil y la sustituye por la llamada teoría de los actos de gobierno «à raison de sa nature» y se aboca al sistema de enumeración o lista. En nuestro Derecho estamos aún en el momento del sistema de lista; el propio artículo 2 LJCA enumera unos cuantos actos políticos aunque sin afán exhaustivo. De todos ellos, sólo dos supuestos son distintos de los actos administrativos: los actos de relación internacional y los de relación interconstitucional de los órganos superiores. Según este autor, la exención de la jurisdicción contenciosa de estos dos tipos de actos es una consecuencia rigurosa de que no son actos de la Administración y no están, por lo mismo, sujetos al Derecho Administrativo, pues las relaciones internacionales las cumple, no la Administración sino la persona internacional del Estado, el Estado entendido como personalidad jurídica desde otro ordenamiento distinto del administrativo, desde el ordenamiento jurídico internacional, por lo que no se trata propiamente de consagrar una inmunidad jurisdiccional de la Administración, pues no es la Administración quien los realiza. Para ENTERRÍA la prueba definitiva está en que los actos de las relaciones internacionales son residenciables ante los órganos jurisdiccionales internacionales (cfr. *op. cit.*, pp. 185-186). No podemos estar de acuerdo con las razones expuestas por el profesor de Derecho Administrativo; los actos de las relaciones internacionales no son fiscalizables ante la jurisdicción contenciosa porque priman en ellos consideraciones de oportunidad política que aconsejan excluirlos de todo control; de otro lado, como puso de relieve el profesor GONZÁLEZ CAMPOS en su «Nota a la Sentencia T. S. de 20 de mayo de 1964», debe tenerse presente que la jurisdicción internacional reposa sobre la base del consentimiento de los Estados partes en la controversia (cfr. *R.E.D.I.*, vol. XIX, 1966, p. 68).

22. Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, p. 402, con amplias referencias al Consejo de Estado francés.

23. Por estas razones, S. MUÑOZ MACHADO apunta que «los actos referentes a la protección diplomática quedan configurados tempranamente como actos políticos,

8. Ahora bien, si esta es la regla de base —actos de las relaciones internacionales como actos de Gobierno o políticos— es preciso recordar dos extremos que no siempre han sido tenidos en cuenta pese a su importancia:

A) De un lado, hay que denunciar que la calificación de actos políticos internacionales ha sido utilizada en ocasiones para excluir de todo control actos que no tienen tal naturaleza, sino que son tan sólo una consecuencia ulterior de la actividad internacional del Estado. Así ocurría en la *Sentencia de 24 de mayo de 1901*, que llegó al extremo de considerar a una Real Orden del Ministerio de Fomento como «un acuerdo de Gobierno que afecta al orden público internacional» y por lo tanto excluido del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Igualmente, la *Sentencia T. S. de 20 de mayo de 1964*, ante la reclamación por parte de una empresa española de que ciertas Ordenes Ministeriales dictadas en ejecución del Convenio relativo a la Ayuda para la Mutua Defensa entre España y los Estados Unidos de 26 de septiembre de 1953 habían infringido las cláusulas de dicho tratado, manifestó que «sólo este último (el Gobierno de los Estados Unidos) está por decirlo así legitimado para una reclamación, sin duda en vía diplomática, para denunciar cualquier desviación de la letra o el espíritu del tratado que puedan contener las normas dictadas por el Gobierno español» y que por lo tanto «no sería nunca la entidad recurrente quien pueda atribuírse personalidad para reclamar sobre infracciones de cláusulas de un tratado internacional»²⁴. En estos casos es preciso levantar la falsa calificación de político concedida a actos típicamente administrativos y someterlos a control jurisdiccional.

Nuestro T. S. se ha dado ya cuenta de este peligro que amenaza con defraudar de su conocimiento muchos actos administrativos en perjuicio de los particulares. Citemos aquí la *Sentencia T. S. de 7 de mayo de 1960*, en la que se estudiaba la demanda de la sociedad Italcable, la cual solicitó de la Dirección General de Previsión se declarase exento de afiliarse a los seguros sociales españoles a su personal italiano, denegándose la petición por la Administración. En el contencioso, la representación de ésta alega incompetencia de la jurisdicción contencioso-Administrativa sobre la base del artículo 2, b) LJCA. El Tribunal dijo en su *Sentencia*:

excluidos de revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa» (cfr. *op. cit.*, p. 408).

24. Aranzadí, *Jurisprudencia*, 1964, n.º 2.242. Tales frases han movido a GONZÁLEZ CAMPOS a decir en su Nota (*op. cit.*, p. 68) que «la consecuencia, por tanto, parece ser la siguiente: el carácter «internacional» del acto, su naturaleza de acto de ejecución de un Convenio internacional, ha llevado a una ampliación —implícita, es cierto— del concepto de «acto político», cuando éste, en realidad, carece del requisito previsto en el artículo 2, b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción. Ello supone, no cabe duda, una extensión de este concepto, que coloca a los particulares, nacionales del Estado que concierne el tratado, en una situación de total indefensión frente a la Administración: no es ya el tratado, acto típico de las relaciones internacionales, sino los actos administrativos dictados en ejecución del mismo, los que también escapan al control jurisdiccional». En este sentido, véase *Sentencia T. S. de 27 de febrero de 1970 supra*.

«CDO (1.º): Que por el representante de la Administración ha sido aducida la alegación de incompetencia de esta jurisdicción basándose en... la hipótesis de exclusión de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el apartado b) del artículo 2.º de la misma Ley... en relación con lo cual es fundamental tener en cuenta, en primer término, que la acción entablada por la Sociedad demandante no impugna el Convenio citado, ni va dirigida contra él en conjunto, ni contra precepto alguno en él contenido, sino contra una Orden Ministerial, claro y típico acto administrativo... y debe, por ello, ser desestimada la formulada alegación de incompetencia»²⁵.

La *Sentencia T. S. de 20 de enero de 1969* se ocupó de la impugnación de resoluciones del Ministerio de Hacienda relativas al Convenio hispano-francés de 7 de agosto de 1926 relativo al impuesto sobre la renta de las sociedades; la representación de la Administración alegó inadmisibilidad basándose en el artículo 2, b) LJCA. El Tribunal desestimó la alegación con las siguientes palabras:

«CDO (3.º): Que por lo que se refiere a la excepción aludida es preciso tener en cuenta que para que fuera estimada era preciso que se tratase de un acto que tuviera mera y esencialmente carácter político...»²⁶.

Finalmente, la *Sentencia T. S. (Sala 4.ª) de 27 de febrero de 1970* manifestó:

«CDO: Que el Consejo General accionante no impugna ni el Convenio Hispano-Marroquí de 11 de febrero de 1957, ni el Protocolo Hispano-Marroquí de 6 de octubre de 1965 que reemplazó en la materia de autos lo estipulado en los artículos 5 y 6, párr. 1.º del Convenio de 1957, únicas disposiciones que por su naturaleza cabría reputar extrañas al ámbito de la revisión jurisdiccional ahora promovido; sino que ataca la Orden del Ministerio de Justicia de 28 de abril de 1966, disposición nacional de rango inferior al de la Ley, emanado de un órgano de la Administración Central del Estado, y por tanto incluido en los supuestos del art. 1 de la Ley de 27 de diciembre de 1956: declaración a cuyo alcance en nada afecta al hecho —no discutido en autos— de que la Orden trate dentro del ámbito de la soberanía española de procurar aplicación práctica a las disposiciones de los citados Instrumentos internacionales no siendo calificable de «acto político del Gobierno» sino de norma —disposición— administrativa del titular de uno de los Departamentos que integran el Consejo de Ministros, por lo que es inconfundible con los anteriormente citados actos políticos y cae de lleno en la materia administra-

25. Aranzadi, *Jurisprudencia*, 1960, n.º 2.131.

26. Aranzadi, *Jurisprudencia*, 1969, n.º 17.

tiva, que de no mediar otra causa excluyente de las taxativamente señaladas en el art. 2 de la Ley Jurisdiccional —en relación con el 40— puede ser objeto de impugnación ante los tribunales contencioso-administrativos...»²⁷.

B) De otro lado, es preciso tener en cuenta que la LJCA, si bien no pudo eliminar totalmente la categoría de los actos políticos, sin embargo ha operado en ella una importante restricción al limitar la posibilidad de los mismos a que sean emanados del Gobierno, correctivo orgánico que —en palabras de García de Enterría— si significa objetivamente una función, también especifica un órgano, en concreto al Consejo de Ministros; así la Ley habla de «actos políticos del Gobierno», sin que la mayúscula de este último término y su concreción por el artículo determinado y determinante «el» deje la menor duda sobre la intención²⁸. La propia Exposición de Motivos de la Ley se refiere a «la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales». De esta forma, se impide que puedan ser considerados políticos, a efectos de ser excluidos de impugnación, los actos de cualquier otro órgano estatal inferior al Consejo de Ministros. El T. S., después de un primer momento en el que seguía aplicando la calificación de acto político a actos ministeriales o incluso de autoridades inferiores²⁹, ha iniciado una línea clara en el sentido de exigir el criterio orgánico³⁰, y la doctrina administrativa sostiene la misma opinión prácticamente con unanimidad³¹.

Bajo este punto de vista, nos encontramos con que las decisiones adoptadas en relación con el ejercicio de la protección diplomática en cualquiera de sus aspectos, no competen al Consejo de Ministros, sino única y exclusivamente al Ministro de Asuntos Exteriores y tal afirmación se justifica tanto por razones legales como por razones emanadas de la práctica ministerial en tales materias. En primer lugar, por razones legales, ya que el artículo 10 de la Ley de Régimen Jurídico, que regula las competencias del Consejo de Ministros, no recoge entre las referentes a las relaciones internacionales las decisiones en cuestiones de protección diplomática³²; por el contrario, el Decreto 804/1976 de 2 de abril (B.O.E. de 20 de abril), por el que se reorganiza el Ministerio de Asuntos Exteriores, esta-

27. Aranzadi, *Jurisprudencia*, 1970, n.º 660.

28. Cfr. «La lucha contra las inmunidades...», *op. cit.*, p. 180.

29. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 181.

30. Vid. Sentencias T. S. de 10 de febrero y 29 de octubre de 1962, 18 de febrero y 20 de septiembre de 1963, 21 de diciembre de 1964, 15 de marzo y 5 de abril de 1965, 30 de junio y 25 de julio de 1966, 23 de enero de 1967 y 17 de febrero de 1969.

31. Vid. en este sentido J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos y económico-administrativos*, Madrid 1975, pp. 136-137; R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, 4.ª edic., Madrid 1973, pp. 31 y 485; F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4.ª ed., vol. I, Madrid 1966, p. 411.

32. Recordemos que el artículo 10, 5 sólo alude a la necesaria autorización del Consejo de Ministros para la negociación y firma de tratados internacionales y la adhesión a los existentes, que son actos puros de las relaciones internacionales.

blece en su artículo primero que «al Ministerio de Asuntos Exteriores compete... proteger y fomentar los intereses nacionales en el exterior», manifestándose en idéntico sentido anteriores Decretos de organización de dicho Ministerio, y al mismo tiempo el artículo 14 de la Ley de Régimen Jurídico determina que «Los Ministros, como Jefes de sus Departamentos, están investidos de las siguientes atribuciones: 1. Ejercer la iniciativa, dirección e inspección de todos los servicios del Departamento...». En segundo lugar, la práctica del Ministerio de Asuntos Exteriores nos confirma que las órdenes cursadas a las diferentes Embajadas para que éstas ejerzan la protección de sus nacionales, llevan siempre la firma del Ministro y es bajo las indicaciones de éste como actúan³³. Es criticable pues la expresión adoptada por el T. S. en la Sentencia de 16 de noviembre de 1974 al aludir a «la decisión que en este punto adoptara el Gobierno» ya que no era a este órgano a quien correspondía adoptarla.

Al no provenir del Consejo de Ministros las decisiones relativas a la protección diplomática, el criterio orgánico del artículo 2, b) LJCA debe operar aquí negativamente, excluyendo aquellas decisiones de la calificación de acto político, al no poder ser consideradas formalmente como tales. No estamos en presencia de actos políticos tal como éstos se configuran en nuestro derecho y por tanto no existe fundamento alguno que permita excluir de la fiscalización por la jurisdicción contencioso-administrativa la decisión del Ministro de Asuntos Exteriores de que se lleve a cabo la protección diplomática por los servicios centrales o los servicios exteriores del Ministerio³⁴.

33. En el Estatuto orgánico del Ministerio de Relaciones Exteriores (sancionado por Decreto con fuerza de Ley n.º 287, de 25 de julio de 1935) de Chile se establece que corresponde al Ministerio: «(n) prestar a los nacionales o intereses de Chile en el extranjero, la protección posible, de acuerdo con el derecho o prácticas internacionales». Mientras se escriben estas líneas, se han ido desarrollando dos supuestos de ejercicio de la protección diplomática de españoles en el extranjero; el primero de ellos motivado por la captura de varias embarcaciones y posterior encarcelamiento de sus tripulaciones en Angola; el segundo ocasionado por el encarcelamiento y amenazas de ejecución de cuatro periodistas de RTVE destacados en el Zaire para informar de la lucha sostenida por este país contra las fuerzas rebeldes en Katanga. En ambos casos, las gestiones para la liberación de los ciudadanos españoles fueron realizadas por las respectivas embajadas en aquellos países previa orden del Ministro de Asuntos Exteriores y sin que en ninguna de las ocasiones pueda hablarse de un anterior acuerdo del Consejo de Ministros.

34. Frente a nuestra afirmación podrían oponerse, entre otros, los siguientes argumentos: de un lado, en el plano internacional la persona jurídica que actúa es el Estado, representada por el Gobierno, por lo que el ejercicio de la protección diplomática no se atribuye a la embajada dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores, sino al Gobierno español, pero admitir tal argumentación, con la consecuencia inmediata de tener que considerar los actos relativos al ejercicio de la protección diplomática como actos del Gobierno excluidos de la jurisdicción, supondría tanto como utilizar categorías de Derecho internacional para explicar fenómenos propios del derecho interno; de otro lado, podría interpretarse que el Ministerio de Asuntos Exteriores sólo es el ejecutor de las decisiones del Gobierno en este tipo de materias, pero aunque esto fuera cierto, la decisión, formalmente, provendría del Ministro de Asuntos Exteriores y no del Consejo de Ministros, por lo que no podría beneficiarse del

9. Sin embargo, en la práctica se vienen considerando estas decisiones como actos políticos excluidos de la jurisdicción, y esto ocurre tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y en la española; baste recordar a este respecto la Sentencia de 16 de noviembre de 1974, que consideraba el ejercicio de la protección como «netamente comprendido en la forma excluyente del artículo 2, b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa». Indagar una explicación acerca de esta situación nos obliga a remontarnos a la época histórica de la transición del Estado absoluto o de policía, en el que lo característico en cuanto al ejercicio de los poderes es el modo arbitrario como pueden ser utilizados³⁵ y por consiguiente la falta de control de las dediciones del soberano, al Estado de Derecho, en el que como reacción contra la nota de arbitrariedad del Estado-policía se consagra la supremacía de la ley y la exigencia de legalidad de la actuación administrativa, reconociendo los derechos públicos subjetivos y otorgando a los particulares medios idóneos para la defensa de los mismos. Sin embargo, aún bajo el imperio del Estado de Derecho, el ejecutivo ha conseguido mantener una esfera de inmunidad al control de la legalidad gracias a la creación por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés de la doctrina de los «actes de gouvernement», sobre la idea de que los actos de gobierno son la manifestación de una función estatal distinta de la administrativa: la función de gobierno. Aunque, como más arriba pusimos de relieve, la teoría atraviesa actualmente un proceso de crisis que se traduce cuando menos en la reducción del número de estos actos, veíamos también que los actos que afectan a las relaciones internacionales siguen considerándose en la actualidad como actos políticos pero el importante correctivo orgánico introducido en nuestro derecho por la LJCA —exigencia de que los actos provengan del Consejo de Ministros— excluye de esta categoría la actuación de la Administración en materia de protección diplomática, que depende exclusivamente del Ministro de Asuntos Exteriores. La circunstancia de que, pese a ello, las actividades de la Administración en tal ámbito de materias siga considerándose como inmune, sólo encuentra explicación si pensamos que nos hallamos ante un residuo en el fenómeno de transformación del Estado.

privilegio de inmunidad de los actos políticos, al operar en éstos un criterio orgánico. No obstante, MUÑOZ MACHADO considera que el dar un sentido orgánico a la expresión actos políticos, aun reconociendo que esta corrección ha sido introducida por la Ley y corroborada por la jurisprudencia, es totalmente incorrecto y en algunos casos puede ser realmente perturbador, ya que el órgano que ordinariamente emana actos que se incardinan en el ámbito de las relaciones internacionales es el Ministerio de Asuntos Exteriores y así el Consejo de Estado francés, por ejemplo, considera normalmente estos actos como políticos, por todo lo cual se inclina por definir los actos políticos exclusivamente con arreglo a un criterio material. Nos parece que la referencia al Consejo de Estado francés no puede ser determinante en cuestiones de derecho interno español y en último término ninguna consideración puede desvirtuar un criterio que viene impuesto por la Ley misma, como ocurre en este caso con el orgánico.

35. F. GARRIDO FALLA, *op. cit.*, pp. 66-67.

10. En otro orden de ideas, hay que distinguir entre la creación de las normas internacionales, tarea en la que los protagonistas son los Estados como sujetos de Derecho internacional y en su representación los Gobiernos, y los procedimientos para la aplicación de las mismas, que son aquellas normas que dentro del ordenamiento internacional regulan los cauces para la realización del derecho mediante su cumplimiento por los obligados; en principio, a cada Estado corresponde la protección de los derechos de que es titular frente a otros Estados por los medios a su alcance, y ello se llevará a cabo de ordinario mediante la protección diplomática, pero la aplicación de las normas internacionales tiene un aspecto muy importante en todos los derechos internos y supone siempre una actividad administrativa; en este sentido, una cosa es la decisión de ejercer la protección diplomática, que se adopta por la Administración en el plano interno, y otra la ejecución de tal decisión en el plano internacional, la primera es presupuesto de la segunda y al tratarse de una actuación de la Administración puede y debe ser fiscalizable en el orden jurídico interno.

Si lo que se pretendía era excluir del control jurisdiccional todos los actos de las relaciones internacionales, el pretender resolver la situación acudiendo a la categoría del acto político supone utilizar una mala técnica, pues el proceso de impugnación al que se ha sometido esta teoría ya no permite, según hemos intentado demostrar, cobijar bajo su manto a toda la actividad referente a las relaciones internacionales, por lo que hubiera sido más sencillo declarar su exclusión sin más. Ahora bien, el defender la completa inmunidad de los actos de las relaciones internacionales, basándose bien en la misma naturaleza del poder estatal en que se ha basado la realización del acto (tesis del «poder exterior»), bien en el hecho de que el acto relativo a las relaciones internacionales no es una actividad administrativa, supondría, nos parece, demasiada especialidad. Opinamos, por el contrario, que la transformación democrática del Estado debe conducir a eliminar este residuo de discrecionalidad.

11. Pese a las anteriores consideraciones, la realidad nos obliga a enfrentarnos con el hecho de que, si bien mediante una técnica defectuosa, la actuación administrativa en materia de protección diplomática se considera acto político y por ello excluida del control jurisdiccional. Debemos por lo tanto tratar de demostrar ahora que, aunque no sean fiscalizables ante la jurisdicción, sin embargo las consecuencias que la adopción de decisiones sobre protección diplomática producen sobre los particulares, pueden comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado dando lugar a la concesión de una indemnización o resarcimiento; pensamos que a favor de esta tesis pueden sustentarse argumentos tanto legales como doctrinales y jurisprudenciales.

Desde la perspectiva legal, el propio artículo 2, b) LJCA excluye de la fiscalización por dicha jurisdicción a los actos relativos a las relaciones internacionales pero «sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa»; a su vez el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico afirma el derecho de los particulares «a ser indemnizados por el Estado de

toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa» y no podemos olvidar tampoco el ya mencionado Decreto 2 de abril de 1976 reorganizador del Ministerio de Asuntos Exteriores que considera la protección de los intereses nacionales en el exterior como una función inherente al Ministerio.

12. Doctrinalmente, García de Enterría ha señalado que la intención del sistema legal español sobre responsabilidad de la Administración está en desplazar el fundamento de esta doctrina desde la perspectiva de la acción del sujeto responsable a la del patrimonio de la persona lesionada, de forma que la responsabilidad patrimonial no es una sanción personal por un comportamiento inadecuado, sino un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en movimiento si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. La idea de la antijuridicidad se desplaza así de la conducta subjetiva del agente al daño objetivo del patrimonio dañado³⁶ y existirá siempre que el titular de éste no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Basándose en esta circunstancia, Leguina apunta que el sistema español de responsabilidad civil de la Administración se presenta dentro del panorama actual del derecho comparado como el más avanzado, «no sólo desde el punto de vista de la técnica empleada sino también por lo que respecta al ámbito objetivo de los daños susceptibles de resarcimiento»³⁷. En nuestro derecho, para poder imputar un daño a un ente público lo que interesa es, por una parte, que el ente tenga la titularidad del servicio o de la actividad desarrollada por sus funcionarios o agentes, y por otra, que el daño causado como consecuencia de la actividad jurídico-pública reúna, desde el punto de vista de la víctima, las características del daño injusto³⁸. De esta forma puede decirse que en el Derecho español la responsabilidad civil de la Administración es un sistema de responsabilidad objetiva³⁹.

Nada parece pues oponerse a que se declare la responsabilidad de la Administración por las consecuencias que pueden producir la adopción de

36. «La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en derecho español», *Revista de Derecho Administrativo y fiscal*, 1964, pp. 19-20.

37. J. LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Madrid 1970, p. 167.

38. J. LEGUINA VILLA, *op. cit.*, p. 169.

39. La jurisprudencia, que hasta 1962 se mostraba restrictiva y reacia a admitir esta conclusión, ha evolucionado hacia fallos más progresivos, así la *Sentencia T. S. de 2 de febrero de 1968* y sobre todo la *Sentencia T. S. (Sala 4.ª) de 27 de enero de 1971* que establece: «CDO. (2.º): ...el caso de autos se presenta como una posible exigencia de responsabilidad producida como consecuencia del ejercicio de una función administrativa desde luego lícita, que determina o causa un daño no directamente procurado, o sea que en tales casos y a efectos de planteamiento, la institución jurídica de la indemnización administrativa se ofrece al margen de todo funcionamiento irregular y tiene su origen en la acción administrativa ejercida legalmente, fundamentada en la idea común de lesión que causa un perjuicio que no es antijurídico

decisiones relativas al ejercicio de la protección diplomática, máxime si tenemos en cuenta que al estudiar el instituto de la responsabilidad, la doctrina administrativa alude a la responsabilidad concurrente, en el sentido de que una lesión patrimonial puede ser el resultado del concurso inicial o sobrevenido de varios hechos dañosos, cada uno de los cuales contribuye en distinta proporción a la producción de aquella⁴⁰ y entre las modalidades que la concurrencia de causas puede adoptar destaca la concurrencia sobrevenida, que se produce por la aparición de un nuevo hecho dañoso que se interfiere en una primitiva relación causal, contribuyendo a agravar el resultado lesivo final mediante la producción de daños adicionales; se tratará pues de una causa adicional sobrevenida cuando se pueda determinar que el daño final sufrido por su sujeto no se habría producido con la misma intensidad y en idéntica cuantía que si el nuevo hecho no hubiese existido⁴¹.

13. De otra parte, el hecho de que el fundamento de los actos políticos —y por tanto de los actos relativos a las relaciones internacionales— esté en la necesidad de adoptar decisiones por motivos de utilidad para la comunidad, no significa que el particular deba sufrir las consecuencias de esta decisión; lo contrario supondría una quiebra del principio de igualdad de las cargas públicas. En este sentido, considerando las cargas públicas como toda clase de sujeciones económicas sufridas por los particulares en interés público, se ha dicho que los daños resultantes de actos regulares del poder público constituyen cargas públicas que pueden ser contrarias al principio de igualdad que les concierne, comprometiendo la responsabilidad de la Administración y debiendo concederse en consecuencia una indemnización⁴². En efecto, una cosa es que el Estado posea discrecionalidad

por la manera de producirse, sino por el efecto del reflejo objetivo, porque el titular del bien o derecho lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aun cuando el agente que lo ocasione obre dentro del marco de la licitud...» (Aranzadí, *Jurisprudencia*, 1971, n.º 284).

40. LEGUINA resalta que se puede observar una línea tendencial de acercamiento entre los distintos criterios doctrinales, cuyo común denominador vendría marcado por la contemplación de los sucesos lesivos como fenómenos dinámicos, a cuya génesis pueden concurrir una o varias series causales autónomas o dependientes entre sí, y dentro de cuyo desenvolvimiento espacio-temporal pueden diferenciarse uno o varios daños parciales que concurren a la formación del resultado lesivo final en el patrimonio de un sujeto jurídico (cfr. *op. cit.*, p. 282).

41. LEGUINA, *op. cit.*, pp. 283-284. COSSÍO habla de que existirá concurrencia de causas en el caso de que el hecho primero sea la causa *sine qua non* del daño y que la nueva causa, que no hubiera nunca podido causararlo, ha venido a agravar su resultado (cfr. «La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 527-554).

42. Cfr. P. DEVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, París 1969, pp. 276-277. El autor distingue según que la desigualdad se encuentre a nivel del acto mismo —en cuyo caso éste debe ser anulado— o a nivel de los efectos del acto, de forma que los que están sometidos a la decisión de la Administración se encuentran colocados en una situación discriminatoria en relación a los demás administrados; en este último caso, la desigualdad sólo puede eliminarse atribuyendo a los interesados una compensación por medio de la indemnización.

dad respecto a su actuación en el plano de las relaciones internacionales y otra muy distinta que el ciudadano deba soportar en todo caso el resultado de las decisiones políticas del Gobierno, de manera que el principio de igualdad ante las cargas públicas exige la atenuación de esta situación⁴³; esta argumentación puede aplicarse plenamente al ámbito de la protección diplomática considerada desde el plano del derecho interno.

14. Lorenzo Martín-Retortillo ha puesto de relieve que el cambio de las condiciones vitales desde el siglo XIX ha supuesto la modificación tanto de la situación del administrado como la del Estado, por lo que varía también el contenido y significado de la relación que une a ambos pues si en épocas anteriores se determinaba esta relación en base a la libertad, en la actualidad, al pasar los problemas individuales a problemas sociales, se determina por la participación; estamos en la época de la *leistende Verwaltung* (Administración que abastece y proporciona bienes y servicios) y a los fines tradicionales asignados a la Administración se añade el de la *Da-seinsvorsorge*: procurar las prestaciones vitales⁴⁴. Si a esto añadimos la circunstancia de que entre las funciones confiadas al Estado se encuentra la defensa del grupo o colectividad en el exterior⁴⁵, podemos admitir al menos como hipótesis —pese a ser conscientes de que el concepto de la *Da-seinsvorsorge* es de gran relatividad, de carácter material y no formal— que el ejercicio de la protección diplomática es una de las prestaciones vitales que, por ser función inherente al Estado, la Administración debe proporcionar a los particulares.

43. Ya la doctrina administrativista clásica francesa utilizaba el principio de igualdad ante las cargas públicas para justificar la concesión de una indemnización al particular en materia de actos de Gobierno. Así DUEZ tras recoger la tendencia encabezada por JÉZE de someter estos actos al derecho común de la responsabilidad del poder público, se expresaba de la siguiente manera: «Rien dans la loi, rien dans les principes généraux du droit public français ne s'oppose à cette évolution. Bien mieux, elle est commandée par le principe de l'égalité des individus devant les charges publiques qui se trouve au tréfonds de la théorie de la responsabilité de l'Etat: s'il faut encore admettre que des administrés soient sacrifiés à la raison d'Etat écartant le contrôle juridictionnel de légalité, qu'on accorde au moins à les administrés la compensation pécuniaire du sacrifice qui leur est imposé dans l'intérêt de la collectivité (cfr. *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, París 1938, pp. 230 y ss.). Más concretamente, la jurisprudencia del Conseil d'Etat francés, a partir de la famosa decisión de 30 de marzo de 1966 (Compagnie générale d'énergie radio-electrique) admite que la responsabilidad del Estado pueda ser comprometida por el hecho de la conclusión de acuerdos internacionales; así en una reciente decisión de 29 de octubre de 1976 (Ministre des Affaires Etrangères c. Dame Burgat, Sieur Letourneur et Dame Loiseau), se dice: «La responsabilité civile de l'Etat est engagée sur la base de l'égalité des citoyens devant les charges publiques du fait des préjudices nés de conventions internationales conclues par la France...» (cfr. «Conclusions des commissaires du gouvernement», *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1977, n.º 1, p. 213).

44. Vid. L. MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, «La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de *daseinsvorsorge*», *R.A.P.*, n. 38, 1962, pp. 35-65.

45. Tarea ésta provocada por el fenómeno del —en palabras del profesor CARRILO SALCEDO— «desplazamiento de la vida humana de relación a través y por encima de las fronteras» (cfr. *Derecho internacional privado*, 2.ª ed., Madrid 1976, p. 22).

15. Desde otro punto de vista, algún autor de Derecho internacional ha expresado la opinión de que a los tres elementos clásicos que componen el Estado hay que añadir un cuarto: la fortuna nacional, que estaría compuesta por los bienes económicos situados en el interior y pertenecientes a los nacionales o al dominio público, los situados en el interior y pertenecientes a los extranjeros, particulares o personas públicas y los bienes económicos situados en el extranjero y pertenecientes a nacionales o al dominio público, siendo una condición de la existencia del Estado⁴⁶. Más recientemente el propio Tribunal Internacional de Justicia en el *Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* se ha hecho eco de esta teoría aunque sin admitir sus consecuencias⁴⁷. A este extremo se ha referido también el Juez Gros en su opinión individual en este asunto señalando la unidad entre interés privado e interés del Estado en la economía nacional⁴⁸; en el mismo sentido Paul Reuter ha señalado que la distinción entre el perjuicio privado y el del Estado no existe en la actualidad⁴⁹.

Sin entrar en el problema de si la fortuna nacional es o no un elemento del Estado, lo que está claro es que las consecuencias de una situación negativa que afecte al particular que posee bienes en el exterior a causa del hecho ilícito internacional de un Estado extranjero, afectan también a la economía nacional y por consiguiente al Estado, de manera que la defensa de los intereses de la comunidad exigen de la Administración que actúe para intentar reparar el daño sufrido.

46. *Vid.* Erich KAUFMANN, «Règles générales du droit de la paix», *R. de C.*, t. 54 (1935-IV), pp. 392 y ss.

47. «On a émis l'opinion qu'un Etat peut par suite formuler une réclamation lorsque des investissements faits par ses ressortissants à l'étranger subissent de la sorte un préjudice et que, de tels investissements faisant partie des ressources économiques de la nation, tout préjudice qu'ils viennent à subir met directement en jeu les intérêts économiques de l'Etat». *C. I. J. Recueil 1970*, p. 47.

48. «A l'époque actuelle, la formule selon laquelle, en défendant ses ressortissants, l'Etat fait valoir sur le plan international «son droit propre», a pris une réalité qui dépasse la justification procédurale de son origine... le monde économique présente aujourd'hui des phénomènes d'intervention et de responsabilité de l'Etat dans les activités économiques de ses ressortissants sur le territoire national et à l'étranger, d'une telle fréquence et d'une telle intensité que la séparation de l'intérêt de l'Etat ne correspond plus à la réalité... Pour rester dans le domaine des sociétés anonymes, l'importance des mesures prises par de nombreux Etats pour préserver le caractère national de ces sociétés, pour contrôler le problème de l'emploi, l'aide direct apportée par l'Etat pour encourager les investissements et les système d'assurance étatique des risques courus à l'étranger par des sociétés nationales, sont des exemples de la manière dont s'exerce un «droit propre» de l'Etat au contrôle de la croissance de l'économie nationale...». *C. I. J. Recueil 1970*, p. 270.

49. «La distinction entre le préjudice privé et le préjudice de l'Etat, représentant de la collectivité nationale, est parfaitement certaine dans un régime libéral; mais dans une société qui pratique par l'assurance la collectivisation des risques, qui, par l'importance des prélèvements fiscaux, la poursuite d'une politique économique communautaire, et la socialisation de la richesse, symbolisée par la comptabilité nationale, efface les frontières entre le patrimoine public et le patrimoine privé, le système consacré par le droit international actuel n'est plus une fiction: la perte subie par un particulier correspond effectivement à une perte subie par l'Etat» (cfr. P. REUTER, *Droit international public*, 4.^a ed., Paris 1973, p. 189).

16. En lo que respecta a la jurisprudencia, la Sentencia de 16 de noviembre de 1974 tiene el mérito de establecer las vías que se le ofrecen al particular español frente al hecho ilícito de un Estado extranjero. Estas alternativas posibles, que son distintas y en cierto sentido autónomas, son las siguientes: en primer lugar, agotar los recursos del «sistema defensivo interno» para obtener una reparación (condición ésta esencial para el ejercicio de la protección diplomática y por tanto no disociada de ella); en segundo lugar, y no hay duda de que con ello el T. S. peca de simplicidad, «soportar individualmente esta lesión»; en tercer lugar «obtener una reparación por la vía de la protección estatal encuadrable en el cuadro (sic) de la responsabilidad internacional» y por último «la *vía indemnizatoria* con justificación última en la concurrencia, dentro del proceso causal del daño, de hechos que al desencadenar la represalia han contribuido a la producción de aquel».

17. El recorrido que hemos realizado por la legislación, doctrina y jurisprudencia ofrece bases suficientes para sostener que se puede exigir responsabilidad a la Administración por los detrimentos patrimoniales sufridos por el particular como consecuencia de las decisiones adoptadas en el marco de las relaciones internacionales, aunque éstas no sean fiscalizables, y en concreto puede aplicarse esta construcción en el tema de la protección diplomática⁵⁰. En este sentido, pueden distinguirse las siguientes hipótesis:

A) *Actuación de la Administración en el campo de las relaciones internas pero con relevancia internacional, pues se conecta en un proceso causal con la actividad ilícita del Estado extranjero y el ulterior perjuicio del particular.*

Es el supuesto fáctico contemplado por la Sentencia de 1974 y su solución no ofrece dudas: existe responsabilidad de la Administración, ya que hay un nexo causal entre su actividad en el plano interno y el resultado lesivo en el plano internacional, y ello justifica la concesión de una indemnización al particular perjudicado. La actividad llevada a cabo por la Administración puede provenir de su funcionamiento normal o anormal. Por lo que se refiere al funcionamiento normal, ya en la *Sentencia de 24 de junio de 1857*, al absolver a la Administración de la demanda de indemnización, se dijo:

«CDO (4.º): Que aún esa obligación de indemnizar... habría cesado desde que éste (el particular), sin tomar en cuenta el aviso que oportunamente se le dió... lanzó a la mar dicha fragata, dando ocasión a su captura»⁵¹.

50. Conviene recordar que en nuestra opinión las decisiones sobre protección diplomática no pertenecen a la categoría de los actos políticos o de Gobierno y que por tanto nada se opone a su fiscalización ante la jurisdicción, pero dado que en la práctica se consideran como excluidas de fiscalización, debe intentarse recortar lo más posible este reducto de inmunidad.

51. *Jurisprudencia Administrativa, cit.*, pp. 83-84.

Tal afirmación permite deducir a sensu contrario que de no haber existido el aviso la obligación de indemnizar se hubiera reconocido, pues el acto de abanderamiento y matrícula del buque realizado por la Administración española hizo surgir en su propietario la confianza de que nada se oponía a la navegación del mismo. Sin embargo, la advertencia por parte de la Administración rompió el proceso causal que unía la actuación interna de la Administración con el suceso del apresamiento del buque en el plano internacional. Por su parte, la Sentencia de 1974 se manifiesta con toda claridad en las frases relativas a la vía indemnizatoria antes transcritas y perfecciona la jurisprudencia anterior aclarando que dicha vía de indemnización queda abierta «al margen de los posibles cauces de resarcimiento que correspondan al Estado español» por la vía de la protección diplomática y aunque exista una relación de causalidad indirecta como ocurría en el caso, en el que para el Tribunal fue suficiente «la concurrencia de una lesión patrimonial y de un conjunto de hechos relevantes en el proceso causal de aquel resultado lesivo... cuales son la información televisiva tomada como pretexto de la represalia y la falta de una efectiva protección diplomática», hechos ambos que carecen de una relación directa con el perjuicio sufrido por los particulares y motivo de la reclamación. Se añade también que la indemnización se concederá aunque la lesión patrimonial «no entrañe para el actuar de la Administración española, una conducta anormal y menos ilícita», siendo suficiente con la existencia de la relación de causalidad aún indirecta, dado que la actividad legítimamente desarrollada por la Administración también puede ser generadora de responsabilidad, según se establece como vimos en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico.

Respecto al funcionamiento anormal como nexo causal que compromete la responsabilidad de la Administración, la *Sentencia de 25 de octubre de 1867* admitió la responsabilidad de la Administración y concedió indemnización por los perjuicios sufridos al ser apresado un buque por navíos ingleses debido a no llevar a bordo determinado certificado a causa de un olvido cometido por un funcionario de la Aduana y no imputable al particular ⁵².

B) *Inactividad de la Administración en el ámbito de las relaciones internacionales al no ejercer la protección diplomática en favor de uno de sus súbditos.*

Ante esta hipótesis puede pensarse que nos hallamos frente a una omisión (*culpa in omittendo*) que se vincula al proceso causal cuyo resultado final es el perjuicio patrimonial, pues si bien la causa primera de dicho perjuicio es el hecho ilícito del Estado extranjero, la ulterior actuación de la Administración, con su inactividad, contribuye a la consolidación definitiva de la lesión, de forma que nos encontramos aquí con un supuesto de causa adicional sobrevenida que interfiriéndose en la primitiva relación

52. *Vid. Jurisprudencia Administrativa*, t. XV, 1867, pp. 648-651.

causal concurre de manera determinante a la producción del daño final de la víctima ya que el particular, que tenía expectativas de lograr una satisfacción suficiente a su lesión, se ve privado de la única vía útil para obtenerla⁵³. Esta conducta por omisión de la Administración debe corregirse mediante la concesión de una indemnización justa y adecuada al particular afectado.

Tal solución, que quizá parezca avanzada, no altera sin embargo el régimen tradicional de la protección diplomática pues se respeta la regla que en el plano internacional atribuye discrecionalidad al Estado en el ejercicio de la protección y por tanto el Estado es libre de aceptar o no el endoso, asimismo goza de entera libertad en cuanto a su conducta posterior, lo que ocurre es que una cosa es que el Estado posea discrecionalidad respecto a su actuación en el plazo de las relaciones internacionales y otra que el ciudadano deba soportar en todo caso el resultado de las decisiones políticas del Gobierno, por lo que creemos que las consecuencias de la situación a nivel internacional deben atenuarse en el orden interno por la vía de la indemnización, atribuyendo un efecto compensatorio, sobre la base de que el perjuicio sufrido por el particular en estos casos supone una ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

Respecto a la jurisprudencia española, cabe señalar que en la ya citada *Sentencia de 24 de junio de 1857* se dice:

~~Isotema~~

«CDO (3.º): Que la obligación de mi Gobierno de proteger a todo buque abanderado con su pabellón, como a cualquiera otra propiedad española, obrando o reclamando... ha sido cumplida en esta ocasión»⁵⁴.

Parece que se quiere dar a entender que si lo que el Tribunal califica como «obligación del Gobierno» no se hubiera cumplido, su decisión en el caso hubiera sido otra. De otro lado, ya hemos visto cómo la *Sentencia T. S. de 16 de noviembre de 1974* consideraba como hecho relevante para acoger la demanda de responsabilidad «la falta de una efectiva protección diplomática», explicando que «la denegación de toda reparación... conduciría a perpetuar un detrimento patrimonial antijurídico».

Estos datos jurisprudenciales confirman nuestra opinión de que la conducta de la Administración no ejerciendo la protección diplomática en favor de uno de sus nacionales, aunque no se considere fiscalizable, sin embargo es susceptible de engendrar responsabilidad en el plano interno, dando lugar al otorgamiento de un resarcimiento patrimonial. Ahora bien, pensamos que tal afirmación debe matizarse mediante la exigencia de dos requisitos: en primer lugar, el particular ha debido agotar previamente los recursos internos del Estado autor del hecho ilícito internacional⁵⁵; en se-

53. Cfr. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, p. 418, nota.

54. *Jurisprudencia Administrativa, cit.*, p. 83.

55. Cuestión ésta que no aparece clara en la Sentencia de 1974, pues si bien del texto de la sentencia se desprende que el Tribunal la considera imprescindible dentro del ámbito de la protección diplomática, no sucede así al tratar de la vía

gundo lugar, el particular también ha debido solicitar expresamente la protección diplomática de su Gobierno. La presencia de ambos requisitos sería condición sine qua non para que surgiera obligación de indemnizar, pues de lo contrario podría llegarse a situaciones injustas en las que la Administración se vería obligada a responder en casos en que el particular no ha puesto todos los medios de su parte para paliar el perjuicio sufrido⁵⁶.

C) *Inactividad de la Administración en el ámbito de las relaciones internacionales al no ejercer eficazmente la protección diplomática.*

En este apartado debe repetirse todo lo expuesto en el anterior, pues se trata igualmente de una omisión culpable que es inscribible en el proceso causal del daño infligido al particular, ya que si bien a diferencia del supuesto anterior, en éste se ejerce la protección, ésta se ha limitado a una protesta pro forma que al no recibir impulso posterior priva el particular de la única vía hábil de resarcimiento. La respuesta sería igualmente el declarar la responsabilidad administrativa y la concesión de indemnización, dado que se ha colocado al ciudadano en una situación de desigualdad que debe repararse. Esta afirmación parece encontrar también apoyo en nuestra jurisprudencia, pues la *Sentencia de 24 de junio de 1857* se preocupaba de aclarar que: «La obligación de mi Gobierno de proteger... continúa cumpliéndose con todo el interés y perseverancia»; de otro lado, la propia *Sentencia de 16 de noviembre de 1974* habla de «la falta de una efectiva protección diplomática» que «no ha logrado la satisfacción del detrimento patrimonial».

Es evidente que no puede elaborarse una regla general que permita sin posibilidad de error cuándo la protección ha sido eficaz y cuándo no, sobre todo si tenemos en cuenta que el resultado ineficaz en la gestión no presupone de por sí la culpa de la Administración, por lo que la cuestión habrá de determinarse caso por caso, atendiendo a las circunstancias concretas de cada supuesto. No obstante, existe un elemento objetivo que puede contribuir decisivamente y es el tiempo transcurrido desde la producción del hecho internacionalmente ilícito. Además, será preciso que se den los dos requisitos que hemos señalado en la hipótesis anterior: agotamiento de los recursos internos y solicitud expresa de protección, y por las mismas razones.

indemnizatoria interna, en la que parece que no se establece como fuera preciso el imperio de tal regla internacional.

56. Es obvio que tampoco podría exigirse responsabilidad a la Administración por no ejercer la protección diplomática si el Estado no goza en el caso de que se trate del *ius standi* o legitimación activa para reclamar. En este caso, la norma internacional es presupuesto de la situación en el orden interno. Sobre el problema del *ius standi*, vid. A. MIAJA DE LA MUELA, «La cuestión del «ius standi» del Gobierno belga en la Sentencia de 5 de febrero de 1970», *R.E.D.I.*, vol. XXIII, 1970, pp. 306-343; del mismo autor, *Aportación de la Sentencia del Tribunal de La Haya en el caso Barcelona Traction (5 de febrero de 1970) a la jurisprudencia internacional*, Valladolid 1970, pp. 87-114.

IV

18. Las consideraciones que anteceden permiten deducir ciertas conclusiones en relación con el tema de la protección diplomática, particularmente en lo que respecta a la discrecionalidad en su ejercicio y al posible control de ésta por los particulares en los distintos órdenes jurídicos internos. Tales conclusiones, brevemente expuestas, serían las siguientes:

1.^a Como consecuencia de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito surge una nueva relación jurídico-internacional que crea para el Estado autor la obligación de reparar, mientras que hace nacer un derecho subjetivo en favor del Estado perjudicado a exigir reparación, y esto ocurre tanto en los casos en que la violación de la obligación internacional afecta exclusivamente al Estado, como en aquellas situaciones en que la obligación de la obligación afecta al Estado en la persona o bienes de sus nacionales (supuesto de la protección diplomática). Mas este derecho subjetivo a exigir reparación pertenece a la esfera del *ius dispositivum*, aplicándose el principio de autodisposición del Estado sobre su propio derecho; la consecuencia inmediata es que el Estado puede renunciar a él. En el ámbito concreto del ejercicio de la protección diplomática por un Estado para hacer respetar el Derecho internacional en la persona de sus nacionales, la aplicación del principio de auto-disposición entraña la *discrecionalidad* en el ejercicio de la protección, siendo por tanto esta nota un reducto legítimo de los Estados según el Derecho internacional, pues se entronca con el carácter preferente diapositivo de este derecho.

La nota de la discrecionalidad propia de la protección diplomática ha supuesto que, paralelamente, en los derechos internos se consagre una esfera de inmunidad del Poder respecto a todo lo relativo a la actuación en materia de protección diplomática, pero en el Estado de Derecho, que reconoce los derechos públicos subjetivos y somete la actividad administrativa al control de legalidad, las consecuencias de esta situación resultan gravosas para los particulares, ya que se ven obligados a sufrir los efectos de las decisiones adoptadas por el Gobierno por motivos políticos y de oportunidad.

2.^a Si para evitar esas consecuencias se reduce en el plano interno el ámbito de inmunidad tradicionalmente concedido en cuestiones de protección diplomática, de forma que se consagre constitucionalmente un deber del Estado de proteger a sus nacionales en el exterior, y siendo este deber de exigibilidad directa, tal como ocurre ya en algunos países, ello traería consigo un condicionamiento del principio de autodisposición, pues el particular afectado, entablado un contencioso nacional, colocaría al Estado en la obligación de ejercitar el derecho de protección que el Derecho internacional le reconoce, con lo que la nota de la discrecionalidad prácticamente desaparecería. El paralelismo positivo de la situación anterior (discrecionalidad-inmunidad) se torna ahora inversamente negativo (no inmunidad-no discrecionalidad).

3.^a En los ordenamientos en que, como sucede en el español, no se recoge un derecho constitucional del ciudadano a la protección diplomática por el Estado del que es nacional, sigue manteniéndose en el plano interno la esfera de inmunidad de la Administración sin afectar a la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática en el plano internacional, pero a los imperativos propios de todo Estado democrático de Derecho debe repugnar, por su propia esencia, la circunstancia de que el particular se vea obligado a soportar cargas injustas como consecuencia del mantenimiento de esta inmunidad, por lo que, a menos que se quiera sostener que todo un ámbito del obrar del Estado —el relativo a las relaciones internacionales— escapa al control judicial, la situación debe paliarse mediante la aplicación de un correctivo que no puede ser otro que el de la concesión de una indemnización al particular, equivalente a los daños ocasionados a éste por el hecho ilícito del Estado extranjero y la posterior inactividad o actuación ineficaz de la Administración. Se repite aquí el paralelismo positivo entre la regla internacional (discrecionalidad) y la de derecho interno (inmunidad) pero atenuada en el plano nacional por la utilización del correctivo indemnizatorio.

FUENTES ESPAÑOLAS
DEL DERECHO INTERNACIONAL