

Revista Española de Derecho Internacional
Sección PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO
INTERNACIONAL
Práctica Española de Derecho Internacional Público/
Studies on Spanish Public International Law Practice
Vol. 74/1, enero-junio 2022, Madrid, pp. 241-251
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.1.2021.3a.01>
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

III. PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Coordinación a cargo de
Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ
(Derecho Internacional Público)
Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
(Derecho Internacional Privado)
Inmaculada MARRERO ROCHA
(Relaciones Internacionales)

PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO/ *STUDIES ON SPANISH PUBLIC INTERNATIONAL LAW PRACTICE*

LA SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2021 DEL TRIBUNAL
SUPREMO EN EL CASO *COUSO*. UNA INTERPRETACIÓN
ERRÓNEA DE LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL
EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

*THE DECISION OF 9TH JULY 2021 ADOPTED
BY THE SUPREME COURT OF SPAIN IN THE COUSO CASE.
A WRONGFUL INTERPRETATION OF STATE DISCRETION
IN THE EXERCISE OF DIPLOMATIC PROTECTION*

Elena CRESPO NAVARRO*

Palabras clave: protección diplomática, responsabilidad patrimonial de la Administración, Derecho internacional/Derecho interno.

Keywords: diplomatic protection, financial liability of the State Administration, international law/domestic law.

Mediante Sentencia de 9 de julio de 2021¹, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (TS) confirma el cambio en la doctrina jurisprudencial

* Profesora Titular de Universidad de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad Miguel Hernández (ecrespo@umh.es).

¹ ES:TS:2021:3026.

sobre el alcance y la naturaleza de la protección diplomática en Derecho español que supuso la Sentencia de 11 de diciembre de 2019 de la Audiencia Nacional (AN) en el caso *Couso*². Hasta entonces, la jurisprudencia española había venido admitiendo el carácter discrecional del ejercicio de la protección diplomática, en base a su consideración, conforme al Derecho internacional vigente, como una relación de Estado a Estado que puede verse condicionada por razones de oportunidad. Eso sí, los tribunales españoles reconocían la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de no ejercicio o ejercicio ineficaz de la protección, pero únicamente cuando pudiera acreditarse una conexión causal entre la acción/inacción de las autoridades españolas y el perjuicio sufrido por el particular³.

La sentencia de la AN, rompiendo con la línea jurisprudencial anterior, declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración española, condenándola al pago de una indemnización, por la mera omisión del ejercicio de la protección diplomática, a la que vendría obligado el Estado respecto de sus nacionales. Reconocía dicha sentencia un derecho subjetivo de los particulares al ejercicio de la protección diplomática en su favor. Al no ejercer el Estado esa protección, se impidió a los perjudicados obtener una reparación adecuada del Estado autor del hecho internacionalmente ilícito, lo que les ocasionó un perjuicio que no tenían obligación jurídica de soportar. La AN consideró que el daño al particular, a efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, no era el causado por el hecho internacionalmente ilícito, sino el derivado de la pérdida de la oportunidad de haber obtenido una reparación por la vía del ejercicio de la protección diplomática.

En la sentencia que ahora comentamos, el TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la sentencia de la AN, confirmando los fundamentos de aquella. En su escrito de preparación del recurso, la Abogacía del Estado justificó el interés casacional objetivo⁴, por un lado, en la consideración de que sentaba una doctrina que podía ser gravemente dañosa para los intereses generales, al condicionar y limitar las potestades constitucionales del Gobierno, legitimando a cualquier particular a exigir la protección diplomática y pudiendo tal doctrina afectar a un buen número de situaciones en la práctica, especialmente en situaciones de crisis o contextos internacionales complejos, más allá del caso concreto. El interés

² ES:AN:2019:4391. Para un análisis más profundo acerca de la naturaleza de la protección diplomática en DI y sobre la jurisprudencia española, CRESPO NAVARRO, E., «La naturaleza de la protección diplomática en el caso *Couso*. La compleja relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno», *REDI*, vol. 72, 2020, núm. 2, pp. 197-234. En el mismo número, también sobre dicha sentencia, ALCOCEBA GALLEGU, M. A., «Límites a la discrecionalidad del Estado español en el ejercicio de la protección diplomática», pp. 163-196. Igualmente, VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., «Protección diplomática y responsabilidad patrimonial del Estado: a propósito del asunto *Couso*», *REEI*, 2020, núm. 39.

³ Art. 106.2 de la Constitución y art. 139.1 de la antigua Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (ahora art. 32.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público).

⁴ Art. 88.2.b) y c) y 88.3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

casacional se justificaba asimismo en la ausencia de jurisprudencia sobre la determinación: del contenido y alcance de la protección diplomática, del alcance de las potestades estatales para su ejercicio y de la existencia o no de un derecho subjetivo a favor de los particulares que pudiera generar un derecho a ser indemnizados. Se basaba también en el carácter no justificado de las conclusiones de la sentencia de la AN sobre las posibilidades del Estado español de lograr una reparación por la vía de la protección diplomática, que la AN da por sentadas, frente a la imposibilidad de lograrla por los propios interesados.

Por Auto de 4 de noviembre de 2020 mediante el que admitió a trámite el recurso, el TS precisa la cuestión sobre el interés casacional objetivo, admitiendo de algún modo dicho Tribunal, ya en ese momento previo, que el Estado ha de posibilitar la obtención por la vía interna de una reparación para los particulares perjudicados, en contraste con lo planteado en el escrito de la Abogacía del Estado. Una posición de partida que el TS confirma después en su sentencia. El TS precisó en ese auto que debía determinar:

«El contenido, alcance y, en su caso, exigibilidad del ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado, y el posible derecho subjetivo de los particulares a la misma, ante hechos susceptibles de ser calificados como ilícitos internacionales, que pudieran generar a su favor, como perjudicados, un derecho a ser indemnizados con fundamento en la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión de la protección diplomática, en supuestos *de no haberse posibilitado que hubiera sido lograda* por los propios interesados»⁵.

Analizamos aquí el razonamiento seguido por el TS para dar respuesta a esa cuestión. Un razonamiento que refleja un profundo desconocimiento y/o un abierto desprecio por el Derecho internacional y su sistema de fuentes normativas. La sentencia comienza delimitando los términos del debate, que concreta en si la protección diplomática puede ser o no considerada un servicio público que deba prestar la Administración y genere un derecho subjetivo para los particulares, cuya omisión pudiera derivar en la responsabilidad patrimonial de aquella. El TS recuerda su jurisprudencia sobre el tema y parte de un concepto amplio de servicio público que comprendería toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad, con resultado lesivo. De este modo se generaría la responsabilidad tanto en caso de funcionamiento normal como anormal del servicio público y aun cuando este no implique una prestación de resultado específico. Para determinar si la protección diplomática puede ser considerada como tal, el TS aborda su regulación y contenido. Una tarea que le resulta particularmente complicada, lo que achaca a la indeterminación de la institución. Admite de partida, como ya hiciera la AN, que no existe ninguna norma, ni en Derecho interno ni en Derecho internacional que establezca la obligación del Estado de ejercer dicha protección. Añade, incluso, que tampoco existen normas que definan la institución, por lo que se ve abo-

⁵ La cursiva es nuestra.

cado a examinar por otras vías distintas al Derecho positivo la «pretendida existencia» de la protección diplomática, que, en su opinión, es fruto de la doctrina iusinternacionalista y por ello «como casi todo lo que comprende el DI está enmarañada en una configuración no exenta de dificultades conceptuales» (*sic*).

Respecto al Derecho interno, el TS admite que la protección diplomática carecía de regulación concreta en España, a salvo de la referencia del art. 21.6 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, sobre la necesidad de consultar a dicho órgano respecto de las reclamaciones que se formalicen como consecuencia de su ejercicio. A pesar de ello, el TS deriva de esa referencia, que él mismo califica de tangencial y con efectos meramente procedimentales, la obligación para el Estado de ejercer la protección diplomática. En su opinión, debe darse relevancia a esa referencia, pues pone de manifiesto que en Derecho español la protección diplomática es un «asunto» del Gobierno a quien corresponde su ejercicio. Apreciación que considera que confirma los fundamentos del Dictamen del Consejo de Estado 1496/1991, de 30 de enero de 1992, en el que dicho órgano se pronunció sobre la procedencia de ejercer la protección diplomática respecto de un supuesto similar al del caso *Couso*. Apoya asimismo su planteamiento en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado pues, aunque no estaba vigente en el momento al que se refieren los hechos, entiende que ha venido a influir en la institución. Se basa el TS, por un lado, en la finalidad de la ley conforme a su Exposición de motivos, que aspira a garantizar una adecuada asistencia y protección a los españoles y a apoyar a la ciudadanía española y las empresas en el exterior. Por otro lado, en la definición de los objetivos de la Política Exterior de España, entre los que el art. 2.j) recoge la asistencia y protección de sus ciudadanos. Eso supone, para el TS, incluir esa asistencia y protección entre las funciones prestacionales que la Administración está obligada a asumir. Finalmente, se basa en uno de los principios rectores de la Acción Exterior, el servicio al interés general del art. 3.2.g), pues dicha Acción y el Servicio Exterior del Estado se orientarán a la asistencia y protección de los españoles y al apoyo a la ciudadanía y las empresas españolas en el exterior. Añade el TS un último argumento que llama la atención por ser contradictorio con el razonamiento que defiende y es que, dice, con la citada ley, nuestro país no hacía sino seguir los pasos ya establecidos por el art. 46 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁶.

¿Realmente se refieren tales preceptos de la Ley 2/2014 a la protección diplomática en sentido estricto y no a la protección o la asistencia consular? Advierte el TS que, al interpretarlos, no debe desconocer que la doctrina reconoce de forma casi unánime que la protección diplomática no es un derecho del particular frente al Estado, sino un derecho del Estado de ejercicio

⁶ La protección a que se refiere ese artículo, en atención a su contenido, no puede entenderse referida a la protección diplomática en sentido estricto, sino a mera asistencia consular, CRESPO NAVARRO, E., «La protección por afinidad de los ciudadanos de la Unión Europea no representados en terceros Estados», *RDCE*, 2016, núm. 55, pp. 1019-1063.

discrecional. Explica que eso podría llevar a pensar que esas disposiciones se refieren más bien a la asistencia o a la protección consular que a la protección diplomática propiamente dicha (admitiendo que son instituciones bien diferentes). Sin embargo, descarta enseguida esa posibilidad. Para el TS, el uso de la expresión «protección de los españoles [...] en el exterior» no deja lugar a dudas para deducir que el legislador pensaba en la protección diplomática. Concluye así que «dados los términos en que se impone por el legislador la función tuitiva de la Administración a los ciudadanos españoles, no puede excluirse esa protección de las exigencias que se imponen».

El TS busca apoyo a su razonamiento en el DI. Afirma que la vigencia de la protección diplomática vendría impuesta en nuestro país por la vía de la fuerza de la costumbre internacional, ya que la doctrina ha puesto de manifiesto que la protección diplomática es una institución clásica del Derecho internacional unánimemente admitida por la costumbre internacional. Conviene destacar que, a lo largo de la sentencia, el TS otorga a la doctrina un valor muy superior al que le corresponde en Derecho internacional contemporáneo. Se resiste a aceptar el carácter de fuente normativa principal de la costumbre, en el sentido de mecanismo de producción de normas, mientras que olvida que la doctrina es solo un medio auxiliar para la determinación del contenido de las fuentes normativas del Derecho internacional. El tratamiento que hace de la costumbre internacional es erróneo⁷. Según su argumentación, la vigencia de la protección diplomática en España se produciría por la admisión de la costumbre como fuente del Derecho español: «Ante esa laguna legal, debe acudir a la costumbre internacional para integrar la norma nacional con lo que se da pleno sentido a la función de norma supletoria de la ley que se confiere a la costumbre en nuestro Derecho».

Tarea que se le presenta como sumamente ardua. Señala el TS que, si ya es complejo delimitar la costumbre en temas puntuales de cualquier institución por su falta de certeza, mayores dificultades aparecen cuando se trata de integrar con esa «fuente supletoria del Derecho» todo el contenido de la institución. Más aún «porque el debate debe entenderse referido a la costumbre como fuente del DI». Sin embargo, no parece realmente admitir ese carácter de la costumbre internacional, pues indica que a pesar de las dificultades

⁷ Las dificultades del TS para manejarse con el sistema de fuentes del Derecho internacional y ese menosprecio a la norma consuetudinaria internacional se refleja igualmente en las referencias al Derecho internacional de la responsabilidad internacional. Le sorprende gratuitamente que el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre protección diplomática no recoja una definición de hecho internacionalmente ilícito, dejando, dice, en la más absoluta indefinición el concepto. No parece tener en cuenta que también el régimen jurídico de la responsabilidad internacional del Estado lo conforman normas de Derecho internacional consuetudinario. Así y todo, considera indudable que ha de entenderse como la vulneración de derechos protegidos en las normas internacionales, para lo que habrá de tomar en consideración «los Tratados y Convenciones aprobadas a nivel internacional». Ni una palabra de la costumbre. Si bien añade más tarde que, a los efectos de aclarar «a un nivel cuando menos consuetudinario», el concepto «se sostiene por algún sector doctrinal» que debe acudir al proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado. También al indagar sobre los modos de ejercicio de la protección diplomática se lamenta el TS de las dificultades con las que tropieza ante la ausencia de normativa concreta y «relegada» la institución a la práctica internacional.

debe abordar esa tarea «ante la falta de norma interna o internacional que regule la institución». Aclara el TS que, a la hora de resolver el «espinoso» tema de las fuentes del Derecho internacional, es unánime en la doctrina iusinternacionalista acudir al art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), pero parece deducir del mismo también el carácter supletorio de la costumbre en Derecho internacional, cuando señala que la Corte debe aplicarla, en segundo lugar, tras las convenciones internacionales. Olvida el TS que no existe relación de jerarquía entre las fuentes del Derecho internacional, con la salvedad de la primacía de las normas de *ius cogens*. Para el TS, no puede negarse que el sistema de fuentes del DI impone que en nuestro Derecho: «Haya de acogerse la costumbre como fuente de derecho al examinar las instituciones de Derecho internacional, lo cual no hace sino extender al ámbito exterior lo que para el Derecho interno se establece en el art. 1 CC».

El TS pasa por alto que las normas de Derecho internacional consuetudinario se integran en el ordenamiento interno español, incorporándose al mismo de forma directa e inmediata desde que vinculan jurídicamente a España en el plano internacional, como ha reconocido desde hace tiempo la jurisprudencia española. Tampoco tiene en cuenta la primacía de tales normas sobre el Derecho español. Como ha reiterado la jurisprudencia internacional, todo Estado, independientemente de su normativa constitucional, está obligado a respetar sus compromisos internacionales, ya deriven de normas convencionales, consuetudinarias, de actos normativos de una organización internacional o de cualquier otra obligación asumida conforme al Derecho internacional. Una obligación que se extiende a todos los poderes del Estado, incluidos los órganos judiciales, y cuyo incumplimiento generará la responsabilidad internacional del Estado. Es cierto que la aplicación por jueces y tribunales nacionales no es siempre tarea fácil por las dificultades que puede presentar la prueba de la propia existencia y de la determinación del contenido material de la norma consuetudinaria. No puede, sin embargo, afirmarse que sea así en relación con las normas de Derecho internacional consuetudinario que regulan la protección diplomática, puestas claramente de manifiesto por la jurisprudencia internacional a lo largo de los años⁸.

En todo caso, el TS acaba concluyendo que rige en nuestro ordenamiento la protección diplomática y que esta constituye un auténtico servicio público que ha de prestar la Administración española. Debe entonces el TS concretar

⁸ Como destacó el que fuera relator especial de la CDI sobre el tema, John Dugard: «En cuanto rama del derecho con normas relativamente establecidas y una rica jurisprudencia en apoyo de estas, la protección diplomática se presentaba como un candidato obvio para la codificación por la CDI». «La codificación es una tarea difícil cuando la jurisprudencia que existe sobre el tema de que se trate es escasa. Sin embargo, no fue ese el caso de la protección diplomática dado que cuando la CDI se embarcó en la codificación del tema existían cuantiosos antecedentes jurisprudenciales, respaldados por tratados, previos intentos de codificación y obras de doctrina. En efecto, si se tienen en cuenta las fuentes que se encontraban disponibles para el proceso de codificación, este fue probablemente el tema, de entre los que alguna vez haya abordado la CDI, que se encontraba en mejores condiciones de ser codificado», DUGARD, J., «Artículos sobre protección diplomática», *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2013, <https://legal.un.org/avl/intro/introduction.html?tab=5>.

su alcance y contenido para determinar sus efectos en el ordenamiento español y aclarar cuándo en la prestación de ese servicio público concurren los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Admite que para ello ha de acudir a la costumbre internacional, si bien incomprensiblemente considera que esa costumbre no está actualmente vigente, razón por la cual se remite al proyecto de artículos de la CDI sobre protección diplomática⁹, lo que intenta justificar en los siguientes términos:

«Ante ese dilema, considera este Tribunal acertada la solución que al tema dio la Sala de Instancia en su sentencia de considerar que esa costumbre, a falta de vigencia expresa, debe reconducirse al ya mencionado Proyecto, que si bien en su contenido no puede considerarse como derecho plenamente vigente, dado que, siendo sometido a la aprobación de la Asamblea General de la ONU, no fue aprobado, por reparos de algunos de los Estados; es lo cierto que la Doctrina Internacionalista ha considerado que recoge lo que constituye la práctica internacional en el ámbito de esa protección».

Acepta así la definición de la protección diplomática recogida en el art. 1 del citado proyecto y también, que en Derecho internacional dicha protección constituye una potestad absolutamente discrecional del Estado, sin que los particulares lesionados sean titulares de derecho subjetivo alguno, habida cuenta, dice el TS, de que en el ámbito del Derecho internacional «no es la persona física objeto de especial protección, ni tan siquiera de consideración jurídica general»¹⁰. Lo hace apoyándose en la posición de la mayoría de la doctrina y en los comentarios al proyecto de la CDI y la jurisprudencia citada en ellos. Asumimos que la atribución a la Corte Penal Internacional de la Sentencia de 1970 en el caso de la *Barcelona-Traction* es fruto de un error tipográfico. No nos parecen, en cambio, admisibles los argumentos que ofrece el TS para justificar la pretendida superación en el siglo XXI del carácter discrecional de la protección. Para el TS, el argumento de la discrecionalidad era válido cuando la protección debía realizarse por medios de fuerza, pero ahora se trata de acudir a medios, señala, que «por ser jurídicos no pueden sino comportar un auténtico derecho subjetivo del ciudadano y una obligación para los Estados». Añade que se necesitarían poderosos argumentos para justificar que, concurriendo los presupuestos, el Estado no ejerciera la protección y grandes razones de motivación frente a los ciudadanos para no hacerlo, y que las recomendaciones del art. 19 del proyecto CDI, a pesar de ser solo recomendaciones, no permiten amparar esa «pretendida y extrema

⁹ *Anuario CDI* 2006, vol. II (Segunda parte), Capítulo IV, pp. 24-61. No entramos en que el TS, tras situar la génesis de la protección diplomática a finales del siglo XIX como medio para evitar el uso de la fuerza en la solución de controversias, afirme que uno de los primeros cometidos de la ONU tras su creación y en virtud del reconocimiento en la Carta del propósito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, fue establecer reglas jurídicas vinculantes sobre la protección diplomática (a pesar de los cincuenta años transcurridos hasta que la CDI se ocupara del tema), ni nos detenemos en otras imprecisiones de la sentencia sobre el citado proyecto de artículos.

¹⁰ Afirmación que se aviene mal, por ejemplo, con el desarrollo normativo del Derecho internacional de los derechos humanos. Suponemos, para justificar tal afirmación, que el TS se refiere a la ausencia de subjetividad jurídica internacional del individuo.

discrecionalidad» estatal. Justifica así el TS el reconocimiento de un derecho subjetivo de los ciudadanos a la protección diplomática, basándose en que no sería admisible conceder a la Administración la potestad de no ejercer un medio pacífico y lícito de salvaguardar los intereses de sus nacionales vulnerados por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado, incluso en atención a criterios de oportunidad.

El TS sigue un razonamiento basado en el Derecho administrativo, conforme al cual, si una norma confiere a la Administración una potestad, aunque sea discrecional, está obligada a ejercerla, quedando la discrecionalidad exclusivamente referida a la forma en que se ejerce la potestad. Mientras que en las potestades regladas la decisión viene impuesta directamente por la norma, en las discrecionales cabe optar entre varias soluciones en atención a las circunstancias, debiendo siempre motivar la decisión. Ello le lleva a concluir que, teniendo la Administración conferida la potestad de ejercer la protección diplomática, deberá ejercerla si se dan los presupuestos para ello. No ejercer la protección no es una opción, aunque gozaría de discrecionalidad en cuanto a la forma de hacerlo.

Plantea entonces el TS la dificultad de establecer los modos de ejercicio de la protección. Dificultad que deriva, en su opinión, de la falta de norma internacional que los determine, de la ausencia de regulación efectiva concreta al efecto, de la carencia de fuerza vinculante en el ámbito del Derecho internacional, habida cuenta de que:

«Sería necesario que existieran normas concretas que impusieran determinados medios para la prestación de esa protección. Y ya en ese ámbito, con carácter general, no hay norma que regule esa materia, a salvo de determinados convenios o tratados internacionales que se establecen para supuestos concretos y determinados (menores, violencias sobre la mujer, etc.)».

Hay que recordar que el Derecho internacional impone a los Estados la obligación de resolver sus controversias por medios pacíficos, siendo, es cierto, una obligación de comportamiento y no de resultado, ya que no supone la exigencia de alcanzar un arreglo efectivo, únicamente la de procurar, de buena fe y con espíritu de cooperación, lograr un arreglo pronto y justo. Para ello, en virtud del principio estructural de igualdad soberana, los Estados gozan de la libertad de elección de los medios de solución que estimen oportunos y sean adecuados a las circunstancias y naturaleza de la controversia. Siempre, eso sí, que no se pongan en peligro la paz y la seguridad internacionales, ni la justicia. La libertad de elección de medio es un principio bien establecido en el Derecho internacional que ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia internacional y expresamente recogido en muy relevantes Resoluciones de la Asamblea General de la ONU¹¹. Tanto el art. 33 de la Carta ONU como dichas Resoluciones se refieren expresamente a la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo ju-

¹¹ Como Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, y Resolución A/37/10, de 15 de noviembre de 1982.

dicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección como posibles medios de solución de controversias. No puede concluirse, como hace la sentencia, que no exista regulación al respecto en Derecho internacional. El TS interpreta que la referencia del art. 1 del proyecto de artículos de la CDI a la acción diplomática u otros medios de solución pacífica, tan solo impone condiciones generales e imprecisas. Lo que le lleva a asegurar que todo queda en una absoluta indefinición. Dice el TS que, ni siquiera la doctrina, que «en un esfuerzo dogmático digno de elogio» ha tratado de hacer aportaciones, ha sido capaz de determinar taxativamente de qué medios podría servirse el Estado para alcanzar la finalidad reparadora del daño. Concluye que, ante la inconcreción de tales medios «por carecer en no pocos casos de una regulación vinculante y detallada, tan siquiera embrionaria», deben ser valorados conforme a las circunstancias particulares de cada caso, que puede ofrecer las más variadas peculiaridades. Para el TS, ante la inexistencia de norma vinculante internacional, la Administración española goza de discrecionalidad para la utilización de los medios que sean procedentes en función de las circunstancias.

Por todo ello establece el TS que, al determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, ha de tenerse en cuenta la compleja naturaleza y contenido de la protección diplomática «a la vista de ese déficit regulatorio». Déficit regulatorio que hace que la obligación que impone el Derecho español al Estado sea de comportamiento y no de resultado, pues no implica que, en todo caso, deba obtenerse la reparación del perjuicio. Por eso, la indemnización derivada de esa responsabilidad patrimonial no será la del perjuicio ocasionado por el hecho internacionalmente ilícito, sino la mera pérdida de la oportunidad de haber obtenido esa reparación mediante el ejercicio de la protección, en atención a las circunstancias del caso. Ello lleva al TS a reconocer que podría darse, incluso, la imposibilidad de ejercicio de la protección por inexistencia de medio de solución, a la vista de las circunstancias del caso. Lo que resulta verdaderamente esencial, entonces, es la motivación de la elección de los medios. Será dicha motivación la que posibilite el control judicial de la potestad discrecional de la Administración y la que permita apreciar si el medio elegido es ajustado a la finalidad de obtener una reparación para el perjudicado. El TS justifica así su decisión de confirmar el pronunciamiento de la AN en el caso concreto por entender que el título de imputación que desencadena la responsabilidad patrimonial de la Administración era la omisión por el Estado de la protección que le fue requerida y a la que estaba obligado, habiendo omitido además cualquier tipo de motivación.

En definitiva, reconoce el TS el derecho de los ciudadanos españoles a la protección diplomática para obtener el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por un hecho internacionalmente ilícito ocasionado directamente por otro Estado cuando no hubieran podido obtener reparación por la vía interna de dicho Estado, siempre que estén establecidos recursos internos y sea razonable obtener un pronunciamiento expreso en tiempo razonable. Ese de-

recho del particular comprende, para el TS, la utilización por el Estado de las vías diplomáticas que se consideren procedentes, conforme a las reglas de la actuación exterior de la Administración, o por otros medios admitidos por el Derecho internacional para obtener la reparación del perjuicio, siempre que dichos medios la hagan razonablemente admisible. Procederá la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración, cuando se acredite que el Estado no ha prestado la protección, conforme a los requisitos que le es exigido y atendiendo a la pérdida de oportunidad que comportaría dicha omisión, siempre que concurran los demás presupuestos de dicha responsabilidad. En definitiva, el punto esencial para apreciar o no la responsabilidad es la motivación de la decisión de la Administración.

Hay varias apreciaciones en la sentencia del TS acerca de las condiciones de ejercicio de la protección que no podemos tampoco dejar de comentar. En primer lugar, en varias ocasiones extiende esa obligación del Estado de ejercer la protección diplomática, además de a los propios nacionales, también a otras personas bajo su protección, sin especificar a qué tipo de supuestos hace referencia¹² y, sin valorar que, tratándose de no nacionales, esa obligación difícilmente podría cumplirse si la reclamación topase con la oposición del Estado reclamado. Parece olvidar que la nacionalidad de la reclamación es, conforme al Derecho internacional consuetudinario vigente, una de las condiciones o requisitos de ejercicio de la protección diplomática, junto al agotamiento de los recursos internos. Más preocupantes resultan los planteamientos sobre esta segunda condición de ejercicio. Al tratar la naturaleza jurídica de la protección, el TS afirma su carácter subsidiario, por la exigencia de previo agotamiento de los recursos internos del Estado infractor, que serían la vía preferente y necesaria para la reparación de daño. Pero, matiza, «en el bien entendido de que, si esos mecanismos internos no es que no atiendan la reclamación, sino que, examinándola, la consideran improcedente, no cabrá ya otra pretensión para la reparación del daño que conforme a la declaración oportuna deja de ser un derecho». Lo que nos plantea la duda de si el derecho subjetivo del particular a exigir la protección diplomática decaería, conforme a ese razonamiento, en el supuesto de que, agotados los recursos internos, no obtuviera reparación por declararse improcedente su reclamación en la vía interna. También merece reflexión la sugerencia del TS de que el propio Estado supla las dificultades que pueda enfrentar el particular para agotar los recursos internos, ofreciendo los asesoramientos y medios necesarios para ello. Sugerencia que concreta después, ya respecto del caso concreto, cuando afirma:

«La necesidad de agotar los recursos internos tiene una relevancia relativa cuando, sabido es por su notoriedad, que la protección jurisdiccional de una pretensión de esa naturaleza ante los Tribunales de Estados Unidos comporta una importante disponibilidad económica de la que no consta pudieran asumir

¹² Teniendo en cuenta que se basa en el proyecto de la CDI, sin distinguir entre codificación y desarrollo progresivo, podría referirse a la propuesta de *lege ferenda* del art. 8 del proyecto respecto de apátridas y refugiados.

los recurrentes. En definitiva, si tan necesaria se consideraba por la Administración esa pretendida necesidad de haber realizado dicha reclamación, bien se pudo, no asumir esa reclamación la Administración española, que no está incluida en la protección, pero sí facilitar los medios para dicha reclamación».

En conclusión, el tratamiento que la sentencia del TS otorga al Derecho internacional y a su sistema de fuentes normativas, en particular las consuetudinarias, es decepcionante. A la vista de las conclusiones a las que llega y del margen que parece finalmente dejar al Estado en la elección de los modos de ejercicio de la protección, el punto decisivo para la determinación de la responsabilidad patrimonial en caso de no ejercicio de la protección estaría en la motivación de la decisión. Como ya tuvimos ocasión de señalar, entendemos que, en un Estado de Derecho, la discrecionalidad no puede suponer un poder absoluto del Gobierno que quede al margen de cualquier fiscalización y uno de los elementos sobre los que gravita el control de la discrecionalidad es precisamente la motivación del acto. Tal vez el TS podría haberse evitado el delirante análisis que realiza sobre la institución de la protección diplomática desde la perspectiva del DI, limitando su razonamiento a esa perspectiva interna que realmente impregna todo su pronunciamiento, manteniendo la jurisprudencia establecida sobre el carácter discrecional de la protección y centrando únicamente la cuestión en la necesidad de motivación de las decisiones de la Administración. En cualquier caso, como recuerda en su prestigioso *Curso* el Profesor Pastor Ridruejo, la importancia de las relaciones entre el Derecho internacional y los ordenamientos internos radica en que la eficacia real del primero depende en muy buena medida de la fidelidad con que los Derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto. En ese sentido, resulta esencial la labor de interpretación y aplicación de las normas que llevan a cabo los jueces y tribunales nacionales. Y, si bien es cierto que la imprecisión e incertidumbre derivadas de su carácter no escrito pueden dificultar la aplicación de las normas consuetudinarias por jueces y tribunales nacionales, también lo es, como recuerda el citado profesor, que estos pueden dirigirse a cualquier institución o persona cualificada para obtener ayuda en la identificación, contenido y sentido exacto de la norma consuetudinaria a aplicar¹³.

¹³ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 25.ª ed., Madrid, Tecnos, 2021, pp. 171 y 182-183.

