

LA PROTECCION DIPLOMATICA Y CONSULAR DEL CIUDADANO DE LA UNION EUROPEA

Por CARLOS JIMENEZ PIERNAS (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. 1. Objeto del trabajo. 2. Nacionalidad y ciudadanía: una previa aclaración de términos.—II. LA PROPUESTA ESPAÑOLA Y LOS ARTÍCULOS 8C DEL TCE Y J.6 DEL TUE.—III. RÉGIMEN GENERAL DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA. 1. El estándar único de trato. 2. Concepto, naturaleza y modos de ejercicio de la protección diplomática.—IV. RELEVANCIA JURÍDICA INTERNACIONAL DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y CONSULAR PREVISTA EN EL TUE. 1. Ausencia de un derecho de protección diplomática *stricto sensu*. 2. Práctica de los Estados miembros sobre asistencia y protección de individuos que no son nacionales. 3. Un problema abierto. 4. Ausencia de un derecho de protección consular.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Objeto del trabajo*

El Tratado de la Unión Europea (a partir de ahora, TUE) (1), firmado en Maastricht (Países Bajos) el 7 de febrero de 1992 y cuya entrada en vigor prevista para el 1 de enero de 1993 (2) ha sufrido cierto

(*) Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Alicante.

(1) Según el artículo A del TUE, la Unión Europea, o simplemente Unión, se funda «en las Comunidades Europeas completadas con las políticas y formas de cooperación» intergubernamental previstas en el propio TUE, concretamente en el ámbito de la política exterior y de seguridad común (Título V), y en el de la justicia y de los asuntos de interior (Título VI).

(2) Conforme a su artículo R, párrafo 2.º España ya lo ha ratificado (*vid.* Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre, en *BOE* de 29 de diciembre de 1992).

retraso a causa de las dificultades surgidas para su ratificación por parte de Dinamarca y Reino Unido, recoge la articulación jurídica de un estatuto de «Ciudadanía de la Unión», que comprende en principio la Segunda Parte (artículos 8 a 8E) del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (a partir de ahora, TCEE), firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, tal y como ha quedado modificado por el Título II del TUE con el fin de constituir la Comunidad Europea (a partir de ahora, lo distinguiremos del Tratado de Roma y nos referiremos a él como TCE).

El conjunto de principios y derechos de dicho estatuto de ciudadanía, tanto los expresamente reconocidos como los que son inherentes al mismo aunque no se hayan recogido en los citados artículos (3), guardan sobre todo una relevancia jurídico constitucional, *ad intra* de la propia «Comunidad Europea» (4), si bien uno de ellos, regulado en el artículo 8C del TCE, sí posee una clara relevancia jurídico internacional, *ad extra* de la «Comunidad Europea». Se trata de la protección que las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro pueden prestar a todo ciudadano de la futura Unión en el territorio de un tercer Estado en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional ese ciudadano. El objeto del presente trabajo es, precisamente, analizar el contenido de ese derecho de protección tal y como queda establecido en el artículo 8C del TCE.

No obstante, es imprescindible hacer algunas consideraciones previas sobre el estatuto de ciudadanía en el que se incluye el derecho de pro-

(3) MANGAS MARTÍN, A.: *La ciudadanía de la Unión*, ponencia policopiada presentada en las «Jornadas sobre el Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea», Universidad Carlos III de Madrid, noviembre de 1992, 57 págs., págs. 27-28, 34-42 y 53-55. Como explica en su ponencia la profesora Mangas Martín, el «artículo 8.2 del TCE, tal como ha sido aprobado en Maastricht, establece que “los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado”. Luego, los derechos y, eventualmente, las obligaciones comprenden no solamente los derechos especificados en esta Segunda Parte del Tratado (libre circulación y residencia [art. 8A], participación política europea y municipal en el lugar de residencia [art. 8B], protección en el exterior [art. 8C], derecho de petición y protección del Defensor del Pueblo [art. 8D], sino también otros derechos, igualmente vinculados a la esencia del estatuto de ciudadanía en toda entidad política como, por ejemplo, el principio de igualdad de trato o el disfrute de un sistema coherente e integrado de derechos fundamentales» (págs. 27 *in fine*-28).

(4) Como ya la designa el artículo G del TUE.

tección que nos ocupa, a fin de interpretarlo y entenderlo en su contexto.

Como ha sentado la doctrina que ha tratado ya el tema (5), dicho estatuto posee como fundamento político una cultura común y un acervo jurídico y político homogéneo, cuyo mejor exponente es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, del que son parte todos los Estados miembros, que han aceptado además a este respecto la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos (a partir de ahora, CEDH) y la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora, TEDH). En este sentido, aunque el TUE sigue manteniendo a los derechos humanos y libertades fundamentales fuera del TCE y, por consiguiente, sigue impidiendo su protección jurisdiccional por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (a partir de ahora, TJCE) (6), no hay que desdeñar la declaración programática incluida en el artículo F-2.º del TUE, dentro de su Título I («Disposiciones comunes»), que reza así:

«2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.» (7)

Por otra parte, el fundamento jurídico del estatuto de ciudadanía lo proporciona holgadamente el conjunto de derechos socio-económicos

(5) *Vid.* para los dos párrafos que siguen, MANGAS MARTÍN, *op. cit.*, págs. 25-27; y de la misma autora (ed.): *Tratado de la Unión Europea y Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1992, págs. 24-25 del «Prólogo». STEPHANOU, C. A.: «Identité et citoyenneté européennes», en *Revue du Marché Commun*, núm. 343 (Janvier 1991), 30-39, págs. 31-32 y 35-36. Y PÉREZ GONZÁLEZ, M.: «Los nuevos aspectos de la libre circulación de personas en la perspectiva de una ciudadanía europea (una visión española)», ponencia española presentada al XV Congreso de la F.I.D.E. (Lisboa, 23-26 septiembre 1992), en *Rapports pour le XV Congrès*, Lisbonne, 1992, III, 199-234, págs. 203-207.

(6) LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: «De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión», en *Gaceta Jurídica de la C.E.*, D-17 (1992), 63-99, págs. 77-79.

(7) En el Preámbulo del TUE podemos leer también lo siguiente: «CONFIRMANDO su adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho, ...».

atribuidos por el Derecho comunitario originario y derivado, que podían exigirse y venían exigiéndose por los particulares de los Estados miembros tanto frente a otros particulares como frente a las autoridades internas (principio del efecto directo del Derecho comunitario), incluso en contra de lo dispuesto en las normas internas (principio de la primacía del Derecho comunitario). Porque ya existía una relación jurídica *directa* entre los nacionales de los Estados miembros y las Comunidades Europeas, si bien dotada de un contenido funcional predominantemente económico, basada jurisprudencialmente en la *vis expansiva* del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en relación con los derechos de libre circulación y residencia, que ha ido creando y consolidando un estándar de derechos común. El TUE se limita a formalizar o institucionalizar esa previa relación aportando algunos derechos políticos significativos, con excepción tanto de la participación política en las elecciones regionales y generales como del acceso a la función pública de *imperium* o soberanía, que participa en el ejercicio del poder público e implica un poder de coerción (8), derechos que siguen negándose a los nacionales de los otros Estados miembros.

La ciudadanía de la Unión, considerada justamente como una institución principal dentro del TUE, viene a romper el vínculo de exclusividad de la relación jurídico política entre particular y Estado. Cuando entre en vigor el TUE, los nacionales de los Estados miembros mantendrán simultáneamente un doble vínculo político, uno *particular* con su Estado respectivo y otro *común* (9) con la Unión Europea, y el estatuto que da cuerpo a este último vínculo estará además garantizado jurisdiccionalmente frente a su propio Estado y a las instituciones comunitarias por el TJCE, según dispone el artículo L del TUE.

El estatuto de ciudadanía de la Unión, como nueva categoría jurídica, está ligado a la previa posesión de la nacionalidad de un Estado miembro y es inseparable de ella, ya que si se pierde dicha

(8) Para un desarrollo reciente de este tema, en relación con el acceso a la función docente universitaria, *vid.* A. BORRÁS: «Participación de nacionales de Estados miembros de la Comunidad Europea en los concursos para la provisión de plazas del profesorado universitario (a raíz de la propuesta de modificación de la Ley de Reforma Universitaria)», en *RIE*, vol. 19 (1992), 859-873, págs. 863-865. Y PÉREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*, págs. 218-219.

(9) En el Preámbulo del TUE podemos leer: «RESUELTOS a crear una ciudadanía común a los nacionales de sus países, ...».

nacionalidad se pierde también automáticamente la ciudadanía de la Unión según lo establece el artículo 8-1.º del TCE (10). Ahora bien, esta atribución automática y exclusiva de la ciudadanía de la Unión a los nacionales de los Estados miembros no conlleva eliminar o sustituir la institución clásica de la nacionalidad, porque la ciudadanía de la Unión presupone una determinada nacionalidad y coexiste tranquilamente con ella. En rigor, la ciudadanía de la Unión representa sumar al primer círculo o esfera de derechos de la nacionalidad, a disfrutar en el interior de un Estado miembro, un segundo círculo o esfera de nuevos derechos, a disfrutar en cualquier Estado miembro y que pueden invocarse —recordémoslo— ante las instituciones comunitarias, las autoridades de cualquier Estado miembro y en las relaciones con otros ciudadanos de la Unión, todo ello bajo la alta protección jurisdiccional del TJCE (11).

2. Nacionalidad y ciudadanía: una previa aclaración de términos

Hemos venido usando y superponiendo los términos de nacionalidad y ciudadanía sin proceder a una previa e imprescindible *aclaratio terminorum*. Sin duda, ambos términos se refieren a la condición o *status* del individuo en su relación con el Estado y se usan en ocasiones como sinónimos, pero no describen necesariamente una misma relación del particular con el Estado (12).

En efecto, mientras que la nacionalidad es la calidad o condición jurídica que dimana del vínculo o de la relación existente entre una

(10) Que dice así:

«1. Se crea una ciudadanía de la Unión.

Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro.»

(11) MANGAS MARTÍN, *op. cit.*, pág. 23. Así lo reafirma la «Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado de la Unión Europea», adoptada en el Consejo Europeo de Edimburgo (11-12 de diciembre de 1992).

(12) *Vid.* para lo que sigue, NACIONES UNIDAS, *Anuario Jurídico-1980*, págs. 210-213 (opinión jurídica de la Secretaría de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1980, sobre «Empleo del término “no nacionales” en la práctica internacional»).

persona y un Estado determinado (13), la ciudadanía es la categoría jurídica mediante la que se designa la pertenencia de un individuo a una comunidad política en virtud de cuyas leyes disfruta en principio de plenos derechos civiles y políticos. Puestos a concretar dichos derechos, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (14) contiene una importante disposición por su valor delimitador si no definidor, dedicada específicamente a los derechos de ciudadanía y que reza así:

«Todos los ciudadanos gozarán... sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.»

Si consideramos extranjero «a toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre», según dispone razonablemente el artículo 1 de la «Declaración sobre los derechos humanos de los

(13) *Vid. per omnia* ICJ, *Reports 1955*, pág. 23 (sentencia de 6 de abril de 1955 en el *Caso Nottebohm*), donde el Tribunal de La Haya definió así la nacionalidad: «Según la práctica de los Estados, las decisiones arbitrales y judiciales y las opiniones doctrinales, la nacionalidad es un vínculo jurídico basado en un hecho social de relación, en una efectiva solidaridad de existencia, de intereses y de sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes. Cabe decir que constituye la expresión jurídica del hecho de que el individuo al cual se confiere, sea directamente por la ley sea por un acto de autoridad, está de hecho más estrechamente vinculado a la población del Estado que le confiere la nacionalidad que a la de cualquier otro.»

(14) Adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Res. 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976. Para España entró en vigor el 27 de julio de 1977 (*BOE* de 30 de abril de 1977).

individuos que no son nacionales del país en que viven» (15), y dado que dicha «Declaración» no atribuye o reconoce esos derechos a los no nacionales, de ello se infiere que un extranjero no goza en principio, salvo acuerdo en contrario, de los derechos recogidos en el citado artículo 25 del Pacto (16).

Así pues, la ciudadanía posee principalmente una significación jurídico constitucional, *ad intra* de la propia comunidad política o estatal, mientras que la nacionalidad posee en cambio una significación jurídico internacional, *ad extra* de dicha comunidad y en sus relaciones con otras comunidades estatales; ambas categorías vienen a ser el anverso y el reverso de la condición o *status* del individuo en su relación con el Estado. Ello se traduce, respecto de la nacionalidad, de acuerdo con un conocido *dictum* del Tribunal de La Haya, en el derecho que tiene todo Estado

«a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, del que no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias. Al hacerse cargo de la causa de uno de los suyos, al poner en movimiento a su favor la acción diplomática o la acción judicial internacional, ese Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el Derecho Internacional» (17).

(15) Adoptada mediante consenso por la Asamblea General de la ONU en su Res. 40/144, de 13 de diciembre de 1985. Puede consultarse esta Declaración, junto a los instrumentos internacionales más relevantes sobre Derechos Humanos, en NACIONES UNIDAS (edición preparada por el Centro de Derechos Humanos de Ginebra), *Derechos humanos. Recopilación de instrumentos internacionales*, Nueva York, 1988, págs. 323-326. *Vid.* para la génesis e historia de dicha Declaración, NACIONES UNIDAS (edición preparada por el Centro de Derechos Humanos de Ginebra), *Actividades de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos*, Nueva York, 1992, págs. 254-255; y en particular, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1, *Disposiciones internacionales de protección de los derechos humanos de los no ciudadanos* (estudio preparado por la Baronesa Elles), Nueva York, 1980, sobre todo págs. 36-37 (párs. 249-254) y 57-58 (Anexo I).

(16) Sirvan de ejemplo a este respecto y en el mismo sentido los artículos 13-1.º y 2.º (tal como ha sido reformado para permitir el derecho de sufragio pasivo de los extranjeros en las elecciones municipales, *vid.* BOE de 28 de agosto de 1992) y 23 de la Constitución española de 1978.

(17) *Vid.* CPJI, Serie A, núm. 2, pág. 12 (sentencia de 30 de agosto de 1924 en el Caso de las Concesiones Mavrommatís en Palestina).

No obstante, es muy difícil definir los términos de *nacional, ciudadano y extranjero* en tanto que conceptos del Derecho interno sujetos a variaciones de significado en el seno de cada ordenamiento, vista la ausencia de definiciones de dichos términos en los numerosos instrumentos internacionales que se ocupan de los derechos de la persona humana, categoría dentro de la que sí podemos incluir en cualquier caso todas las ya citadas referidas al individuo o particular.

Ya sabemos que tanto el estatuto como el ejercicio de los derechos de ciudadanía de la Unión se atribuye y disfruta en virtud de la nacionalidad del particular, que debe ser forzosamente nacional de un Estado miembro según el artículo 8 del TCE. Observamos ahora que el contenido de dicho estatuto se aproxima sustancialmente, aunque no los recoja plenamente, al conjunto de derechos cuyo goce el artículo 25 del Pacto atribuye a la ciudadanía, ya que el TUE no otorga el derecho de sufragio en las elecciones regionales (autonómicas, en nuestro caso) y generales, y tampoco permite el acceso a la función pública de *imperium* o soberanía, limitaciones que mediatizan la participación del ciudadano de la Unión «en la dirección de los asuntos públicos» del Estado miembro en el cual se encuentre.

Ahora bien, por insuficiente o limitado que pueda comparativamente resultarnos el estatuto de ciudadanía de la Unión, no hay razón para negar un estimable valor jurídico formal a la nómina de derechos que contiene. Entre otras razones porque, en primer lugar, dicho estatuto forma un círculo o esfera de derechos superpuesto (si bien con un ámbito de aplicación espacial mucho más amplio) al círculo de derechos que cualquier nacional de un Estado miembro goza dentro de su respectivo territorio, y porque posee un carácter abierto, dado que el TUE admite en sus artículos B y N, en relación con el artículo 8E del TCE, un procedimiento flexible de revisión. Y en segundo lugar, porque no debe olvidarse que los ordenamientos internos prevén restricciones de ciertos derechos ciudadanos en virtud de decisiones de sus tribunales que sancionan conductas antisociales (18), por ejemplo cuando imponen penas que afectan al derecho de sufragio o de acceso a la función pública, sin que los particulares condenados en firme dejen por ello no

(18) Previstas, por cierto, en el citado artículo 25 del Pacto, que advierte que el goce de los derechos incluidos en el mismo no sufrirá «restricciones *indebidas*» (el subrayado es nuestro).

ya de ser nacionales sino también ciudadanos de ese Estado, si bien con un *status* limitado o restringido (19).

II. LA PROPUESTA ESPAÑOLA Y LOS ARTÍCULOS 8C DEL TCE Y J.6 DEL TUE

Es ya tiempo de citar textualmente los artículos principales para el objeto de nuestro trabajo. El artículo 8C del TCE reza así:

«Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Antes del 31 de diciembre de 1993, los Estados miembros establecerán entre sí las normas necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección.»

Y el artículo J.6 del TUE dice así:

«Las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros y las delegaciones de la Comisión en los terceros países y en las Conferencias internacionales, así como sus representaciones ante las organizaciones internacionales, cooperarán para garantizar el respeto y la ejecución de las posiciones comunes adoptadas por el Consejo.

Intensificarán su cooperación intercambiando información, procediendo a valoraciones comunes y contribuyendo a la ejecución de las disposiciones contempladas en el artículo 8C del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.»

(19) *Vid.* artículos 27, 35, 36, 37, 40, 41, 45, 46, 47, 54 y 97 de nuestro vigente Código Penal, que establecen y regulan como penas graves las de inhabilitación absoluta e inhabilitación especial para cargos públicos, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio.

Si repasamos las propuestas que dieron origen a estos artículos, a saber, la propuesta oficial de España «Hacia una ciudadanía europea» (octubre de 1990), y la «Propuesta de texto articulado sobre ciudadanía europea presentado por la Delegación española a la Conferencia Intergubernamental sobre Unión Política» (20 de febrero de 1991) (20), observamos lo siguiente ciñéndonos exclusivamente al objeto de nuestro estudio.

La intención de la primera propuesta española era, en principio, lograr «un mayor grado de *asistencia y protección diplomática y consular* (21), por parte de un Estado miembro a otros nacionales comunitarios, de tal manera que se vaya perfilando gradualmente una relación nueva entre la Unión Europea, como conjunto, y el ciudadano europeo en su calidad de titular de derechos derivados de su “status civitatis”...», previéndose la negociación de «*acuerdos con terceros países* (22) a estos efectos, ya que tanto los Convenios de Viena como los distintos Convenios bilaterales en la materia [se entiende que consulares] se refieren tan sólo a la protección de los propios nacionales». Se pretendía, de aceptarse la propuesta española, que el «salto cualitativo» que convertiría al nacional de cualquier Estado miembro en un ciudadano de la Unión más que en un «extranjero privilegiado», tuviera cierto reflejo en las relaciones de la Unión con el resto de sujetos del ordenamiento internacional. Pero el artículo 8 de la posterior propuesta articulada española quedó redactado, de forma poco rigurosa, como sigue:

«Todo ciudadano de la Unión goza, en el territorio de países terceros, de la protección de la Unión, así como la de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.»

Esta propuesta se alejaba sustancialmente de la primera y era mucho más arriesgada que ella por tres razones. Porque, primero, atribuía *in*

(20) *Vid.* ambas propuestas en «Documentación» de la *RIE*, vol. 18 (1991), págs. 333-338 y 405-409. Y previamente a dichas propuestas, la carta del Presidente del Gobierno español, de 4 de mayo de 1990, dirigida al Primer Ministro irlandés como Presidente en ejercicio del Consejo, en la que se aportaba al debate sobre la nueva revisión de los tratados la noción de «ciudadanía común», en *RIE*, vol. 17 (1990), págs. 780-781.

(21) Subrayado en el original.

(22) Subrayado en el original.

genere la protección a la futura Unión, debe entenderse que en cuanto ente soberano, dotado de subjetividad internacional. Es evidente, sin embargo, que la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política Europea, convocada por el Consejo Europeo celebrado en Dublín en junio de 1990 y que concluyó sus trabajos a fines de 1991, así como el propio TUE tal y como se adoptó solemnemente en Maastricht, han ido por otro camino como el propio texto del TUE prueba (23), silenciando toda referencia a la Unión como sujeto soberano y —por ende— como sujeto protector, de modo que con el TUE en la mano hoy sólo puede hablarse de la *vocación federal* de la Unión (24) y la propuesta española se nos antoja, con la perspectiva que da el tiempo transcurrido, muy voluntarista.

También, en segundo lugar, porque la propuesta española acumulaba y solapaba la protección de la Unión y de cualquier Estado miembro, despreciando el Derecho Internacional (a partir de ahora, DI) en vigor en esta materia, que como sabemos no admite la protección de más de un Estado ayudándose para ello del criterio de la nacionalidad efectiva (25). Y por último, en estrecha relación con la razón anterior, porque dicha propuesta parecía conceder al ciudadano de la Unión el derecho de solicitar la protección de cualquier embajada o consulado de un Estado miembro precindiendo incluso de los de su propio Estado. Pero lo cierto es que, obviado ya el problema de la personalidad jurídica internacional de la Unión, en el artículo 8C del TCE el derecho de protección tiene sólo naturaleza subsidiaria, es decir, se aplica en defecto de la presencia de representación del Estado nacional en un tercer país y sólo en ese caso, condicionado por tanto a este supuesto de hecho. Establecer otra cosa en el artículo 8C del TCE hubiera su-

(23) Las conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Roma (14 y 15 de diciembre de 1990) y del siguiente celebrado en Luxemburgo (28 y 29 de junio de 1991), arrojan poca luz sobre la marcha de las negociaciones, salvo en lo referido al consenso básico alcanzado sobre la iniciativa española. En las conclusiones del de Roma, sólo se incluye como uno de los derechos que podrían dar contenido al concepto de «ciudadanía europea» la «protección conjunta de los ciudadanos de la *Comunidad* fuera de sus fronteras»; y en las conclusiones del de Luxemburgo, el Consejo se limita a subrayar «la importancia de la institución de una ciudadanía de la *Unión* como elemento fundamental de la construcción europea»: *vid.* «Documentación» en *RIE*, vol. 18 (1991), págs. 387 y 1064 (el subrayado en citas es nuestro).

(24) MANGAS MARTÍN, A.: «El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general», en *Gaceta Jurídica de la C.E.*, D-17 (1992), 13-62, págs. 24-30.

(25) *Vid. supra* nota 13.

puesto impugnar de raíz los fundamentos del DI de la protección diplomática, que gira en torno a la naturaleza interestatal del derecho de protección (es una facultad del Estado, no del particular), su carácter discrecional (el Estado lo otorga o deniega discrecionalmente), y la inexcusable condición de la nacionalidad de la reclamación (el particular al que se protege debe ser nacional del Estado que ejerce el derecho de protección).

En el texto del artículo 8C del TCE sí se mantiene, en cambio, la fórmula «en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado», ya empleada en la propuesta articulada española. Entendemos que la protección de los nacionales de otros Estados miembros debe hacerse de acuerdo con los preceptos constitucionales y legislativos así como con la práctica diplomática y consular de cada Estado miembro (26), evitando por supuesto cualquier discriminación (27).

Pero antes de entrar a analizar con detenimiento y calificar los artículos 8C del TCE y J.6 del TUE, convendrá que repasemos brevemente el concepto, la naturaleza jurídica y los modos de ejercicio del derecho de la protección diplomática.

III. RÉGIMEN GENERAL DEL DERECHO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

1. *El estándar único de trato*

Una cuestión siempre previa al estudio de la institución de la protección diplomática es, sin duda, la determinación de los derechos de

(26) Podría plantear algún problema el artículo 14 de la Constitución portuguesa de 1976, que establece la obligatoriedad de la protección diplomática, precepto excepcional en las constituciones de los doce Estados miembros de la Unión: «Los ciudadanos portugueses que se encuentren o residan en el extranjero gozan de la protección del Estado para el ejercicio de los derechos y están sujetos a los derechos que no sean incompatibles con la ausencia del país.» Pero por razones que no hace al caso adelantar y que expondremos *infra*, esta peculiaridad constitucional no influye de ninguna manera en la regulación del derecho de protección diplomática y consular establecido en el TUE.

(27) El primer párrafo del artículo 6 del TCE (ubicado en su Primera Parte dedicada a los «Principios»), que recoge textualmente el primer párrafo del antiguo artículo 7 del TCEE, reza así: «En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.»

los extranjeros que pueden ser objeto de dicha protección. Con independencia de los derechos establecidos a su favor en tratados internacionales, interesa saber si el DI general contiene reglas sobre el trato debido a los extranjeros. A este respecto, hay que recordar que la jurisprudencia, los tratados y la doctrina internacional han reiterado la existencia de un estándar único de trato en favor de los extranjeros (28).

Hoy día, el inventario de normas consuetudinarias y convencionales en vigor dedicadas a la protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona es abrumador. Baste recordar, para una *situación de paz*, los artículos 3 a 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (29); el preámbulo y los artículos 5 a 8 de la Declaración sobre los derechos humanos de las personas que no poseen la nacionalidad del país donde viven, ya citada; y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya citado. Para una *situación de conflicto interno* (30), el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre Derecho Humanitario,

(28) *Vid. per omnia* DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, t. I, 9.ª ed., Madrid, 1991, págs. 523-525. Y siguiéndolo, PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 4.ª ed., Madrid, 1992, págs. 254-255. Por la doctrina extranjera, SHAW, M. N.: *International Law*, 3rd ed., Cambridge, 1991, págs. 512-514.

(29) Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su Res. 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

(30) *Vid. para esta noción*, JIMÉNEZ PIERNAS, C.: «La protección de trabajadores y cooperantes extranjeros en situaciones de conflicto interno, con especial referencia a la toma de rehenes», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 110 (marzo-abril 1991), 153-186, págs. 154-163, de donde extraemos la cita: «... la categoría genérica de *conflicto interno* se define por dos elementos, a saber, la existencia de una situación objetivo de violencia y hostilidades, localizada sobre el territorio de un solo Estado. La situación de *conflicto interno* puede comprender desde simples crisis de actos no organizados, esporádicos y aislados de violencia, resueltos mediante la aplicación de las leyes penales ordinarias, en tanto que conflictos internos de *indole menor* (caso de coyunturales desórdenes, disturbios, revueltas, motines y linchamientos), hasta fenómenos de hostilidad organizados, intensos y duraderos que requieren comúnmente el empleo de las fuerzas armadas, y no sólo de fuerzas policiales, en tanto que elementos materiales constitutivos de un *conflicto armado sin carácter internacional* o de *indole mayor* (la clásica *guerra civil*) por oposición al anterior, como es el caso de los movimientos de rebelión dotados de cierto aparato burocrático y organización militar y con un control efectivo de parte del territorio del Estado, que surgen con el objetivo de derribar a un gobierno o régimen político determinado o de obtener la secesión de una parte del Estado.»

que desde su entrada en vigor el 21 de octubre de 1950 hasta hoy han alcanzado una aceptación prácticamente universal, y el Protocolo adicional II de 1977 a dichos Convenios, en vigor desde el 7 de diciembre de 1978. Además de otros Convenios reguladores de aspectos específicos, como el de 1979 contra la toma de rehenes, aprobado mediante consenso por la Resolución 34/146 de la Asamblea General de la ONU, del 17 de diciembre de 1979, en vigor desde el 3 de junio de 1983 (en particular, sus artículos 1, 12 y 13); o el Convenio de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aprobado mediante consenso por la Resolución 39/46 de la Asamblea General de la ONU, del 10 de diciembre de 1984, en vigor desde el 26 de junio de 1987 (en particular, sus artículos 1-1.º y 16-1.º para la definición de los tipos, y 2-2.º para su aplicación en *situaciones de conflicto interno*).

Todo este conjunto de normas nos permite afirmar que se ha avanzado mucho en la protección general de un mínimo de derechos fundamentales de la persona con independencia de su procedencia nacional, porque prohíben taxativa y complementariamente, ya en tiempo de *paz* o de *conflicto interno*, ciertos actos contra la misma, sobre todo cualquier atentado contra su vida, libertad y seguridad personal, así como contra su integridad física y moral, y garantizan, además, el derecho a la justicia. Es cierto que, durante un *conflicto interno*, es posible la derogación circunstancial de normas tan esenciales como las que protegen los derechos a la libertad y seguridad personal y a una recta administración de la justicia, pero dicha derogación queda en todo caso condicionada a un trato humanitario mínimo exigido por el tan citado artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, independientemente de que dicho *conflicto interno* esté o no formalmente sujeto al marco legal de un estado de excepción o de sitio.

Ha habido, pues, un proceso de acercamiento o interacción sobre todo declarativo entre el tradicional DI consuetudinario en materia de extranjería y el desarrollo contemporáneo de un DI eminentemente convencional en materia de Derechos Humanos. Tal interacción ha permitido alumbrar la síntesis de un *consensus* sobre el contenido sustantivo de un estándar único de protección del particular, nacional o extranjero, tanto en tiempo de *paz* como de *conflicto interno*, en torno a un conjunto de derechos y libertades ya citados *supra* cuyo respeto parece estar bien establecido consuetudinaria y convencionalmente en el DI, a saber, el derecho a la vida, a la libertad y seguridad personal,

a la integridad física y moral, y el derecho a la justicia. Se trata de un catálogo mínimo de derechos y libertades formalmente exigibles *erga omnes* y en parte inderogables incluso en situaciones de *conflicto interno*, válidos por encima de cualquier particularismo cultural (31).

En cuanto a los Estados miembros de la CE, es evidente que todos ellos aceptan y reconocen homogéneamente el estándar único de trato hoy vigente en el DI, y sostienen una posición común en materia de extranjería, como lo prueba el dato ya adelantado en la Introducción de que todos sean parte en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, y hayan también aceptado la competencia de la CEDH y la jurisdicción del TEDH (32). Por tanto, no cabe prever *a priori* divergencias sustantivas en el trato debido a los ciudadanos de la Unión que pueda exigirse por parte de cualquier Estado miembro de la CE frente al resto de sujetos del ordenamiento internacional. El único problema, sin duda menor, que se suscita es el de las distintas sensibilidades con que dicho estándar pueda interpretarse y exigirse por parte de los agentes diplomáticos y consulares y de los órganos centrales de la Administración de cada Estado miembro, conforme a sus propias tradiciones constitucionales y práctica diplomática y consular. De ahí y entre otras razones la obligación, impuesta por el artículo 8C del TCE, de que los Estados miembros establezcan *entre sí* las normas necesarias antes del 31 de diciembre de 1993 para hacer virtual el derecho de protección en él contenido.

2. *Concepto, naturaleza y modos de ejercicio de la protección diplomática*

Tanto el artículo 3-1.º, b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, adoptada y abierta a la firma el 18 de abril de

(31) JIMÉNEZ PIERNAS, C.: «El particular ante el derecho de la responsabilidad internacional: los problemas previos del *standard* mínimo y la protección diplomática», en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1987*, 65-116, págs. 74-85.

(32) TORRES UGENA, N. (ed.): *Textos normativos de Derecho Internacional Público*, 3.ª ed., Madrid, 1992, págs. 551 y 563. Cf. los derechos y libertades del estándar único de trato citados *supra* con los artículos 2 a 8 del Convenio Europeo para apreciar la semejanza de sus contenidos. Bien entendido que la política de asilo e inmigración de la Unión se aplicará también «en el respeto del» citado Convenio Europeo (cf. artículos K.1 y K.2 —cita— del TUE).

1961 y en vigor desde el 24 de abril de 1964 (33), como el artículo 5, a) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, adoptada y abierta a la firma el 24 de abril de 1963 y en vigor desde el 19 de marzo de 1967 (34), sin olvidar el artículo 10 de la «Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven» (35), ya citada, reconocen al personal diplomático y consular de los Estados la función de proteger en el Estado receptor los intereses de sus nacionales dentro de los límites permitidos por el DI, es decir conforme al DI.

Es sabido que la protección diplomática y consular se ejerce en favor tanto de las personas físicas como jurídicas, tal y como expresamente lo reconoce la Convención sobre Relaciones Consulares de 1963 y la jurisprudencia internacional (36). Dado que el estatuto de ciudadanía de la Unión excluye por definición a las personas jurídicas, no nos ocuparemos en este trabajo de las peculiaridades de su protección, concentrando nuestro análisis en la regulación de la protección de las personas físicas, esto es, de los ciudadanos de la Unión. Debe quedar claro, además, interpretando rectamente los artículos recién citados, que la protección diplomática la ejercen los gobiernos y la llevan a cabo, en su caso, dentro de los límites que alcanzan sus competencias como funcionarios de la Administración en el exterior, los agentes diplomáticos. Estos se limitan a informar a su gobierno sobre el asunto de que se trate, a recibir instrucciones y a ejecutarlas con la diligencia debida. De la protección consular nos ocuparemos *infra* (37).

(33) Que reza así: «Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en: ...b) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional.»

(34) Que reza así: «Las funciones consulares consistirán en: a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas dentro de los límites permitidos por el derecho internacional.»

(35) Que reza así: «Todo extranjero tendrá libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado de que sea nacional o, en su defecto, con el consulado o la misión diplomática de cualquier otro Estado al que se haya confiado la protección en el Estado en que resida de los intereses del Estado del que sea nacional.»

(36) *Vid. per omnia* CIJ, *Recueil* 1970, pág. 42 (sentencia de 5 de febrero de 1970 en el *Caso Barcelona Traction*).

(37) En el epígrafe IV, 4.

El régimen común de la protección diplomática (38) pone de relieve la precaria situación del individuo en el DI, ya «que la defensa de sus derechos e intereses está mediatizada por la acción soberana del Estado de su nacionalidad». En efecto, el derecho de la protección diplomática es una facultad del Estado (39), que la ejerce con carácter discrecional (40) salvo que el ordenamiento interno respectivo establezca otra cosa, disponiendo también a su arbitrio de la reparación en su caso obtenida, puesto que «puede renunciar a ella, transigir sobre la misma e incluso beneficiarse directamente» (41) ante el silencio a este respecto del DI, que se desentiende del destino final de la reparación incluso cuando se obtenga por daños causados a particulares.

Por otra parte, la pluralidad de significados que puede encerrar la expresión protección diplomática «hace que deba adoptarse una especial cautela al estudiar la práctica diplomática en esta materia. Actuaciones de los Estados realizadas *en el sentido más general y amplio [lato sensu]* de la protección diplomática no pueden interpretarse como precedentes en favor de las normas internacionales que contemplan la pro-

(38) *Vid.* para este párrafo PASTOR RIDRUEJO, *op. cit.*, págs. 263-264, citas en pág. 264.

(39) «... el derecho que tiene [frente al resto de Estados] a hacer respetar en la persona de sus súbditos el Derecho Internacional»: *cf. supra* nota 17 y texto al que se refiere.

(40) Esto con independencia de que, como sucede en nuestro ordenamiento interno, la Administración pueda responder patrimonialmente de los perjuicios causados al particular por la falta de ejercicio o por el ejercicio inadecuado de la protección diplomática *lato sensu*, es decir, por su inactividad o ineficacia: *vid.* para una amplia exposición de este tema en nuestro ordenamiento, DÍAZ BARRADO, C. M.: «Protección de españoles en el extranjero. Práctica constitucional», en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1992*, trabajo aún no publicado y amablemente cedido por el autor; la jurisprudencia comentada en PASTOR RIDRUEJO, *op. cit.*, págs. 265-266; así como los artículos 139 y ss. de la nueva Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre de 1992).

(41) También puede *anticipar* o *adelantar* la percepción de la reparación, como ha hecho el Gobierno español con la compensación global finalmente acordada con el Gobierno cubano para indemnizar por los bienes de españoles afectados por las leyes, disposiciones y medidas dictadas por dicho gobierno a partir del 1 de enero de 1959. La cantidad neta estipulada en el correspondiente Convenio (citado *infra* en nota 50), 5.416 millones de pesetas, será satisfecha por el Gobierno cubano en efectivo y en especie en cómodos plazos, de ahí la conveniencia del anticipo: *vid.* artículo II del Convenio, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 53.073, de 27 de abril de 1989, la Ley 19/1990, de 17 de diciembre (BOE de 18 de diciembre de 1990), y el Real Decreto 324/1991, de 15 de marzo (BOE de 16 de marzo de 1991).

tección diplomática entendida *en un sentido formal y estricto* [*stricto sensu*» (42). Cuando hacemos referencia en este trabajo a la institución de la protección diplomática, empleamos esta expresión *en su sentido formal y estricto*, contemplando sólo «los casos en que un Estado presenta una reclamación ante otro Estado por el trato internacionalmente ilícito de que puedan haber sido objeto sus nacionales», y en la que se alega la responsabilidad internacional del Estado ante el que se reclama por la comisión de un hecho ilícito internacional, siendo los métodos habituales reconocidos por el DI para establecer, presentar y arreglar una reclamación «la protestation, la demande d'enquête, la négociation et la demande de soumettre l'affaire à un tribunal arbitral ou à la Cour, dans la mesure où son Statut le permet» (43).

La protección diplomática *stricto sensu* se supone cuando median al respecto obligaciones jurídicas consuetudinarias o convencionales que vinculan entre sí al Estado reclamante y al reclamado, y que pueden presentarse bajo apariencias diversas. Aunque es siempre discrecional, según ya hemos comentado, se encuentra a veces reglada en todo lo demás, y suele ejercerse comúnmente en favor de sus nacionales por los Estados de tradición democrática siempre que no se trate de problemas nimios y se cumplan las condiciones o requisitos exigidos por el DI para legitimar su ejercicio (44).

Por otra parte, es frecuente que en las manifestaciones en que se sustancia la protección de los nacionales en otro Estado se combinen y confundan las gestiones y acciones *de naturaleza diplomática* con la asistencia y acciones *de naturaleza consular*. Por citar un ejemplo fácil, a los presos españoles que cumplían condena en cárceles tailandesas se les facilitaba alimentos, ropa, medicamentos y artículos para su higiene personal en una manifestación típica de la asistencia —ni siquiera

(42) DÍEZ DE VELASCO, M.: «Reflexiones sobre la protección diplomática», en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor don Antonio Truyol Serra*, 2 vols., Madrid, 1986, vol. I, 377-391, págs. 383-385 (cita en págs. 384 *in fine*-385). El subrayado es nuestro.

(43) *Ibid.*, págs. 384 (para la primera cita) y 385 (para la segunda, donde se cita el Dictamen de 11 de abril de 1949 sobre *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, en ICJ, *Reports 1949*, pág. 177). Y GARCÍA AMADOR, F. V.: *The Changing Law of International Claims*, 2 vols., Dobbs Ferry (New York), 1984, vol. I, págs. 77-80.

(44) *Vid. e.g.* «Pratique suisse», en *ASDI*, vol. XXXVI (1980), pág. 189. Y «U. K. Materials», en *BYBIL*, vol. LIV (1983), págs. 520-523.

protección— consular; al mismo tiempo, se realizaban intensas gestiones diplomáticas —en absoluto equiparables a la protección diplomática *stricto sensu*— que culminaron en la adopción de un acuerdo bilateral hispano-tailandés sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias penales (45), que permitió que esos compatriotas cumplieran el resto de sus condenas en cárceles españolas. Puede afirmarse, sin duda, que en este asunto se ha llevado a cabo una protección coordinada y satisfactoria de los intereses de un grupo de nacionales españoles tanto en el ámbito consular como en el diplomático, pero no ha habido en rigor ni protección consular ni protección diplomática *stricto sensu*.

Conviene, pues, delimitar y distinguir bien todas estas actividades o manifestaciones de la acción exterior del Estado en la materia que nos ocupa, a fin de determinar con precisión la naturaleza jurídica de las muy diferentes medidas que adopte un Estado para proteger *in genere* a sus nacionales en el extranjero. Pero partimos del hecho que la protección diplomática *stricto sensu* se sustancia mediante la presentación de una reclamación formal frente al Estado presunto autor de la violación ya de una norma consuetudinaria en materia de extranjería ya de una norma convencional en la misma materia, incluida en algún convenio bilateral o multilateral en vigor tanto para el Estado reclamante como para el Estado reclamado, si la violación afecta a la persona de uno de los nacionales del Estado que reclama.

Antes de que dicha reclamación se produzca, el asunto suele pasar, y es muy conveniente que así ocurra, por una *etapa o fase previa* a la que llenan de contenido un conjunto de acciones diplomáticas, de gestiones y negociaciones diversas, encaminadas a satisfacer amigablemente las pretensiones formuladas por un Estado en favor de sus nacionales. Esta etapa conforma una protección diplomática *lato sensu*, habitualmente duradera y previa a la posible presentación en su caso de una reclamación formal si se fracasa en la satisfacción amigable de la pretensión. A veces, esta etapa o fase culmina con la adopción de un convenio internacional, por ejemplo un *acuerdo de compensación global*. Pues bien, el carácter formal, para más detalle convencional, que en este caso posea la solución de la protección diplomática *lato sensu* no acarrea en absoluto la modificación de la naturaleza jurídica de dicha

(45) Hecho en Bangkok el 7 de diciembre de 1983 (BOE de 10 de diciembre de 1987).

protección, que no es equiparable a la protección diplomática *stricto sensu*.

Para determinar, por seguir con el ejemplo, cuándo un *acuerdo de compensación global* cristaliza felizmente el ejercicio de una protección diplomática *stricto sensu*, hay que estar por supuesto a la letra del acuerdo; si de la misma no se desprendiera ninguna aclaración al respecto, adviértase primero que si el acuerdo versa sobre compensación por nacionalizaciones, éstas se admiten ya por el DI y no hay por tanto ilícito previo que justifique la presentación de una reclamación formal en el ejercicio de la protección diplomática *stricto sensu*, salvo que no se satisfaga en opinión del Estado que reclama la compensación parcial debida conforme al DI (46). En fin, si ha mediado una reclamación formal y hay un nexo causal entre la misma y el acuerdo de compensación, estaremos en presencia de una protección diplomática *stricto sensu*, resuelta por la vía del acuerdo o convenio. Si no ha mediado una reclamación formal, estaremos en presencia de una protección diplomática *lato sensu* a falta del cumplimiento del requisito formal de la presentación de una reclamación en regla (47).

Así se desprende, en lo que se refiere a la práctica española, de los Preámbulos y articulado de los Convenios de compensación global suscritos por España con Marruecos, el 8 de noviembre de 1979 (48), con Egipto, el 14 de abril de 1982 (49), y con Cuba, el 16 de noviembre

(46) Cf. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «El enriquecimiento sin causa como fundamento de responsabilidad internacional», en *REDI*, vol. XXXIV (1982), 379-397, págs. 392-394. Y «Práctica española de Derecho Internacional Público», en *REDI*, vol. XLI (1989), págs. 194-195, respecto al Convenio con Cuba citado *infra*.

(47) No olvidemos, por otro lado, que esos acuerdos de compensación global tienen un carácter cerrado y están muy mediatizados por factores extrajurídicos: *vid.* LILLICH, R. B., y WESTON, B. H.: *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*, 2 ts., Charlottesville, 1975, t. I, *passim*, en particular Preámbulo de W. W. BISHOP Jr. (págs. XI-XII), y págs. 3-4 y 260-263, además de los Caps. II, III y IV (para el conocimiento de las normas sustantivas que afectan y regulan los derechos económicos de los extranjeros, de acuerdo con el conjunto de estos acuerdos globales); y para la práctica europea más reciente, otra vez LILLICH, R. B., y WESTON, B. H.: *International Claims. Contemporary European Practice*, Charlottesville, 1982, *passim*, en particular la Introducción (págs. 1-13), donde ambos autores resumen la práctica austríaca, belga, italiana y suiza confirmando la relevancia de este tipo de acuerdos globales.

(48) *BOE* de 11 de octubre de 1985. Y «Práctica española de Derecho Internacional Público», en *REDI*, vol. XLI (1989), págs. 566-568.

(49) *BOE* de 22 de junio de 1984.

de 1986 (50), que versan sobre indemnizaciones por nacionalizaciones que no son ya contrarias al DI, así como de los propios dictámenes no vinculantes del Consejo de Estado a este respecto.

En efecto, en esos dictámenes no se distingue y matiza entre la protección diplomática *lato sensu* y la protección diplomática *stricto sensu* cuando afirman que dichos Convenios constituyen *in genere* casos de ejercicio del derecho de protección diplomática (51). En buena prueba de lo que afirmamos y para apreciar el uso indiscriminado y nada matizado de estas nociones hecho por el Consejo de Estado, en otra ocasión este órgano entiende que «en buenos principios, la protección exterior española ha comenzado ya», tras recordar la mera asistencia consular llevada diligentemente a cabo por el Cónsul General de España en Ginebra en favor de determinados ciudadanos españoles al atenderles, aconsejarles e invitarles a la interposición de todos los recursos internos suizos para la mejor defensa de sus derechos (52).

Por otra parte, los dictámenes referidos a los acuerdos globales de compensación se han solicitado en virtud del artículo 22-1.º de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (53), que exige la previa consulta a la Comisión Permanente del Consejo de Estado «sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado» en todos los tra-

(50) *BOE* de 18 de marzo de 1988.

(51) *Vid.* Dictamen núm. 42.984, de 30 de octubre de 1980, donde podemos leer: «La materia del Convenio constituye un típico caso de ejercicio de la protección diplomática por apropiación de bienes de súbditos nacionales situados en país extranjero, en que se llega a una cifra global de indemnización para su ulterior distribución por el Estado reclamante entre sus súbditos perjudicados.» Y Dictamen núm. 53.073, ya citado *supra* en nota 41, donde podemos leer: «El Anteproyecto [de ley sometido a consulta del Consejo de Estado, cuyo fin era regular el anticipo por parte del Gobierno español de la indemnización global obtenida de Cuba] consultado responde a este objetivo, pues se trata de la anticipación y destino de las indemnizaciones obtenidas del Gobierno de Cuba, mediante el ejercicio del derecho de España a la protección diplomática de sus ciudadanos» (consideración 1.º)... «Parece conveniente, a juicio del Consejo de Estado, comenzar la consideración sobre el indicado Anteproyecto, con una distinción entre el plano internacional y el plano interno. El plano internacional en cuanto a la significación y régimen de la protección diplomática, en este caso, mediante negociaciones, que han quedado fijadas, en su sentido y alcance, primero en el Acuerdo Preliminar...» (consideración 2.º).

(52) *Vid.* Dictamen núm. 54.274, de 10 de abril de 1990, consideración 4.ª

(53) *BOE* de 25 de abril de 1980.

tados internacionales celebrados por España (54). No se ha recurrido en estos supuestos al artículo 21-5.º, que exige la previa consulta al Pleno de este supremo órgano consultivo del Gobierno en caso de «reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional», texto que sí explicita la forma que hemos convenido en calificar como protección diplomática *stricto sensu*, para cuyo ejercicio se obliga con buen criterio a la previa consulta del Pleno del Consejo de Estado, vinculándola por si hubiera dudas acerca de su rango formal con otros asuntos que posean el carácter de una controversia jurídica internacional (55).

Por último, la inclusión de una cláusula común en todos esos acuerdos por la que el Gobierno español se compromete a no presentar ni mantener reclamaciones de sus nacionales (personas físicas y jurídicas) ante el otro Gobierno o ante una instancia arbitral o judicial, relativas a los bienes, derechos, acciones e intereses objeto del correspondiente Convenio, sólo demuestra que el tema del ejercicio de la protección diplomática *stricto sensu* queda fuera de la solución convencional amistosa del cumplimiento de la obligación de compensar parcialmente a los extranjeros por la nacionalización de sus bienes, concretada en el arbitrio de una cantidad a tanto alzado que luego el Gobierno se ha encargado de repartir entre los afectados (56).

Sólo queda añadir que la decisión política de ejercer la protección diplomática *stricto sensu*, de presentar una reclamación formal o en regla, se toma siempre por los órganos centrales de la Administración del Estado. En España, compete al Ministerio de Asuntos Exteriores, «de conformidad con las directrices del Gobierno y en aplicación del principio de unidad de acción en el exterior», la función de «defender y fomentar los intereses españoles en el exterior y llevar a cabo una adecuada y eficaz política de protección de ciudadanos españoles en

(54) *Vid.* Dictamen núm. 42.984, ya citado, sobre el Convenio con Marruecos. El Dictamen núm. 44.567, sobre el Convenio con Egipto. Y el Dictamen núm. 50.083, de 19 de febrero de 1987, sobre el Convenio con Cuba.

(55) *Vid.* Dictámenes núm. 54.274, ya citado, en el Asunto Claudia Continente, y núm. 55.426, de 16 de mayo de 1991, en el Asunto Gabriel Condomines, donde sí se ha consultado al Pleno del Consejo de Estado en aplicación del artículo 21-5.º de su Ley Orgánica.

(56) *Vid. e.g.* los artículos I y V del Convenio con Cuba, ya citado.

el extranjero» (57). Todo ello con independencia de las condiciones o requisitos a que el DI somete el ejercicio de dicha protección, que deben cumplirse para que ésta sea conforme al DI, pero cuyo estudio no hace al caso por razones que en seguida veremos.

IV. RELEVANCIA JURÍDICA INTERNACIONAL DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y CONSULAR PREVISTA EN EL TUE

1. *Ausencia de un derecho de protección diplomática "stricto sensu"*

Sin duda, el tenor literal de los artículos 8C del TCE y J.6 del TUE es ambiguo y oscuro. El profesor Liñán Nogueras ha afirmado que «este derecho... tal como ha sido concebido es una respuesta *insuficiente* y cargada de incógnitas en cuanto a su aplicación plena», y que «... el artículo [8C] siembra demasiadas incógnitas que van desde el alcance en que se puede concebir la protección hasta, lo que me parece decisivo, las divergencias de concepción de la misma en los propios Estados miembros...» (58). El profesor Díaz Barrado se apoya en el trabajo del profesor Liñán Nogueras para abrir un compás de espera: «tendremos que esperar al contenido de esos eventuales acuerdos con terceros Estados para descubrir el pleno alcance y significado de la protección [arbitrada en el TUE]» (59). La profesora Mangas Martín concluye por considerarlo un derecho condicionado a la buena voluntad de los Estados terceros para celebrar convenios con los Estados miembros a fin de asegurar su aplicación (60). Por nuestra parte, entendemos que para avanzar en el análisis del contenido de dichos artículos es necesario plantearse su correcta interpretación desde la misma raíz, sin dar ninguna hipótesis por supuesta ni tampoco ningún problema por resuelto.

En otros términos, ¿se establece realmente en el TUE el derecho de protección diplomática *stricto sensu*? ¿Se prevé realmente en el TUE la celebración de acuerdos con terceros Estados para hacer virtual dicho derecho?

Ya hemos visto que los Convenios de Viena de 1961 sobre Relaciones

(57) *Vid.* artículo 1.-1 del Real Decreto 1485/1985, de 28 de agosto, sobre estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores, en *BOE* de 29 de agosto de 1985.

(58) *Loc. cit.*, págs. 93 (para la primera cita) y 94 (para la segunda).

(59) *Loc. cit.* (*vid. supra* nota 40).

(60) *Op. cit.*, págs. 49-51.

Diplomáticas y de 1963 sobre Relaciones Consulares reconocen al personal diplomático y consular la función de proteger los intereses de sus nacionales en el Estado ante el que están acreditados, negándoles no obstante cualquier protagonismo en la decisión política de ejercer la protección diplomática *stricto sensu*, que es competencia del Estado mediando la decisión de sus órganos de poder centrales. De hecho, bastantes asuntos en esta materia no llegan a esos órganos de poder a través de las Embajadas ni se gestionan en ellas, sino que se presentan ante el Ministerio competente y se llevan desde el mismo (61).

Por tanto, a la fórmula acuñada en el artículo 8C del TCE («podrá acogerse... a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares») no puede atribuírsele el mismo significado jurídico formal que al de la fórmula en nuestra opinión correcta («podrá acogerse... a la protección diplomática y consular de cualquier Estado miembro»), porque la diferencia entre una y otra fórmula no es baladí. Como es fácil apreciar, tanto la Comisión como la Conferencia Intergubernamental y el propio Consejo en Maastricht convinieron en revisar y restringir sustancialmente la ambiciosa y poco rigurosa propuesta española, pero en lugar de sustituir sencillamente la «protección de la Unión» (de la propuesta española) por la «protección de cualquier Estado miembro», optaron por una fórmula muy laxa y vaga («la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro»), de cuyo tenor literal no podemos inferir la institucionalización de un derecho de protección diplomática *stricto sensu*, de acuerdo con el significado que venimos dando a dicho derecho.

También ha desaparecido del artículo 8C del TCE cualquier referencia a la celebración de acuerdos con terceros países de los que se hablaba en la primera propuesta española. El artículo 8C se limita a

(61) Así ha sucedido, por ejemplo, en el Asunto J. A. Rodríguez, fotógrafo español muerto a consecuencia de los disparos efectuados por soldados norteamericanos el 21 de diciembre de 1989 en Ciudad de Panamá, durante la intervención militar estadounidense en ese Estado, cuya protección diplomática *stricto sensu* ha decidido ejercer el Gobierno español, tramitándose la correspondiente reclamación desde el Ministerio de Asuntos Exteriores con la lógica colaboración de nuestra Embajada en Washington: «Práctica española de Derecho Internacional Público», en *REDI*, vol. XLII (1990), págs. 523-524; y vol. XLIV (1992), pág. 118. Todo ello con independencia del juicio que merezca técnicamente la decisión del Gobierno español, en cierto modo apuntado en la pág. 523 citada.

predecir que se «entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección». Como en la fórmula anterior, no debemos confundir negociaciones con acuerdos, las negociaciones no son acuerdos ni tienen porqué conducir a ellos. Por otra parte, si, como defendemos, el artículo 8C no establece un derecho de protección diplomática *stricto sensu*, en principio tampoco hay necesidad de celebrar acuerdos con terceros Estados para salvar el escollo del incumplimiento del requisito del vínculo de la nacionalidad entre el Estado miembro que protege y el ciudadano de la Unión protegido, e impedir así la excepción de la nacionalidad de la reclamación que seguramente alegaría el Estado reclamado.

Ahora bien, si el artículo 8C no establece un derecho de protección diplomática *stricto sensu*, ¿qué significado guardan «las negociaciones internacionales para garantizar dicha protección» a las que alude? En nuestra opinión, ello sólo puede explicarse por el interés de los Estados miembros de la futura Unión en lograr algún *modus vivendi* que permita a los ciudadanos de la Unión que se encuentren en una situación donde se cumpla el supuesto de hecho previsto en el artículo 8C del TCE (ausencia de representación de su Estado nacional en un tercer Estado), recibir subsidiariamente asistencia o protección *lato sensu* por parte de los agentes diplomáticos de cualquier otro Estado miembro de la Unión con representación en ese tercer Estado; el ciudadano de la Unión se beneficiaría así de una interpretación extensiva de lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del Convenio de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas en materia de protección de intereses de un tercer Estado que no mantiene o rompe relaciones con el Estado receptor. Al comprender dicha asistencia o protección *lato sensu* sólo la etapa o fase previa a la reclamación formal, donde se desarrollan toda suerte de gestiones y negociaciones encaminadas a proteger amistosamente y de la mejor forma posible los intereses de los ciudadanos de la Unión, cabe pensar que los terceros Estados asuman sin grandes dificultades un *modus vivendi*, un arreglo informal que no comprometa su posición futura a este respecto, por el que *se prescinda excepcionalmente y sólo a los efectos de dicha asistencia o protección lato sensu* de la exigencia del vínculo de la nacionalidad para atender esta forma previa y laxa de protección en favor de ciudadanos de la Unión por parte de cualquier Estado miembro que no sea el Estado del que es nacional.

Al no formalizarse la concesión o facilidad que se pretende sin duda

pedir a los terceros Estados para hacer posible el ejercicio de esa asistencia o protección *lato sensu*, y visto que no alcanza al derecho de protección *stricto sensu*, es factible que los terceros Estados puedan mostrarse flexibles al respecto. En este sentido, habría sido conveniente mantener el término «asistencia», incluido en la primera propuesta española. Una redacción del siguiente tenor, «...podrá acogerse... a la asistencia y protección de sus intereses por parte de las autoridades diplomáticas y consulares de...», habría sido mucho más esclarecedora de las verdaderas intenciones de las partes al adoptar el artículo 8C del TCE.

De este modo, obviamos también el problema que podría plantear el artículo 14 de la Constitución portuguesa de 1976, que obliga al Estado a proteger a los ciudadanos portugueses en el extranjero (62). Si interpretamos, como hemos propuesto, que el artículo 8C del TCE no establece un derecho de protección diplomática *stricto sensu*, sino sólo *lato sensu*, y que la cláusula constitucional que nos ocupa hace otro tanto, habría una concordancia plena entre ambos preceptos y no generaría ninguna dificultad o carga añadida para el Gobierno portugués la exigencia del artículo 8C de que dicha protección se disfrute «en las mismas condiciones que los nacionales...», aplicando al caso el principio de igualdad de trato o de no discriminación. Si consideramos, en cambio, que la Constitución portuguesa establece un derecho de protección diplomática *stricto sensu*, dado que el artículo 8C del TCE sólo comprende una protección *lato sensu*, es obvio que la obligación incluida en el citado precepto constitucional quedaría en cualquier caso fuera del alcance o ámbito del artículo 8C y su aplicación tampoco crearía ningún inconveniente al Gobierno portugués.

Por otra parte, la interpretación que venimos proponiendo del artículo 8C del TCE tampoco cuestiona el carácter discrecional de la protección diplomática *stricto sensu*, de forma que el TUE no introduce ninguna perturbación a este respecto en el régimen general del derecho de la protección diplomática. Visto que el artículo 8C del TCE obliga exclusivamente a la protección *lato sensu* y sólo a ella, asumir tal obligación no debe comprometer la política exterior de ningún Estado miembro de la Unión ya que dicha protección se manifiesta por vías amistosas y previas a cualquier reclamación formal que dé origen a una controversia internacional.

(62) *Vid. supra* nota 26.

Subrayemos, por último, que de la misma manera que varios de los derechos consagrados políticamente en el estatuto de ciudadanía de la Unión se venían ya disfrutando por los ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas gracias a una arraigada práctica de las instituciones y al desarrollo del Derecho originario (caso del derecho de libre circulación y residencia) (63), el derecho de protección del artículo 8C no se configura *ex novo*, sino en virtud de una determinada práctica de los Estados miembros de las Comunidades Europeas muy anterior incluso a la que se ha venido gestando en el ámbito de la Cooperación Política Europea (a partir de ahora, CPE) tal y como la regula el artículo 30 del Acta Unica Europea (64), y que será objeto de estudio en el epígrafe siguiente. A nuestro entender, el artículo 8C sólo pretende en rigor *constitucionalizar formalmente y fortalecer políticamente* dicha práctica.

2. *Práctica de los Estados miembros sobre asistencia y protección de individuos que no son nacionales*

Veamos en qué ha consistido la práctica a la que acabamos de referirnos, porque nos ayudará mucho a interpretar correctamente el contenido y alcance del artículo 8C del TCE (65). No hay que insistir en que esta práctica no conoce hasta ahora ningún precedente de ejercicio del derecho de protección diplomática *stricto sensu* llevado a cabo en favor de un nacional o de un grupo de nacionales comunitarios por

(63) MANGAS MARTÍN, *op. cit.*, págs. 5-7.

(64) Firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en La Haya el 28 del mismo mes y año, y en vigor desde el 1 de julio de 1987. Ratificada por España mediante Ley Orgánica 4/1986, de 26 de noviembre (BOE de 2 de diciembre de 1986).

(65) En el bien entendido que excluimos de tal práctica la protección excepcional en embajadas, residencias y vehículos diplomáticos, al amparo de su inviolabilidad, otorgada a nacionales de distintos Estados miembros con ocasión del conflicto bélico internacional provocado por la invasión iraquí de Kuwait el 2 de agosto de 1990; se trató de un refugio prestado excepcionalmente que no reparó en la nacionalidad de sus beneficiarios. Estos hechos nada tienen que ver con el artículo 8C, al margen de su posible influencia política en el impulso de la institución de la ciudadanía de la Unión y del derecho de protección previsto en dicho artículo, concebido para regular en una situación de paz la ampliación de la asistencia y protección habitualmente prestadas por agentes diplomáticos y consulares: *vid.* «Práctica española de Derecho Internacional Público», en *REDI*, vol. XLIII (1991), págs. 143-144; y MANGAS MARTÍN, *op. cit.*, pág. 50.

algún Estado miembro que no sea el Estado de su nacionalidad o por el conjunto de los Estados miembros. Por citar sólo un ejemplo, parece que se ha intentado implicar a los Estados miembros, en el marco del sistema de la CPE, para que realizaran alguna forma de acción común frente al Gobierno estadounidense en el Asunto J. A. Rodríguez (66), naturalmente sin éxito, ya que con este motivo se dejó bien claro que la CPE carecía en absoluto de competencias para emprender ninguna acción en esta materia, muy en particular la de exigir responsabilidad al Gobierno estadounidense por la muerte del fotógrafo español (67).

Sin embargo, en el marco de la CPE se ha ido consolidando una forma de ejercicio de la protección diplomática, anterior incluso — insistimos— a la propia CPE y completamente equiparable a la que hemos venido denominando en este trabajo como una protección *lato sensu*, que se ha demostrado un mecanismo eficaz sobre todo en situaciones que afectaban a grupos de nacionales comunitarios y en caso de ausencia de representación por parte de uno o de algunos Estados miembros en terceros países. Dicha protección comprende gestiones y medidas preventivas a menudo oficiosas, y acciones tendentes a ayudar y colaborar en la protección de nacionales comunitarios que profundizan en la tarea protectora clásica muy mediatizada por su carácter unilateral; así se han aprovechado mejor, por citar una ventaja evidente, las relaciones especiales que ciertos Estados miembros mantienen con terceros países a causa sobre todo de su pasada relación colonial.

Entre los precedentes recientes más significativos merece citarse el Asunto Salman Rushdie, escritor británico de origen hindú condenado a muerte por una especie de edicto religioso (*fatua*) del entonces imam Jomeini en febrero de 1989, acusado de ser un autor sacrílego y blasfemo contra la religión musulmana. Los doce Estados miembros, en el marco de la CPE, reaccionaron condenando formalmente la conducta de las autoridades iraníes, congelando durante cierto tiempo sus relaciones diplomáticas con Irán y llamando a consulta a sus embajadores en Teherán, si bien al final sólo el Reino Unido terminó rompiendo sus relaciones con Irán el 7 de marzo de ese año; además, los Ministros de Asuntos Exteriores de la «troika» comunitaria llevaron a cabo sin

(66) Ya citado *supra* en nota 61.

(67) Diario *El País*, 19-II-1992, pág. 20.

éxito gestiones conjuntas ante el Gobierno iraní con vistas a una solución amistosa del Asunto (68).

Tras la invasión y anexión de Kuwait por parte de Irak en agosto de 1990 y el posterior conflicto bélico de enero y febrero de 1991, los Doce Estados miembros también realizaron en el marco de la CPE gestiones comunes preventivas y de diversa índole ante los Gobiernos de Irak y Kuwait interesándose por la situación de los rehenes extranjeros —en particular de los europeos— en Irak y por su pronta liberación, así como por las violaciones de los derechos humanos de los palestinos residentes en Kuwait una vez restaurada su soberanía (69).

Pero, como acabamos de ver con la situación de los palestinos residentes en Kuwait, esta práctica de los Doce en el marco de la CPE se relaciona estrechamente y bebe en la fuente de la llamada *protección humanitaria*, que los Estados miembros de las Comunidades Europeas venían ejerciendo desde hacía cierto tiempo en favor de individuos y grupos de individuos que *no eran nacionales comunitarios*. Esta *protección humanitaria* ha tenido una influencia principal y benefactora en la protección diplomática *lato sensu* establecida por el artículo 8C del TCE, que constituye su lógico desarrollo progresivo al prescindir del vínculo de la nacionalidad en la regulación de la protección *lato sensu* de nacionales comunitarios en determinadas circunstancias, sin duda al calor de los progresos habidos en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona humana independientemente de su nacionalidad.

En efecto, los Estados miembros de las Comunidades Europeas han distinguido con nitidez entre la protección diplomática reservada a sus nacionales y el resto de gestiones y presiones diplomáticas y políticas hechas en defensa de los derechos humanos de particulares no nacionales que po-

(68) *Vid. e.g.* «Práctica española de Derecho Internacional Público», en *REDI*, vol. XLII (1990), págs. 187-188.

(69) Para una exposición general de la situación creada con los rehenes extranjeros en Irak, JIMÉNEZ PIERNAS: «La protección de trabajadores y cooperantes...», loc. cit., págs. 179-183. Y para la práctica de los Doce que aquí nos ocupa, «Práctica española de Derecho Internacional Público», en *REDI*, vol. XLIII (1991), págs. 137, 140-141 y 424; y *Actividades, textos y documentos de la política exterior española* (núm. monográfico sobre «Invasión iraquí de Kuwait»), Madrid, 1991, págs. 131-132, 135 y 141-142, entre otras; además de BLUMANN, C.: «L'Europe des citoyens», en *Revue du Marché Commun*, núm. 346 (Abril 1991), 283-292, pág. 292.

demos incluir dentro de la etiqueta de la *protección humanitaria* (70). La única condición previa para que pueda darse esta *protección humanitaria* es la existencia de relaciones diplomáticas con el Estado ante el que se llevan a cabo, y comprende a voluntad del Estado que la ejerce toda clase de gestiones no siempre officiosas y discretas, menos presionantes y frecuentes que las propias de una protección diplomática genuina, sin un alcance jurídico preciso quizás porque las consideraciones formales se supeditan a su eficacia, que se realizan en casos que sólo conciernen al núcleo de derechos contenidos en el estándar único de trato (protección de la vida, integridad física y libertad de la persona) con un objetivo fundamentalmente humanitario, y que no se acompañan generalmente de la adopción de medidas de retorsión y aún menos de represalias o sanciones contra el Estado de que se trate, manteniéndose normalmente las relaciones comerciales y de cooperación con él.

En cuanto a sus manifestaciones, la *protección humanitaria* puede poseer, por el número de Estados que participen en ella, un ámbito bilateral o multilateral, este último fuera o no del marco de las Organizaciones internacionales; y por el número de personas a las que se pretenda proteger, un alcance individual (cuando se ejerce en favor de líderes políticos o religiosos, intelectuales y personas con vinculaciones de distinta naturaleza con el Estado o los Estados intervinientes) o general (cuando se ejerce en favor de grupos disidentes o de minorías étnicas y religiosas, entre otras posibilidades).

(70) *Vid.*, sin ánimo exhaustivo, «Pratique française du Droit International», en *AFDI*, vol. XIX (1973), págs. 1063-1065; vol. XXIII (1977), págs. 1040-1042 y 1067-1068; vol. XXIV (1978), págs. 1118-1122; vol. XXV (1979), págs. 958-961; vol. XXVII (1981), págs. 883-886; vol. XXVIII (1982), págs. 1059-1062; vol. XXX (1984), págs. 984-989; vol. XXXI (1985), págs. 992-996; y vol. XXXII (1986), págs. 995-998. «U. K. Materials on International Law», en *BYBIL*, vol. LV (1984), págs. 457-458, en relación con *Keesing's 1986*, pág. 34700. «Italian Practice Relating to International Law», en *Italian Yearbook of I.L.*, vol. 6 (1985), págs. 256-257 y 273-275. Y «Práctica española de Derecho Internacional Público», en *REDI*, vol. XLI (1989), págs. 545-546; vol. XLII (1990), págs. 513-514; y vol. XLIII (1991), pág. 423. *Cf.* BREWIN, Ch.: «Europe», en VINCENT, R. J. (ed.): *Foreign Policy and Human Rights. Issues and Responses*, Cambridge, 1986, Cap. 10, 189-201, págs. 195-196 y 198 *in fine*-200. Constituyen un precedente recientísimo de este tipo de protección las gestiones realizadas durante la presidencia británica del Consejo para evitar, sin éxito, la deportación en diciembre de 1992 por las autoridades israelíes de 418 palestinos de los territorios ocupados, acusados de pertenecer a una organización integrista: diario *El País*, 18-XII-1992, pág. 8.

Todo lo expuesto nos permite entender también mejor el contenido del artículo J.6 del TUE, que tampoco es un ejemplo de normación *ex novo* salvo por la incorporación prevista a las labores de protección de «las delegaciones de la Comisión en los terceros países y en las Conferencias internacionales, así como sus representaciones ante las organizaciones internacionales...» Tal incorporación será conforme al DI si interpretamos, como venimos haciendo, el contenido del artículo 8C del TCE como exponente de una forma de protección diplomática *lato sensu*. En caso contrario, estaríamos atribuyendo el ejercicio formal del derecho de protección diplomática a una organización internacional (la Comunidad Europea), que sólo puede ejercer en el ordenamiento internacional una *protección funcional* en favor exclusivamente de sus agentes (71).

Frente a la protección diplomática, con la que es compatible, la *protección funcional* se caracteriza porque no comprende las actividades puramente privadas del agente y se limita a la reclamación por daños o perjuicios sufridos en el ejercicio de las obligaciones encomendadas por la organización internacional, corriendo además a cargo del Estado huésped o sobre cuyo territorio actúa un agente internacional una obligación de vigilancia especial en su favor equiparable a la que gozan los órganos y agentes diplomáticos de cualquier Estado (72). No obstante, el objetivo de esta *protección funcional* no es otro que el respeto del estándar único de trato y en particular la defensa de la vida, integridad y libertad del agente internacional frente a posibles atropellos por parte de particulares u órganos de un Estado (73).

El artículo J.6 del TUE sólo pretende, en concreto, que las «misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros y las delegaciones de la Comisión en los terceros países y en las Conferencias in-

(71) El concepto de agente es más amplio o general que el de funcionario, abarcando según el Tribunal de La Haya a «any person through whom it [la Organización] acts»: *vid.* Dictamen ya citado *supra* en nota 43, en ICJ, *Reports 1949*, pág. 177. *Cf.* HARDY, M. J. L.: «Claims by International Organizations in Respect of Injuries to their Agents», en *BYBIL*, vol. XXXVII (1961), 516-526, págs. 522-523.

(72) RUZIE, D.: «La protection des agents internationaux», en SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL: *Les agents internationaux* (Colloque d'Aix-en-Provence, 1984), París, 1985, 281-324, págs. 319-321.

(73) TAVERNIER, P.: «La surété et la sécurité personnelles des agents internationaux», en *Les agents internationaux*, *op. cit.*, 325-351, págs. 329-330, 337 y 351; además de las págs. 414-415 de los debates.

ternacionales, así como sus representaciones ante las organizaciones internacionales» intensifiquen «su cooperación intercambiando información, procediendo a valoraciones comunes y *contribuyendo a la ejecución* de las disposiciones contempladas en el artículo 8C» (74) del TCE. Que las delegaciones y representaciones de la Comunidad Europea en el exterior desempeñen la labor o función de intercambiar información y proceder a valoraciones comunes con las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros con vistas a la aplicación del artículo 8C del TCE no encierra ningún elemento perturbador del régimen general de la protección funcional que rige para las organizaciones internacionales, y no debe levantar ninguna reticencia o reserva por parte de terceros visto además que la Comunidad Europea es una organización de integración dotada de personalidad jurídica internacional. En cuanto a que esos órganos de la Comunidad Europea en el exterior contribuyan a la ejecución de lo contenido en el artículo 8C del TCE, se entiende que en estrecha relación con las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros, ello sí plantea un nuevo elemento a considerar en el DI vigente al respecto (75). Pero tampoco aquí nos movemos en un vacío de precedentes, a los que ahora se añade el artículo J.6 del TUE.

En el seno de la organización internacional, están desempeñando un importante papel las intercesiones o *buenos oficios humanitarios* que, siempre de conformidad con la Carta, lleva a cabo discrecionalmente el Secretario General de la ONU, sobre todo ante situaciones de violación grave de los derechos humanos pero también en casos particulares, sin que el ejercicio de tales actividades por parte del Secretario General sustituya en ningún caso la labor de los órganos de la ONU competentes a este efecto, ya que se trata de competencias independientes. Esas acciones de buenos oficios, sean de índole pública o confidencial, las realiza el Secretario General a instancia propia o de parte (comúnmente algún órgano de la ONU o un Estado miembro), ya directamente o por medio de representante, y son de contenido y

(74) El subrayado es nuestro.

(75) Estos datos, junto al sometimiento a la jurisdicción del TJCE, ayudan a justificar la inclusión del estatuto de ciudadanía en el TCE, a pesar de la incompreensión mostrada por algún exegeta, celoso defensor al parecer de la naturaleza «económica» de la Comunidad Europea: cf. DESANTES, M. (ed.): *Unión Europea y Comunidad Europea*, Madrid, 1993, págs. 21 y 23 de la «Presentación».

clases muy diversos. Se distinguen de la forma tradicional de los buenos oficios en materia de arreglo pacífico de controversias porque, primero, pueden afectar a un solo Estado; en segundo lugar, porque el consentimiento previo del Estado no es una condición necesaria para tales iniciativas, aunque su cooperación sea esencial para el éxito de las mismas; y en tercer lugar, porque pueden referirse a asuntos internos de un Estado siempre que no sean de su jurisdicción exclusiva, como es hoy el caso de los derechos humanos (76).

No debemos olvidar tampoco otras instancias protectoras como las Organizaciones no gubernamentales y hasta los propios particulares (sea individual o colectivamente), que también desempeñan un papel benemérito haciendo buena la política de que la protección humanitaria debe correr a cargo (a la manera de una *actio popularis*, si no tuviéramos en cuenta entre otros problemas la ausencia de legitimación) de todos los actores internacionales interesados en el respeto de obligaciones que ya hemos calificado *supra* como exigibles *erga omnes* (77).

En este contexto se explica mejor la mera labor de colaboración que, conforme al artículo J.6 del TUE, los órganos de la Comunidad Europea en el exterior puedan prestar a los agentes diplomáticos y consulares de los Estados miembros en el ejercicio de su función de protección diplomática *lato sensu* de los ciudadanos de la Unión, sin que en ningún caso los órganos de la Comunidad puedan sustituir en su función a dichos agentes. No obstante, de acuerdo con una interpretación literal de los artículos 138D y 138E del TCE en relación con los artículos J.1, J.2 y J.7 del TUE, el Parlamento Europeo podrá ejercer cierto grado de control e impulso sobre esta actividad de protección en favor de los ciudadanos de la Unión, llevada a cabo tanto por los órganos comunitarios como por los agentes diplomáticos y consulares de cualquier Estado miembro acreditados en un tercer país.

(76) RAMCHARAN, B. G.: *Humanitarian Good Offices in International Law. The Good Offices of the United Nations Secretary-General in the Field of Human Rights*, The Hague, 1983, Caps. III, IV y V, págs. 52-91 y 159-163.

(77) ARMSTRONG, J. D.: «Non-Governmental Organizations», en VINCENT (ed.), *op. cit.*, Cap. 13, 243-260, págs. 248-250 y ss.

3. *Un problema abierto*

Entendemos que ésta es la interpretación correcta de los artículos 8C del TCE y J.6 del TUE de acuerdo con su tenor literal y la letra y el espíritu del conjunto del TUE, muy en particular de la Segunda Parte del TCE, y también con la práctica previa de los Estados miembros de las Comunidades Europeas antes y después de instaurarse el sistema de la CPE.

Nada impide, sin embargo, que a partir de estos artículos pueda hacerse un desarrollo progresivo de las obligaciones que contienen, tanto *ad intra* en «las normas necesarias» que los Estados miembros establezcan entre sí, como *ad extra* en los acuerdos internacionales (no en «las negociaciones», naturalmente) con terceros Estados; estas iniciativas deberían ir acompañadas de un cambio cualitativo de la práctica de los Estados miembros en esta materia, para que en virtud de todo ello pudiera reconocerse la creación de un derecho subsidiario de protección diplomática *stricto sensu* de los Estados miembros de la Unión sobre los nacionales de otros Estados miembros cuando se dé el supuesto de hecho que ya conocemos (ausencia de representación del Estado del que sea nacional el ciudadano de la Unión que pida protección).

Creemos que la intención de los Estados miembros en Maastricht fué limitarse a consagrar la práctica ya existente en la materia y dejar abierto el tema a futuros desarrollos. Pero no existen obstáculos jurídicos insalvables para llegar a los resultados recién descritos si es esa la voluntad de los Estados miembros. En efecto, las normas internacionales sobre protección diplomática son de naturaleza dispositiva y admiten, por tanto, acuerdo en contrario (78). Ello obligaría a celebrar tratados con los terceros Estados en los que éstos aceptarían, prescindiendo de la prueba del vínculo de la nacionalidad, la protección diplomática *stricto sensu* de los ciudadanos de la Unión por un Estado miembro distinto del Estado miembro del que sea nacional si éste ca-

(78) En otros términos, el «derecho [de la protección diplomática] no puede ser necesariamente ejercido [por un Estado] más que en favor de sus nacionales, pues en ausencia de acuerdos particulares, el vínculo de nacionalidad entre el Estado y el individuo es lo único que confiere al Estado el derecho de protección diplomática»: *vid. CPJI, Serie A/B, núm. 76, pág. 16* (sentencia de 28 de febrero de 1939 en el *Caso del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis*). El subrayado es nuestro.

reciera de representación en el país donde surgiera la necesidad de protección. Ahora bien, ¿se prestarían a celebrar los Estados terceros tratados particulares de esta naturaleza?

Advirtamos en seguida que es muy improbable que se cumpla en los Estados desarrollados el supuesto de hecho que desencadena la aplicación del artículo 8C del TCE, ya que todos los Estados miembros de la Unión tienen representación en ellos. Por tanto, los Estados más poderosos de la sociedad internacional no se verían afectados por el desarrollo progresivo del contenido del artículo 8C. En cuanto a los Estados en desarrollo sobre todo afroasiáticos, en los que sí es probable que se cumpla el supuesto de hecho, sería muy difícil negociar con ellos tratados de esta naturaleza sin ofrecerles contrapartidas de interés. Es lógico que si se pretende obtener de forma generalizada un trato particular para los ciudadanos de la Unión no respaldado por el DI general, se otorguen contrapartidas a los Estados que afecte dicho trato.

Sería muy embarazoso, por cierto, para los Estados miembros de la Unión que aquellos Estados solicitaran, por ejemplo y entre otras contrapartidas, la supresión de visados para que sus nacionales entren en el espacio de los países miembros del Acuerdo de Schengen, del que forman parte todos los Estados miembros de las Comunidades Europeas menos Dinamarca, Irlanda y Reino Unido (79). Aunque se tratara, sin duda, de una contrapartida similar por moverse dentro también del ámbito del Derecho de extranjería, y proporcionada a la pretensión de los Estados miembros de la Unión de marginar el tradicional requisito de la nacionalidad de la reclamación para el legítimo ejercicio de la protección diplomática *stricto sensu* de los ciudadanos de la Unión.

Por último, el ejercicio del derecho de protección diplomática *stricto sensu* en favor de los ciudadanos de la Unión obligaría a plantearnos el estudio de las condiciones o requisitos a que el DI somete dicha protección. Uno de los primeros problemas ya apuntado por la doctrina sería el de la doble nacionalidad, es decir, la oponibilidad de la misma por parte de un Estado tercero para evitar el ejercicio de la protección

(79) *Vid.* sobre este Acuerdo, «Práctica española de Derecho Internacional Público», en *REDI*, vol. XLIV (1992), págs. 110-112. Está previsto que a lo largo de 1993 se exija visado a los nacionales de un primer grupo de ciento veinte Estados (sobre todo de África, Asia y Caribe, donde por ahora sólo figuran dos Estados iberoamericanos, Cuba y República Dominicana) para entrar en el espacio de los países del Acuerdo de Schengen: diario *El País*, 16-XII-1992, pág. 8.

por un Estado miembro si no se probara la efectividad del vínculo de nacionalidad comunitario en el caso de particulares con doble nacionalidad de un Estado miembro y de un Estado no miembro (80).

El TJCE ha sentado recientemente que el Derecho comunitario prescinde del criterio de la efectividad de la nacionalidad en el supuesto de doble nacionalidad de un particular, porque posea la nacionalidad de un Estado miembro y de un tercer Estado, y exige estar exclusivamente al criterio formal de lo dispuesto en esta materia por el ordenamiento interno del Estado miembro cuya nacionalidad se alega como fundamento del derecho invocado por dicho particular, ordenamiento que debe naturalmente respetar el Derecho comunitario. Admitir otra cosa, añade el TJCE, supondría aceptar que el ámbito de aplicación personal de las normas comunitarias, relativas en este caso a la libertad de establecimiento, podría variar de un Estado miembro a otro de acuerdo con sus respectivas leyes internas en la materia, conduciendo inevitablemente a situaciones discriminatorias (81). A este mismo criterio atiende, reafirmando, la breve «Declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro» incluida en el Acta Final del TUE, que reza así:

«La Conferencia declara que cuando en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se haga referencia a los nacionales de los Estados miembros, la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros podrán declarar, a efectos informativos, quiénes deben considerarse sus nacionales a efectos comunitarios mediante una declaración presentada a la Presidencia, la cual podrá modificarse en caso necesario.»

(80) LIÑÁN NOGUERAS, loc. cit., págs. 83-84.

(81) Sentencia de 7 de julio de 1992 en el Caso C-369/90 (M. V. Micheletti c. Delegación del Gobierno en Cantabria), aún no publicada pero puede consultarse en la «Documentación» de la *RIE*, vol. 19 (1992), págs. 975-979, en particular los fundamentos 8 a 14 de la sentencia, y en el mismo sentido los fundamentos 3 a 6 de las Conclusiones del Abogado General G. TESAURO, que recuerda que esta remisión al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate se mantiene y consolida en el artículo 8-1.º del TUE y en la «Declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro» incluida en el Acta Final del TUE, de la que nos ocuparemos en seguida.

Ahora bien, estas disposiciones carecen de valor fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario y no podrían tomarse en cuenta en las relaciones de los Estados miembros con Estados terceros a los efectos del ejercicio del derecho de la protección diplomática *stricto sensu*, regido por el DI general, que se guía en estos casos por el criterio de la nacionalidad efectiva (82).

Pero en su actual redacción, el artículo 8C del TCE no supone el establecimiento del derecho de protección diplomática *stricto sensu*, sino sólo la formalización de una protección difusa de los intereses de los ciudadanos de la Unión en el exterior sin violentar ni impugnar el DI en vigor, protección que por otra parte hace honor al grado de integración política alcanzado por los Estados miembros en el TUE. Dicho artículo viene a proyectar tímidamente, hacia fuera, una nueva imagen de la integración europea en torno a la ciudadanía de la Unión; y hacia dentro, viene a expresar cierta preocupación por los derechos del ciudadano de la Unión en el extranjero.

4. Ausencia de un derecho de protección consular

Es hora de plantearnos, a la luz por supuesto de todo lo dicho sobre la protección diplomática, si el artículo 8C del TCE establece o no un derecho de protección consular en favor de los ciudadanos de la Unión.

Al margen de otras funciones desempeñadas en la actualidad por la institución consular como órgano en el exterior para la atención de sus connacionales, «que implican la aplicación del propio ordenamiento jurídico, principalmente en el orden administrativo y de derecho privado» (83), nos interesa analizar brevemente las funciones de *protección consular*, distinguiéndola de la protección diplomática, y de *asistencia consular*, con el fin de interpretar correctamente a estos efectos el contenido del citado artículo 8C.

Como recuerda el profesor Pastor Ridruejo, la «*protección consular* consiste también en una reclamación contra las consecuencias de un

(82) Cf. *supra* nota 13. Vid. por la doctrina, DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, págs. 538-539; y PASTOR RIDRUEJO, *op. cit.*, pág. 268.

(83) VILARIÑO PINTOS, E.: *Curso de Derecho Diplomático y Consular. Parte general y textos codificadores*, Madrid, 1987, págs. 102-103, cita en pág. 103.

acto de un órgano del Estado infractor que sea contrario al Derecho Internacional o a su Derecho interno, y la presenta el funcionario consular que sea jefe de la respectiva oficina, normalmente por su propia iniciativa, aunque sometido siempre a las instrucciones y orientaciones de su Gobierno» (84). Pero a diferencia de la protección diplomática, en la *protección consular* la reclamación no se presenta ante el Gobierno del Estado presunto infractor sino directamente ante el órgano del que emana el acto, que será normalmente un órgano local con competencias dentro de la circunscripción consular. Además, no se exige el agotamiento previo de los recursos internos del Estado presunto infractor, ya que la *protección consular* se ejerce ante órganos cuyas resoluciones no son definitivas sino susceptibles de recursos, de modo que esta protección puede ser coetánea y complementaria a la interposición de los recursos internos en defensa de sus derechos por parte de los particulares extranjeros (85).

En cuanto a la *asistencia consular*, podemos definirla como un «conjunto de funciones, de naturaleza y alcance bastante diferentes, que el Cónsul desarrolla en favor de sus connacionales para facilitarles su permanencia en el territorio del Estado receptor, dirigiéndose para este fin, si fuera necesario, a las autoridades locales. Esta acción consular no presupone —a diferencia de la protección en sentido estricto— un comportamiento de las autoridades locales contrario a las obligaciones jurídicas impuestas por el Derecho internacional o por el Derecho interno, y no se manifiesta, por tanto, en forma de reclamación. Se funda, en cambio, en el deber general de cooperación recíproca que la institución consular implica, naturalmente entre las autoridades locales y los Cónsules extranjeros» (86).

(84) *Op. cit.*, pág. 273. Ello en virtud del artículo 5, a) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ya citada *supra*, que establece como primera función consular la de «proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas dentro de los límites permitidos por el derecho internacional» (el subrayado es nuestro).

(85) MARESCA, A.: *Las relaciones consulares*, trad. de H. Morales Fernández, Madrid, 1974, págs. 215-219. Y del mismo autor, *Dizionario giuridico diplomatico*, Milano, 1991, voz «Protezione diplomatica e consolare», págs. 467-468. Debe, pues, evitarse cualquier confusión entre una y otra protección, como la que oportunamente se recoge en la «Práctica española de Derecho Internacional Público», en *REDI*, vol. XLI (1989), pág. 189.

(86) Otra vez MARESCA: *Las relaciones consulares*, *op. cit.*, pág. 220.

Dicha *asistencia consular* se encuentra recogida *in genere* en el ya citado artículo 5 (*Funciones consulares*) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, cuyo apartado *e*) menciona expresamente la función consular general de asistencia, consistente en «prestar ayuda y asistencia a los *nacionales* del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas» (87). En este mismo artículo también se especifican modalidades de *asistencia consular*, como la representación *ex officio* de los nacionales ausentes o imposibilitados para defender por sí mismos la tutela de sus derechos o intereses (apartado *i*). Y en el artículo 36 de la citada Convención se regula una de las funciones consulares más características, la *asistencia consular* en favor de los connacionales arrestados, detenidos, en prisión preventiva o cumpliendo pena, es decir, sometidos a medidas restrictivas de su libertad personal. Sin que olvidemos las tareas tradicionales de información, asesoramiento y auxilio material tan propias de la *asistencia consular* (88).

En suma, la *asistencia consular* sólo exige la presencia de una situación de necesidad o desgracia de un nacional del Estado que envía y no se dirige contra presuntas infracciones del DI o de su ordenamiento interno realizadas por el Estado receptor (89). Y se basa en dos presupuestos, a saber, la recíproca posibilidad de comunicación y de acceso entre los funcionarios consulares y los nacionales del Estado que envía (90), y la facultad reconocida a los cónsules para dirigirse a las autoridades del Estado receptor (91).

Es fácil advertir, respecto de la *protección consular*, que su carácter formal (por tratarse de una reclamación ante el órgano local competente dentro de la circunscripción consular del que haya emanado el presunto acto ilícito), unido a la consabida exigencia del vínculo de la naciona-

(87) El subrayado es nuestro.

(88) MARESCA: *Las relaciones consulares*, *op. cit.*, págs. 220-221, para todo el párrafo. Esta enumeración de funciones de asistencia es puramente indicativa y muy selectiva: *vid. e.g.* las funciones de asistencia marítima bajo el amparo del artículo 5, *l*) de la Convención citada que, tanto respecto al buque como a la tripulación, recoge el profesor VILARIÑO PINTOS, E.: *Las funciones consulares en materia de navegación marítima*, Madrid, 1993, págs. 67-71.

(89) PASTOR RIDRUEJO, *op. cit.*, pág. 274. Para un tratamiento detallado de la distinción entre *protección* y *asistencia consular* en la práctica española, DÍAZ BARRADO, *loc. cit.* (*vid. supra* nota 40).

(90) *Vid.* artículo 36-1.º, *a*) de la Convención sobre Relaciones Consulares.

(91) *Vid.* artículo 38 de la misma Convención.

lidad entre el particular protegido y el agente consular que lo protege, la deja también fuera del ámbito de «la protección de las autoridades... consulares de cualquier Estado miembro» de la que habla el artículo 8C del TCE. No ocurre lo mismo, en cambio, con las labores de ayuda y auxilio a los connacionales que dan contenido a la *asistencia consular*, institución paralela y equiparable *mutatis mutandis* a la protección diplomática *lato sensu*, y para la que también se debería negociar un acomodo o *modus vivendi* que relajara la exigencia del vínculo de la nacionalidad como condición para ejercerla; cabe pensar que lograr dicho acomodo no plantearía mayores problemas que en el caso de la protección diplomática *lato sensu*. Es, pues, a la *asistencia consular* a la que sin duda se refiere el artículo 8C del TCE (92), aunque de forma tan equívoca y enmarañada como lo hace en el supuesto de la protección diplomática *lato sensu*.

V. CONCLUSIONES

1. La regulación en el TUE de la protección de los ciudadanos de la Unión en los terceros Estados, más que insuficiente, es de un alcance conscientemente limitado. Esta parece haber sido la intención de las partes, aunque se haya dejado abierta la posibilidad de un desarrollo progresivo de la institución si bien supeditado a la buena voluntad de terceros. En resumen, el artículo 8C del TCE sólo establece el derecho a la *asistencia consular* y a la *asistencia diplomática* o protección diplomática *lato sensu* del ciudadano de la Unión, que en ningún caso alcanzan a la presentación de una reclamación formal, elemento definidor tanto de la protección consular como de la diplomática *stricto sensu*.

(92) *Vid.*, con motivo de su comparecencia ante el Congreso el 27 de junio de 1990, los comentarios del Presidente del Gobierno español en relación con los resultados alcanzados en la reunión del Consejo Europeo celebrado en Dublín ese mismo mes, y en particular con la propuesta española de una «ciudadanía europea», en los que puso precisamente como ejemplo de su «dimensión exterior» el beneficio de «la asistencia consular» prestada en un tercer Estado: «Práctica española de Derecho Internacional Público», en *REDI*, vol. XLII (1990), págs. 497-498. *Cf.* en el mismo sentido SOLBES MIRA, P.: «La citoyenneté européenne», en *Revue du Marché Commun*, núm. 345 (Mars 1991), 168-170, pág. 169.

2. El artículo 8C del TCE, en su actual redacción, establece un derecho de protección subsidiario, porque se limita a suplir una acción principal (la protección del Estado miembro del que sea nacional el particular), estableciéndose sólo en socorro o subsidio de ella. Y condicionado, porque incluso para el caso de la protección diplomática *lato sensu* y de la *asistencia consular*, será necesario contar con la buena disposición de los terceros países a fin de que en sus relaciones con los Estados miembros de la Unión prescindan de exigir que se cumpla la condición del vínculo de nacionalidad entre el particular al que se protege y los agentes diplomáticos y consulares que ejerzan la citada protección. Es decir, el ejercicio de este derecho se hace depender de una condición previa, por leve que resulte, la celebración de negociaciones y el logro de arreglos o acomodos con los terceros Estados a este respecto.

3. No obstante, el balance es positivo. Para el ciudadano de la Unión, porque va a mejorar su estándar de asistencia consular y diplomática fuera del espacio de la Unión, logrando así una protección extra nada desdeñable en una época —como la que vivimos— de crisis del derecho de la protección diplomática. Para la propia Unión, porque ello servirá de vehículo para proyectar su presencia e imagen en el exterior.

4. Por último, los artículos 8C del TCE y J.6 del TUE ponen de manifiesto el interés de los Estados miembros de la Unión en atenuar la condición del vínculo de la nacionalidad al ejercer la *asistencia consular* y la protección diplomática *lato sensu* de los ciudadanos de la Unión, contribuyendo así a ampliar la erosión abierta en ese requisito por parte tanto de la *protección humanitaria*, que debe mucho a la práctica desarrollada por estos mismos Estados, como de los *buenos oficios humanitarios* desplegados en el seno de la sociedad internacional organizada.

ABSTRACT

The diplomatic and consular protection of the European Union's citizen

Article 8C TEC institutes only the consular and diplomatic *assistance* (not *protection*) of the Union's citizens when they are in third countries. This assistance has naturally a restricted extent, because it does not reach the formulation of a formal claim, the basic topic of diplomatic and consular protection *stricto sensu* in accordance with general International Law.

Furthermore, article 8C TEU states that this assistance is subsidiary (it only acts when the protection of the national States does not work), and conditioned (it is necessary to take into account the goodwill of the third States for attenuating the application of the elementary principle of International Law that a State is entitled to protect only its subjects).

However, the Union's citizen obtains in this way an extra protection at third States, and the Union projects for the same reason its presence and image outside. Finally, articles 8C TEC and J.6 TEU contribute to attenuate in the Law of Diplomatic Protection the nationality requirement, such as it happened in the so-called *humanitarian protection* and the *humanitarian good offices*.

RÉSUMÉ

La protection diplomatique et consulaire du citoyen en l'Union Européenne

L'article 8C TCE reconnaît la protection diplomatique et consulaire des citoyens de l'Union hors de ses frontières. Mais le système de protection mis en place a une portée limitée, parce qu'il admet seulement le droit à une *assistance consulaire et diplomatique* (ou protection diplomatique *lato sensu*) du citoyen de l'Union. Ce droit d'assistance n'arrive pas jamais à la présentation d'une réclamation formelle, élément définitif aussi de la protection consulaire que de la protection diplomatique *stricto sensu* dans le Droit international général.

L'assistance prévue par l'article 8C TCE est encore un droit subsidiaire, parce qu'il joue dans l'hypothèse où l'Etat membre de la nationalité du citoyen ne pourrait pas agir, du fait de l'absence ou d'une rupture des relations diplomatiques. C'est même un droit conditionnel; le lien de nationalité demeure la condition essentielle de l'exercice de la protection consulaire et diplomatique; donc, il faut obtenir des Etats tiers une légère atténuation de ce lien pour l'exercice d'une simple assistance consulaire et diplomatique.

Cependant, le citoyen de l'Union atteint, bien sûr, le privilège d'une protection extra hors des frontières de l'Union, tandis que l'Union projette de cette manière sa présence et image dans les pays tiers. Sans oublier, non plus, que les articles 8C TCE et J.6 TUE atténuent la condition du lien de nationalité dans le Droit de la protection diplomatique et consulaire, comme ont fait déjà la *protection humanitaire* et les *bons offices humanitaires*.

