

LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y CONSULAR DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EN EL EXTERIOR

PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA*

SUMARIO: I. La protección de los ciudadanos de la Unión en el exterior desde la perspectiva del Derecho comunitario: el art. 20 TCE y sus desarrollos: 1. El art. 20 TCE como constitucionalización formal de una práctica anterior. 2. El contenido del derecho a la luz de los desarrollos alcanzados: un derecho a la asistencia consular. 3. El inmovilismo del art. 20 TCE tras el Tratado de Maastricht. 4. Las aportaciones recientes: el Consejo Europeo de junio de 2006 y la protección consular en situaciones de crisis. 5. Una valoración del derecho de protección diplomática y consular consagrado en el art. 20 TCE. II. La protección de los ciudadanos de la Unión en el exterior por parte de la Comunidad Europea en los ámbitos de competencia exclusiva. III. Los obstáculos para el ejercicio de la protección diplomática en sentido estricto: 1. La protección diplomática, una institución todavía relevante. 2. El requisito de la nacionalidad como cortapisa al ejercicio de la protección diplomática por la vía del art. 20 TCE. 3. La nacionalidad como competencia doméstica del Estado en el derecho comunitario: posible repercusión sobre el principio de la efectividad. IV. A modo de conclusión.

Se trata de un tema cuyo enunciado resulta atractivo porque evoca la idea de que los ciudadanos de la Unión contamos con un respaldo firme por parte de ésta cuando nos encontramos en el exterior; sin embargo, como voy a tener que poner de relieve en esta contribución, hasta el presente el contenido de esta protección es muy reducido y no abarca la generalidad de los aspectos que en una primera aproximación se podría pensar que ofrece.

No obstante, se trata de uno de los derechos de la ciudadanía de la Unión, el regulado en el art. 20 TCE, el cual ha de ponerse en relación con el 20 TUE, que prevé que las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros y las delegaciones de la Comisión en los terceros países intensificarán su cooperación para contri-

* Catedrática de Derecho internacional público. Universidad de Oviedo

buir a la ejecución del citado art. 20 TCE. Además, hay que tener presente que la ciudadanía de la Unión constituye uno de los objetivos de ésta (art. 2 TUE).

Pues bien, como ya he apuntado, los desarrollos alcanzados por este derecho son muy discretos. Esto explica que se haya dicho con razón que el art. 20 TCE «resulta más llamativo que efectivo»¹. Esta impresión se confirma si acudimos a los Informes sobre la ciudadanía de la Unión que presenta la Comisión cada 3 años, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 22 TCE. En el último, el cuarto, que abarca el período 2001-2004², el derecho a la protección diplomática y consular merece tan sólo 6 líneas, dedicadas fundamentalmente a informar de la entrada en vigor en mayo de 2002 de la primera Decisión adoptada por los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, en diciembre de 1995, y por tanto nada menos que 6 años y medio más tarde. Contrasta esta parquedad con la extensión que se atribuye a otros derechos, en particular al derecho de libre circulación y residencia en el territorio de la Unión.

¿Cuáles pueden ser las razones que explican esta situación? Yo creo que, de un lado, se debe a que se trata de un tema sobre el que los Estados Miembros quieren retener sus competencias y, de otro, que tanto la protección consular como sobre todo la protección diplomática en sentido estricto tienen unos condicionamientos y unos límites impuestos por el derecho internacional que impiden un desarrollo de este derecho en algunas de sus dimensiones, precisamente las vinculadas a lo que podríamos denominar el núcleo duro de la protección diplomática y consular.

No obstante, no pretendo transmitir una impresión desfavorable de la cuestión porque —como veremos— sí se han alcanzado resultados prácticos interesantes que han permitido proteger a los ciudadanos de la Unión en situaciones de necesidad.

Dicho todo lo anterior, voy a desarrollar el tema utilizando dos planos de análisis: el proporcionado por el derecho comunitario y el del derecho internacional.

I. LA PROTECCIÓN DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EN EL EXTERIOR DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMUNITARIO: EL ART. 20 TCE Y SUS DESARROLLOS

El derecho reconocido en esta disposición interesa a una institución del derecho internacional, la protección diplomática y consular, caracterizada habitualmente por resultar operativa exclusivamente en relación con los propios nacionales; el TCE, en cambio, amplía el elenco de beneficiarios para prever la protección en el exterior por los Estados miembros de cualesquiera personas nacionales de un Estado miembro de la Unión, si bien el derecho se configura con naturaleza subsidiaria por cuanto sólo se prevé para el caso de que el ciudadano no disponga en el territorio del país en el que se halle de servicios diplomáticos o consulares del Estado de su propia naciona-

¹ A. REMIRO y otros, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, 1997, p. 517.

² COM (2004) 695 final, de 26.10.2004.

lidad o éstos no estén accesibles. Por otro lado, es un derecho de asistencia cuya salvaguarda no puede invocarse directamente ante los órganos jurisdiccionales, es decir, carece de efecto directo, porque el tenor del art. 20 TCE acaba diciendo que «Los Estados miembros establecerán entre sí las normas necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección»³.

1. El art. 20 TCE como constitucionalización formal de una práctica anterior

No obstante lo llamativo de su redacción, en realidad esta disposición, introducida por el TUE dentro del elenco de los derechos que constituyen la ciudadanía de la Unión, recoge una posibilidad ya prevista tradicionalmente en el derecho internacional⁴ y además viene precedida de una práctica previa desarrollada por los Estados miembros de la Unión antes del TUE, de ahí que C. JIMÉNEZ PIERNAS haya podido decir que el citado artículo «sólo pretende en rigor constitucionalizar formalmente y fortalecer políticamente dicha práctica»⁵.

En cuanto a la práctica de los Estados miembros, podemos encontrarla tanto en textos elaborados con anterioridad al TUE como en actuaciones en casos concretos. Respecto a los primeros, ya la Declaración de Stuttgart sobre la UE, de 1983, destacaba la necesidad de reforzar la cooperación política europea mediante, entre otras cuestiones, una cooperación más estrecha entre las representaciones de los Estados miembros en los terceros países en el plano diplomático y administrativo. Por su parte, la Decisión adoptada por los ministros de asuntos exteriores de los Estados miembros reunidos en el seno de la Cooperación Política Europea (CPE) con ocasión de la firma del Acta Única Europea señalaba que «Los Estados miembros examinarán la posibilidad de prestar ayuda y asistencia en terceros países a los nacionales de los Estados miembros que no tengan representación en los mismos». Como ha señalado E. CRESPO NAVARRO, el contenido de estos textos concuerda plenamente con el de las directrices establecidas por el Comité Político de la CPE el 17 de mayo de 1984, referidas a la actuación a seguir en situaciones catastróficas o crisis políticas, visitas a detenidos, secuestros de menores y otras cuestiones, en las que se preveía la creación de un grupo de trabajo de cooperación consular formado por los responsa-

³ Así lo estima la doctrina (vid. J.M. RODRÍGUEZ BARRIGÓN, «La ciudadanía de la Unión Europea, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales», *Cuadernos y Debates* nº 142, Madrid, 2002, p. 589 y autores por él citados) y desde luego el tenor de la disposición avala esa valoración, si bien conviene guardar cierta cautela al respecto si recordamos el asunto *Baumbast*.

⁴ En efecto, los Convenios de Viena sobre relaciones diplomáticas y sobre relaciones consulares, de 1961 y 1963 respectivamente, ya contemplan que un Estado podrá representar los intereses de otro Estado a través de sus delegaciones diplomáticas y oficinas consulares acreditadas ante un tercero (art. 45 c) Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas; arts. 8, 27.1 c) y 2 b) del Convenio de Viena sobre relaciones consulares).

⁵ «La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea», *RIE*, vol. 20, 1993, p. 35.

bles de las secciones consulares de las embajadas y los consulados generales de los Estados miembros en terceros países que prepararía las acciones a seguir en tales casos⁶. Paralelamente a estos textos, existe una práctica comunitaria de atención y ayuda a los ciudadanos de los Estados miembros en el exterior cuando éstos se encuentran en situaciones difíciles; dicha práctica consiste tanto en acciones coordinadas de los Estados miembros en casos de crisis internacionales para proteger y evacuar a sus nacionales, como ocurrió por ejemplo cuando la primera guerra del golfo o en diversos conflictos africanos⁷ como en acciones respecto de personas concretas, dimensión en la que destacan numerosas resoluciones del CPE pidiendo el respeto de los derechos humanos de los afectados⁸.

2. El contenido del derecho a la luz de los desarrollos alcanzados: un derecho a la asistencia consular

Antes de la entrada en vigor del TUE, el Comité Político de la CPE adoptó en marzo de 1993 unas Directrices para la protección por las misiones diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, en las que se fijaban determinadas reglas para dispensar asistencia en casos de fallecimiento, accidente o enfermedad graves, arresto o detención, las cuales ya venían a prefigurar el desarrollo que con posterioridad se ha dado al art. 20 TCE.

Con posterioridad, en diciembre de 1995 se adoptó la Decisión 95/553/CE de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, relativa a la protección de los ciudadanos de la UE por las representaciones diplomáticas y consulares⁹, cuyo contenido coincide con las Directrices antes citadas. La Decisión precisa el contenido de la protección consular ante cualquier representación diplomática o consular de un Estado miembro siempre que no exista representación permanente accesible o cónsul honorario accesible del Estado miembro del que se es nacional o de otro Estado que lo represente de forma permanente. Los supuestos contemplados vuelven a ser el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, arresto o detención, actos de violencia y socorro y repatriación en situación de dificultad. Este texto fue seguido por otra decisión relativa a las modalidades de ejecución a adoptar por los funcionarios consulares¹⁰ y por la Decisión 96/409/PESC, de junio de 1996, relativa a las normas de expedición de un documento provisional de viaje que podrá expedir, en caso de robo, pérdida o destrucción del pasaporte, la representación de

⁶ *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho Internacional. La erosión del vínculo de la nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 354.

⁷ Ver E. CRESPO NAVARRO, *op. cit.*, pp. 360 y ss.

⁸ Ver, asimismo, E. CRESPO NAVARRO, *ibid.*, pp. 365 y ss.

⁹ DOCE L 314, de 28.12.1995

¹⁰ No publicada en el Diario Oficial.

cualquier Estado miembro al nacional de otro Estado miembro que se encuentre en un país en el que no haya representación diplomática o consular accesible del Estado del que es nacional¹¹. No deja de tener interés el dato de que la primera de estas Decisiones no entró en vigor hasta mayo de 2002, porque hasta entonces no todos los Estados miembros habían adoptado las medidas legislativas internas necesarias, sin perjuicio de que en la práctica ya garantizaban ese tipo de protección¹².

3. El inmovilismo del art. 20 TCE tras el Tratado de Maastricht

El contenido del art. 20 se ha mantenido sin cambios desde el TUE hecho en Maastricht. Aunque el Tratado de Amsterdam introdujo algunas novedades en los derechos de la ciudadanía de la Unión, la disposición que nos ocupa permaneció intacta y así continúa en la actualidad. Junto con los demás derechos que configuran este estatuto, el derecho a la protección diplomática y consular se recoge en la Carta de los derechos fundamentales de la UE en los mismos términos del art. 20 TCE¹³, como no podía ser de otra manera pues esa Carta no podía modificar a la baja una regulación establecida en el derecho originario. Por su parte, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa consagra de nuevo el derecho a la protección diplomática y consular, con la particularidad de que al igual que los demás derechos de la ciudadanía de la Unión aparece dos veces: de un lado, en el art. I-10. 2 c) con la misma redacción que la del art. 20 TCE pero omitiendo el párrafo final relativo a que los Estados miembros establecerán entre sí las normas necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar la protección; de otro, en el art. II-106, dentro de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión. La única particularidad estriba en que el art. III-127 retoma la referencia a la doble vía de desarrollo del derecho: por los Estados miembros entre sí y mediante negociaciones con terceros Estados y añade que «Una ley europea del Consejo podrá establecer las medidas necesarias para facilitar esta protección. El Consejo se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo». En opinión de C. JIMÉNEZ PIERNAS, de esto se desprende que se atribuyen a la Unión poderes de decisión sobre las medidas necesarias para garantizar la protección diplomática y consular de los ciudadanos de

¹¹ DOCE L 168, de 6.7.1996.

¹² Así lo indica la Comisión en su Tercer Informe sobre la ciudadanía de la Unión, COM (2001) 506 final, p. 20.

¹³ En efecto, el mandato del Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999, en el que se decide convocar una Convención para la elaboración de la Carta señaló los derechos de la ciudadanía de la Unión como una de las dimensiones a incluir en el texto, lo que ha sido valorado positivamente por A. MANGAS MARTÍN pues en su opinión «No hubiera sido una decisión transparente no incluir los derechos de ciudadanía en una Carta con vocación de dar visibilidad a los derechos fundamentales» («Carta de los Derechos Fundamentales y ciudadanía de la Unión Europea», *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, (Z. Drnas de Clément coord.; Drnas-Lerner eds.), T. II, Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina, 2002, p. 987).

la Unión «ya que el procedimiento normativo fijado es mucho menos exigente que el previsto con carácter general en el art. III-129 para completar los derechos establecidos en el art. I-10¹⁴.

Si bien no cabe reprochar a la Carta de los derechos fundamentales de la UE el no haber ampliado los derechos de la ciudadanía de la Unión, pues los miembros de la Convención no tenían mandato para hacerlo, el inmovilismo es menos explicable en relación con la Constitución Europea, para cuya elaboración el mandato era más amplio y los propios convencionales lo interpretaron con libertad en relación con otras cuestiones. Es curioso que cuando se planteaba elaborar un texto constitucional la ciudadanía de la Unión no haya sido un tema objeto de reflexión con miras a su desarrollo y apenas haya dado lugar a contribuciones¹⁵ y ello pese a que la Declaración de Laeken, al abrir el «camino hacia una Constitución para los ciudadanos europeos» se preguntaba «¿cuáles deberían ser los derechos fundamentales y los deberes de los ciudadanos?» En esta dirección, no deja de ser significativo que tras los contratiempos sufridos en los referenda francés y holandés, la ampliación de los derechos de la ciudadanía de la Unión se presente como una de las vías de aproximación al ciudadano¹⁶.

4. Las aportaciones recientes: el Consejo Europeo de junio de 2006 y la protección consular en situaciones de crisis

Las crisis y emergencias de diversa índole y gran repercusión que se vienen produciendo en los últimos tiempos han venido a poner de relieve la conveniencia de reforzar la acción coordinada de la Unión Europea en distintos ámbitos, entre otros el consular. Por esta razón, la Presidencia austriaca presentó al Consejo Europeo de junio de 2006 un Informe denominado «Reforzar las capacidades de respuesta de la Unión en caso de emergencias y crisis»¹⁷, en el que incluyó un apartado sobre «la protección de los ciudadanos de la UE en el exterior» en el que partiendo de que los ciudadanos de la UE hacen más de 180 millones de viajes al exterior cada año, afirmaba que los ciudadanos esperan que los Estados miembros sean capaces de proveerles asistencia concreta y tangible en crisis y emergencias y como resultado de ello hay lo que el Informe califica como un nivel avanzado de cooperación sobre asistencia consular, el cual se puso en práctica con ocasión de los ataques terroristas en

¹⁴ «Estatuto de ciudadanía y derecho de asistencia a los ciudadanos de la Unión Europea», *Derecho internacional y Tratado Constitucional europeo* (F.M. MARIÑO MENÉNDEZ dir., C.J. MOREIRO GONZÁLEZ coord.), Universidad Carlos III de Madrid/Marcial Pons, 2006, p. 458.

¹⁵ Cabe citar como excepción la contribución de D^a PERVENCHE BERÈS, miembro suplente de la Convención, titulada «¿Qué ciudadanía queremos para la Unión?» (CONV 576/03, CONTRIB 255).

¹⁶ Véase Secretaría de Estado para la Unión Europea, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, *El futuro de la Unión Europea: Informe del Gobierno al Congreso de los Diputados*, Real Instituto Elcano, DT 2/2006, p. 26.

¹⁷ Doc. 10551/06, de 15 junio 2006.

Sharm-El-Sheikh y Bali y el huracán Katrina¹⁸. En el documento, se enumeran las medidas que ya se vienen aplicando en este tipo de casos: coordinación instantánea vía teleconferencias entre los centros de crisis en las capitales de la UE, actuaciones conjuntas de las misiones de los Estados miembros ante las autoridades locales, cargas compartidas respecto a los equipos de actuación en las crisis, actualización de la guía consular común para las misiones de los Estados miembros en terceros países para reforzar la cooperación en las evacuaciones, apoyo por parte de las delegaciones de la Comisión, información inmediata en casos de pandemias, etc. El Informe continuaba diciendo que sin embargo debería hacerse más en este ámbito y proponía: reproducir el texto del art. 20 TCE en los pasaportes, seguir reforzando los niveles de cooperación y las capacidades de actuación y –lo más novedoso– considerar la posibilidad de crear puntos de asistencia consular mutua, señalando que los Estados miembros podrían considerar el establecimiento de servicios consulares compartiendo locales en ciertas regiones y que en la práctica esto podría tomar la forma de funcionarios consulares de un Estado miembro no representado proporcionando servicios consulares en los locales de la misión de otro Estado miembro de la UE.

Las Conclusiones del Consejo Europeo de 15-16 de junio de 2006 señalan que el Consejo Europeo aprobó el Informe y añaden que en adelante debe prestarse especial atención a 5 cuestiones, entre las que destaca la de «estrechar la coordinación consular entre los Estados miembros de la UE, que incluya la creación de puntos de asistencia consular recíproca en regiones determinadas de antemano. A tal fin, se pide al Secretario General y Alto Representante y a la Comisión que presenten un informe conjunto durante el segundo semestre de 2006»¹⁹.

La idea de crear esos puntos de asistencia consular recíproca aparece también vinculada al desarrollo del llamado Programa de La Haya²⁰; así, un reciente documento de la Comisión, al referirse a los derechos fundamentales y la ciudadanía apunta que esta institución «estudiará la manera de hacer progresar la creación de «euro-consulados» a fin de compartir las funciones consulares comunes y de definir un código consular europeo»²¹.

5. Una valoración del derecho de protección diplomática y consular consagrado en el art. 20 TCE

Existe unanimidad a la hora de afirmar que este derecho no consiste en una protección diplomática y consular en sentido técnico-jurídico. Como señala C. JIMÉNEZ PIERNAS:

¹⁸ Casos a los que hay que añadir el más reciente de Lfbano en agosto 2006, en el que también se coordinaron los esfuerzos entre los Estados miembros, la Presidencia de la Unión, el Secretariado del Consejo y la Comisión para realizar la evacuación a Chipre de los ciudadanos de la Unión que se encontraban en el territorio de aquel Estado.

¹⁹ Doc. 10633/1/06 Rev 1, de 17 junio 2006.

²⁰ Programa plurianual para reforzar la libertad, la seguridad y la justicia en la UE.

²¹ *Mise en oeuvre du programme de La Haya: la voie à suivre*, MEMO/06/254, Bruselas, 28 junio 2006, p. 2.

«la protección a la que se refiere el art. 20 no puede considerarse protección diplomática en sentido estricto y formal. En efecto, no se trata del ejercicio de la protección diplomática entendida como reclamación formal ante un tercer Estado por la presunta violación de las normas del Derecho internacional respecto de un nacional del Estado que presenta tal reclamación; tampoco se trata de la protección consular efectuada ante los órganos internos del Estado.

Lo que hace más bien el art. 20 del TCE es confirmar y desarrollar una práctica de protección que podemos calificar de «protección por afinidad»... Esa «protección por afinidad» es muy similar en su contenido a la tradicional asistencia consular reservada por el Derecho internacional a los propios nacionales. Los ciudadanos de la Unión son beneficiarios de tal protección debido a su consideración por los Estados miembros como titulares de un vínculo y estatuto especial que los diferencia de los extranjeros, en cuya virtud gozan de este peculiar procedimiento de protección desplegado al margen de su nacionalidad»²².

Por su parte, M.D. BLÁZQUEZ PEINADO habla de «asistencia consular»²³ y E. CRESPO NAVARRO se refiere a un «derecho de asistencia» y de una «protección de afinidad»²⁴ mientras que J.M. RODRÍGUEZ BARRIGÓN señala que «la práctica seguida sobre la «protección» de nacionales de un Estado de la Unión por parte de otro Estado miembro no presenta los caracteres específicos de la protección diplomática entendida con rigor»²⁵, estimando que «las acciones de protección sólo pueden tener una trascendencia jurídica menor, que podría ser reconducida a ciertas formas de protección diplomática *lato sensu*, y que bien podrían encuadrarse dentro de las manifestaciones que genéricamente se engloban en la denominada *asistencia consular*»²⁶.

²² «Estatuto de ciudadanía y Derecho de asistencia a los ciudadanos de la Unión Europea», *cit.*, p. 459-460. Este autor ofreció ya esta valoración en «La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea», *RIE*, *cit.*

²³ *La ciudadanía de la Unión*, Tirant lo Blanch-Universidad de Valencia, Valencia, 1998, p. 271.

²⁴ *Nuevas formas de protección del individuo*, *cit.*, pp. 345 y 352 respectivamente. Esta autora concluye también, en la misma dirección que C. JIMÉNEZ PIERNAS, que con este derecho se viene «a configurar un sistema de protección que es muy similar al de la tradicional asistencia consular reservada por el Derecho Internacional a los nacionales y del que son beneficiarios los ciudadanos de la UE, debido a su consideración por los Estados miembros como titulares de un status especial que los diferencia de los extranjeros, término que queda reservado para los nacionales de terceros Estados no comunitarios» (*op. cit.*, p. 359).

²⁵ *La ciudadanía de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y Debates nº 142, Madrid, 2002, p. 561.

²⁶ *Op. cit.*, p. 589. M. FRAILE ORTIZ hace suya la valoración de la doctrina internacionalista mayoritaria (*vid. El significado de la ciudadanía europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, p. 214-215).

II. LA PROTECCIÓN DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EN EL EXTERIOR POR PARTE DE LA COMUNIDAD EUROPEA EN LOS ÁMBITOS DE COMPETENCIA EXCLUSIVA

Junto al derecho recogido en el art. 20 TCE, en el que la protección o asistencia se presta en todo caso por un Estado miembro, existe otro desarrollo de interés vinculado a la protección del ciudadano de la Unión en el exterior, consistente en el posible ejercicio de la protección de los nacionales de los Estados miembros por instituciones comunitarias en un ámbito de materias donde la Comunidad Europea ha asumido competencias según su tratado constitutivo, por ejemplo, la pesca, ámbito en el que la competencia para celebrar acuerdos corresponde en exclusiva a la Comunidad.

En esta vía, es bien conocido el asunto *Odigitria*, en el que la STPI de 6 de julio de 1995 descartó la responsabilidad extracontractual de la Comunidad por estimar, entre otras consideraciones, que la delegación de la Comisión había cumplido «su deber de protección diplomática respecto al capital y a la demandante»²⁷. Esta decisión, que no ha tenido continuidad por el momento, viene a establecer un cierto paralelismo entre el derecho de protección del Estado respecto de sus nacionales y el que corresponde a la Comunidad Europea en un ámbito de materias donde está facultada para llevar a cabo una acción exterior frente a terceros Estados, extendiéndose a la protección de los derechos e intereses de los nacionales de los Estados miembros y, en definitiva, abriría una nueva dimensión dentro de la protección diplomática ejercida por organizaciones internacionales, centrada hasta ahora en la realizada sobre los funcionarios y demás personal de la misma²⁸.

Con independencia de las obligaciones que la celebración de los acuerdos de pesca entraña para la Comunidad y la posibilidad de que se genere su responsabilidad extracontractual, conviene destacar con J.M. RODRÍGUEZ BARRIGÓN que «no puede admitirse la naturaleza que el Tribunal atribuye a las capacidades de la Comisión al calificarlas como «protección diplomática», desconociendo una institución cuyos perfiles fundamentales se encuentran ampliamente asentados en el sistema jurídico internacional» de forma que «el análisis de la actividad que puede desarrollar la Comisión en relación con los pescadores comunitarios tan sólo puede ser caracterizado como una forma de “asistencia diplomática”»²⁹.

²⁷ Sobre este asunto puede verse J. CARRERA HERNÁNDEZ, «El deber de asistencia diplomática y consular de los pescadores comunitarios por la Comisión Europea. Comentario a la sentencia del TPI de 6 de julio de 1995, *Odigitria* AAE c. Consejo y Comisión, asunto T-572/93), *RIE*, vol. 23, 1996, pp. 539-552.

²⁸ Proclamada por la C.I.J: en su Opinión Consultiva sobre *reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas* (C.I.J. Recueil 1949).

²⁹ *Op. cit.* p. 577 y autores allí citados.

III. LOS OBSTÁCULOS PARA EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN SENTIDO ESTRICTO

Para completar el análisis sobre la protección de los ciudadanos de la UE en el exterior es preciso reflexionar sobre las posibilidades de ejercicio de la protección diplomática en sentido estricto. Desde esta perspectiva, nos encontramos con el obstáculo que supone el requisito de la nacionalidad, establecido en el derecho internacional general, al que podría añadirse un segundo inconveniente vinculado a la exigencia de efectividad en la nacionalidad, también procedente del derecho internacional. No obstante, antes de ocuparnos de estas cuestiones, hemos de plantearnos una cuestión previa: ¿la protección diplomática sigue siendo una institución relevante en el momento presente?

1. La protección diplomática, una institución todavía relevante

La pertinencia de esta duda obedece al creciente reconocimiento de capacidad a las personas para actuar en el plano internacional. Esta es una cuestión que se viene planteando y cuyos ecos han resonado en el seno de la CDI en el proceso de codificación de las normas sobre protección diplomática y que el primer Relator Especial resumía de la siguiente forma:

«fue el reconocimiento a favor del individuo de un cierto grado de personalidad jurídica internacional en calidad de destinatario directo de normas internacionales y de titular del derecho a interponer reclamaciones respecto de esas normas, lo que hizo que la doctrina comenzara a plantearse con mayor precisión la cuestión de la pertinencia de la concepción clásica de la protección diplomática»³⁰.

El Relator Especial, M. BENNOUNA, citaba como manifestaciones concretas los mecanismos de control puestos a disposición de las personas por los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y los tratados sobre protección y promoción recíproca de inversiones, que suele establecer el CIADI como mecanismo de arreglo de las controversias, al que puede acudir directamente el inversionista extranjero sin necesidad de solicitar la protección al Estado del que es nacional; también, como indicaba el Relator, los Estados han instituido tribunales internacionales especiales para poder resolver controversias entre uno de ellos y sus nacionales, estando éstos autorizados para hacer valer sus derechos directamente ante la instancia internacional.

El siguiente Relator Especial, J. DUGARD, retomó los términos de este debate y los resumió como sigue:

³⁰ CDI, Informe preliminar sobre la protección diplomática, A/CN.4/484, de 4 febrero 1998, p. 6.

«Esos acontecimientos han llevado a algunos a afirmar que la protección diplomática es obsoleta. A grandes rasgos, el argumento es el siguiente: la norma de la igualdad de trato con los nacionales y las normas mínimas internacionales para el trato a los extranjeros han sido sustituidas por una norma internacional de derechos humanos que otorga al nacional y al extranjero el mismo nivel de trato, que incorpora las disposiciones básicas de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La persona es ahora un sujeto del derecho internacional facultado para exigir el cumplimiento de sus derechos humanos a nivel internacional. El derecho de un Estado a presentar reclamaciones a favor de su nacional debería restringirse a los casos en que no haya otro método de solución convenido por el extranjero y el Estado causante del perjuicio. En tal caso, el Estado que presenta la reclamación actúa como agente de la persona y no por derecho propio. La posibilidad de que un Estado afirme su propio derecho cuando actúa a favor de su nacional es una ficción superada que debe abandonarse, excepto tal vez en los casos en que se vea afectado realmente el interés *nacional* del Estado»³¹.

Sin embargo, J.R. DUGARD no ha hecho suyos estos argumentos; en su opinión, «este argumento tiene dos defectos: primero, desdeña el uso de ficciones en el derecho; segundo, exagera el estado actual de la protección internacional de los derechos humanos»³² porque «hasta que la persona adquiera derechos procesales amplios al amparo del derecho internacional, abandonar la protección diplomática significaría un retroceso de los derechos humanos»³³. De esta forma, concluye que:

«Ello no significa que esos acontecimientos hayan hecho obsoletos los procedimientos tradicionales reconocidos por el derecho consuetudinario internacional para el trato de los extranjeros. Si bien hoy las personas gozan de más recursos internacionales para la protección de sus derechos que en cualquier otro momento, la protección diplomática sigue siendo un arma importante en el arsenal de la protección de los derechos humanos. Mientras el Estado siga siendo el protagonista principal de las relaciones internacionales, el hecho de que los Estados hagan suyas las reclamaciones de transgresión de los derechos de sus nacionales sigue siendo el recurso más eficaz para la promoción de los derechos humanos. En vez de intentar debilitar este recurso despreciándolo como una ficción obsoleta que ya ha dejado de ser útil, hay que hacer todo lo posible por fortalecer las normas que integran el derecho a la protección diplomática»³⁴.

2. El requisito de la nacionalidad como cortapisa al ejercicio de la protección diplomática por la vía del art. 20 TCE

Conforme al derecho internacional general, debe existir un vínculo entre la reclamación y el Estado reclamante, basado en la nacionalidad de los particulares que

³¹ CDI, Primer Informe sobre la protección diplomática, A/CN.4/506, de 7 marzo 2000, p. 7.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*, p. 10.

³⁴ *Ibid.*, p. 11.

han sido víctimas del hecho ilícito. El Proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobado por la CDI en primera lectura parte de la exigencia de este requisito y por ello dispone en su art. 3.1 que «El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad»³⁵; en su Informe sobre esta cuestión, el Relator Especial Dugard explicó que:

«Según la doctrina tradicional... el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática se funda en el vínculo de nacionalidad entre el perjudicado y el Estado. En consecuencia... el Estado no podrá dispensar su protección a las personas que no sean nacionales suyos ni defender las reclamaciones de ellas»³⁶.

Este requisito tiene como consecuencia que los terceros Estados están legitimados para rechazar la protección que pretenda llevar a cabo un Estado que no sea el de la nacionalidad de la persona salvo que voluntariamente decida aceptarla para un caso concreto o que se celebre un tratado entre los Estados implicados por el que el tercero acepte la exclusión del requisito en cuestión. Eso es lo que explica que el art. 20 TCE en su parte final diga que «Los Estados miembros... entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección». Esta práctica aún no se ha iniciado y algún autor ya ha advertido de que es poco probable que los terceros Estados se muestren favorables a ella³⁷.

3. La nacionalidad como competencia doméstica del Estado en el derecho comunitario: posible repercusión sobre el principio de la efectividad

El hecho de que el derecho comunitario no regule quiénes deben ser considerados como nacionales de los Estados miembros sino que, por el contrario, respete la competencia doméstica de los Estados en la materia podría constituir otro obstáculo al ejercicio de la protección diplomática en el sentido previsto por el art. 20 TCE. En efecto, como es sabido, la Declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro, anexa al TUE hecho en Maastricht, afirma que «la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trata», para lo cual los Estados podrán efectuar una declaración informando sobre quiénes deben considerarse sus naciona-

³⁵ El comentario que acompaña a este texto explica que «el acento en este artículo se carga en el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo, que da derecho al Estado para ejercer la protección diplomática» (Informe de la CDI, 56º período de sesiones, en Asamblea General, Documentos Oficiales, 59º período de sesiones, Suplemento Nº 10 (A/59/10), p. 34).

³⁶ *Doc. cit.*, p. 37.

³⁷ En efecto, C. JIMÉNEZ PIERNAS ha señalado que se tratará preferentemente de Estados en vías de desarrollo puesto que todos los Estados miembros de la Unión tienen representaciones en los países desarrollados; partiendo de esta premisa, pronostica que los terceros pedirán contrapartidas difíciles de conceder, por ejemplo, exención de visados («La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea», *cit.*, pp. 42-43).

les a efectos comunitarios. Por su parte, el TJCE señaló en el asunto *Micheletti* que «la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho Internacional, competencia de cada Estado miembro»³⁸, criterio que ha vuelto a aplicar en asuntos posteriores³⁹ y acaba de reiterar en relación con el derecho de sufragio activo y pasivo al PE de los residentes en Gibraltar⁴⁰.

La consideración de las distorsiones que se podrían producir ante una eventual política poco mesurada por parte de un Estado miembro ha llevado a algunos autores a indicar la conveniencia de que el derecho comunitario comience a regular la materia. Así, C. JIMÉNEZ PIERNAS apunta que:

«La falta de homogeneidad que se aprecia en las legislaciones de los Estados miembros a la hora de regular esta materia, no debería ser obstáculo, sino más bien incentivo, para tratar de favorecer la aproximación de legislaciones por vía de directiva, fundada en el principio de efectividad y el respeto de los derechos fundamentales»⁴¹.

Dejando este tema simplemente apuntado y volviendo a la dimensión del derecho internacional, lo que puede plantearse es la incidencia que el criterio de la efectividad de la nacionalidad podría tener cuando se pretenda ejercer una protección diplomática *ex art. 20 TCE* sobre una persona que no mantenga un vínculo efectivo con ningún Estado de la Unión. La hipótesis nos lleva a los casos de doble nacionalidad de un Estado miembro de la Unión y de un tercer Estado cuando otro Estado miembro quisiera desarrollar tal protección y la nacionalidad efectiva fuera la del tercer Estado. Refiriéndose a la discrecionalidad que el derecho comunitario atribuye a los Estados miembros en materia de nacionalidad, C. JIMÉNEZ PIERNAS advierte de que

«estas disposiciones carecen de valor fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario y no podrían tenerse en cuenta... en las relaciones de los Estados miembros con los Estados terceros a los efectos del ejercicio de la protección diplomática, regida por las normas del Derecho internacional general, que se guía por el principio de la nacionalidad efectiva»⁴²

Esta consideración nos llevaría a estimar que en tales casos el tercer Estado frente al que se quiere ejercitar la protección tendría un segundo motivo para rechazarla

³⁸ STJCE de 7 julio 1992, asunto C-369/90.

³⁹ STJCE de 20 febrero 2001, *Kaur*, asunto C-192/99, STJCE de 19 octubre 2004, *Chen*, asunto C-200/02.

⁴⁰ STJCE de 12 septiembre 2006, *España c. Reino Unido*, asunto C-145/04.

⁴¹ «Estatuto de ciudadanía y derecho de asistencia a los ciudadanos de la Unión Europea», *cit.*, p. 455. Para J.M. RODRÍGUEZ BARRIGÓN, «se puede contemplar como posible que el Derecho comunitario pueda desplegar sus efectos sobre el ejercicio de esta competencia por los Estados, lo que abriría los cauces para establecer limitaciones, o excepciones, sobre el reconocimiento de eficacia a las decisiones adoptadas sobre la nacionalidad de los individuos» (*op. cit.*, pp. 156-157).

⁴² *Ibid.*, p. 455.

amparándose en el derecho internacional y este obstáculo sólo se podría obviar incluyendo cláusulas específicas en los acuerdos celebrados con terceros para pactar la no exigencia del requisito de la nacionalidad, a los que ya nos hemos referido⁴³.

No obstante, antes de llegar a una conclusión excesivamente pesimista, conviene recordar que no parece que en el derecho internacional general la exigencia de la efectividad sea absoluta. Al menos, así lo entendió el Relator Especial J. Dugard, quien en su Primer Informe sobre la protección diplomática puso de relieve la división existente en la doctrina en relación con el alcance del principio de efectividad, al tiempo que advirtió de que las circunstancias específicas que se daban en el asunto *Nottebohm* aconsejan cautela a la hora de extenderlo a otras situaciones⁴⁴; todo ello le llevó a concluir que:

«El requisito del vínculo auténtico exigido en el asunto *Nottebohm* menoscabará gravemente la doctrina tradicional de la protección diplomática si se lo aplica de manera estricta, ya que privará literalmente a millones de personas de las ventajas de esa protección. En un mundo de globalización económica y de migración como es el de hoy, hay millones de personas que han salido del Estado del que son nacionales y viven en Estados cuya nacionalidad nunca adquirirán. Además, hay otras innumerables que han adquirido la nacionalidad por lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o ministerio de la ley de Estados con los que tienen una conexión sumamente tenue. Incluso los partidarios de aplicar el principio *Nottebohm*... admiten la necesidad de aplicarlo de manera liberal»⁴⁵.

La CDI hizo suya esta posición y en los comentarios que acompañan al Proyecto de artículos aprobado en primera lectura afirmó que «no [se] exige al Estado que pruebe la existencia de un vínculo efectivo o auténtico entre él y su nacional, en el sentido indicado en el asunto *Nottebohm*, como factor adicional para ejercer la protección diplomática»⁴⁶.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Seguramente, el análisis hasta aquí realizado ha venido a confirmar las advertencias hechas al comienzo sobre el escaso contenido con el que se ha dotado a este derecho de la ciudadanía de la Unión. No estamos ni ante una protección diplomática ni ante una protección consular, si utilizamos estas categorías con propiedad. Esta-

⁴³ Así lo propone J.M. RODRÍGUEZ BARRIGÓN, añadiendo con razón que la inserción de este tipo de cláusula añadiría más complejidad a la negociación (*op. cit.*, p. 174 nota 108).

⁴⁴ En concreto, la manera en que Liechtenstein había otorgado la nacionalidad a *Nottebohm*, sin aplicar sus propias normas relativas al período de residencia requerido y la estrecha vinculación de *Nottebohm* con Guatemala frente a la débil vinculación con aquel Estado (CDI, Primer Informe sobre la protección diplomática, A/CN.4/506, *cit.*, pp. 40-42).

⁴⁵ *Ibid.*, p. 44.

⁴⁶ Informe de la CDI, 56º período de sesiones, *cit.*, p. 36.

mos, hoy por hoy, ante una asistencia consular para los casos de mayor urgencia y necesidad en los que se puede encontrar un ciudadano de la Unión en el exterior de ésta, ya sea individualmente o colectivamente, en situaciones de catástrofes humanas por conflictos armados o desastres naturales. La práctica demuestra que en estos supuestos la coordinación entre los Estados miembros funciona y este es un avance que debe ser bienvenido.

Ciertamente, hay derechos de la ciudadanía de la Unión con mayor envergadura y desarrollo pero no es el único con una entidad más liviana. La frustración que se puede sentir a la hora de conocer su contenido obedece al pretencioso enunciado que se acordó en Maastricht: si en vez de «protección» se hubiera puesto «asistencia» la valoración sería otra. Un manejo adecuado de las categorías del derecho internacional y una dosis de realismo a la hora de señalar objetivos alcanzables habrían conducido a un enunciado más veraz. Con todo, ya dijo Baltasar GRACIÁN que hay que encontrar inmediatamente lo bueno de cada cosa.