

EL DEBER DE ASISTENCIA DIPLOMATICA Y CONSULAR DE LOS PESCADORES COMUNITARIOS POR LA COMISION EUROPEA

(Comentario a la sentencia del TPI de 6 de julio de 1995,
Odigitria AAE c. Consejo y Comisión, asunto T-572/93)

Por F. JESUS CARRERA HERNANDEZ (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCION.—II. EL PROBLEMA DE LA DELIMITACION DE LA FRONTERA MARITIMA ENTRE GUINEA BISSAU Y SENEGAL EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS DE PESCA CELEBRADOS POR LA COMUNIDAD EUROPEA.—III. LA PROTECCION DIPLOMATICA EN LAS CLAUSULAS SOBRE APRESAMIENTOS: 1. ¿PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA O ASISTENCIA DIPLOMÁTICA? 2. EL DEBER DE LA COMISIÓN DE ASISTIR DIPLOMÁTICA O CONSULARMENTE A LOS PESCADORES COMUNITARIOS.—IV. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

El apresamiento del buque pesquero griego «Theodoros M.» por las autoridades de Guinea Bissau el pasado 14 de mayo de 1990, ha propiciado la apertura de un novedoso debate jurisprudencial, en sede comunitaria, relativo al deber de protección y asistencia diplomática y consular

(*) Doctor en Derecho. Ayudante de Facultad del Area de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca. Diplomado en Altos Estudios Europeos por el Colegio de Europa de Brujas (Bélgica).

de los ciudadanos de la Unión Europea por la propia Comunidad, precisamente en un momento en el que aún no resulta del todo claro cuál es el alcance de uno de los contenidos de la Ciudadanía de la Unión, como es la figura recogida en el art. 8 C TCE (1).

El inicio del debate mencionado se encuentra en la sentencia pronunciada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI) el 6 de julio de 1995, mediante la que rechaza un recurso de responsabilidad extracontractual dirigido principalmente contra la Comisión de las Comunidades Europeas, ante la actitud mostrada por ésta con ocasión del apresamiento del buque pesquero propiedad de la sociedad «Odigitria AAE» (2). El TPI va a finalizar su razonamiento señalando que la Comisión no ha desconocido, con el comportamiento adoptado, su *deber de protección diplomática* (FJ 85).

Se trata de una afirmación enérgica y concisa, incluso valiente, que requiere varias observaciones con el objeto de calibrar su verdadera extensión y derivaciones en el momento actual del proceso de integración europea. Sin embargo, resulta imprescindible exponer los antecedentes jurídicos y de hecho que rodean a este caso para comprender cómo el TPI ha podido llegar a realizar esa afirmación.

(1) «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» (vid., sobre esta cuestión, JIMÉNEZ PIERNAS, C.: «La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea», *RIE*, 1993, pp. 9 y ss. y VILARIÑO PINTOS, E.: «Representación exterior y cooperación diplomática y consular en el Tratado de la Unión Europea», *RIE*, 1995, pp. 417 y ss.).

El compromiso asumido por los Estados miembros de establecer entre sí «antes del 31 de diciembre de 1993... las normas necesarias... para garantizar dicha protección» ha sido llevado a la práctica mediante la «Decisión de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de 19 de diciembre de 1995 relativa a la protección de los ciudadanos de la Unión Europea por las representaciones diplomáticas y consulares» (*DOCE* L 314 de 28.12.95, pp. 73 y ss.).

(2) En todo caso, esta sentencia ha sido recurrida en casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (*Odigitria AAE c. Consejo y Comisión*, as. C-293/95 P), lo que debe permitir una aclaración de los términos en los que se ha expresado el TPI.

II. EL PROBLEMA DE LA DELIMITACION DE LA FRONTERA MARITIMA ENTRE GUINEA BISSAU Y SENEGAL EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS DE PESCA CELEBRADOS POR LA COMUNIDAD EUROPEA

Ciertamente, el apresamiento del buque griego es consecuencia directa de la controversia existente desde la década de los setenta entre Senegal y Guinea Bissau en relación con la delimitación de sus respectivos espacios marinos.

En efecto, desaparecida la situación de dominación colonial sobre ambos Estados, Guinea Bissau impugnó la aplicación entre las partes del acuerdo franco-portugués que ponía fin, entre las potencias coloniales, a la controversia sobre la frontera marítima entre Senegal y la Guinea portuguesa (3). Aunque todo venía motivado por el hallazgo del preciado «oro negro» en una zona que quedaría bajo la jurisdicción de Guinea Bissau de trazarse una línea equidistante a partir de las líneas de base, el problema se centró en una discusión en torno a las reglas aplicables a la sucesión de Estados en casos de dominación colonial (4). El asunto fue sometido a un Tribunal arbitral y, posteriormente, al Tribunal Internacional de Justicia, encontrándose la controversia actualmente sujeta a este último Tribunal (5).

(3) Las partes pactaron la delimitación de sus respectivos mares territoriales, zonas contiguas y plataformas continentales mediante una línea recta orientada hacia los 240 grados a partir del Cabo Roxo (Intercambio de cartas de 26 de abril de 1960 entre Francia y Portugal relativo a la definición de la frontera marítima entre Senegal y la Guinea portuguesa. Vid. texto en *RGDIP*, 1960, pp. 891 y 892).

(4) Para Guinea Bissau era preciso aplicar el principio de «tabla rasa»; es decir, ninguno de los dos Estados sucedería a las potencias coloniales y, por tanto, no tendría lugar la aplicación del acuerdo franco-portugués, sino del Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Todo ello por tratarse de un caso de delimitación de fronteras marinas en el que no habría lugar a la aplicación del principio del *uti possidetis iuris* (vid., sobre estas cuestiones, los trabajos de ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P.: «Problemas actuales de la sucesión de Estados», en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1993, pp. 157 y ss. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: «Problemas de fronteras en América: las fronteras terrestres entre países iberoamericanos», en MANGAS MARTÍN, A. (Comp.): *La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América. Del pasado al futuro*, Jornadas Iberoamericanas de la asociación española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Salamanca, 1993, pp. 93 y ss.).

(5) El Tribunal arbitral para la determinación de la frontera marítima entre Guinea Bissau y Senegal dictó sentencia el 31 de julio de 1989 admitiendo la apli-

La existencia de esta controversia fronteriza no podía suponer un límite para la Comunidad en la búsqueda de los tan necesitados caladeros en aguas de terceros Estados para la flota pesquera comunitaria. Y de hecho no lo fue. Precisamente Senegal y Guinea Bissau son los dos primeros Estados ACP con los que la Comunidad ha venido manteniendo relaciones pesqueras a nivel bilateral (6).

En el momento de producirse el apresamiento por las patrulleras de Guinea Bissau, el «Theodoros M.» se encontraba faenando en las aguas litigiosas, al parecer por un error en la navegación, al amparo de una licencia de pesca obtenida en el marco del acuerdo celebrado por la Comunidad Europea con Senegal en abril de 1990 (7). Al considerar las autoridades de Guinea Bissau que esas aguas están sometidas a su jurisdicción,

cación del tratado franco-portugués entre las partes (vid. texto de la sentencia en *RGDIP*, 1990, pp. 204 y ss. Vid. el comentario de QUENEUDEC, J. P.: «L'arbitrage relatif à la détermination de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Senegal», *AFDI*, 1989, pp. 325 y ss.).

Sin embargo, Guinea Bissau consideró inválida la sentencia al apreciar que la opinión expuesta por el Presidente del Tribunal Arbitral, J. A. Barberis, contradecía el voto que había expresado en relación con la sentencia, por lo que no habría mayoría en el Tribunal arbitral. Esta pretensión no fue admitida por el TIJ (Sentencia de 12 de noviembre de 1991, *ICJ, Reports*, 1991, pp. 53 y ss. Vid. el trabajo de COTTEREAU, G.: «Validité de la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau-Senegal)», *RGDIP*, 1992, pp. 753 y ss.).

No obstante, el TIJ señaló que la sentencia arbitral no delimita todas las zonas marinas, puesto que la Zona Económica Exclusiva no había sido perfilada en el acuerdo franco-portugués por razones obvias. Por ello, Guinea-Bissau ha interpuesto un nuevo recurso ante el TIJ para la delimitación de *todas* las zonas marinas (*ICJ, Yearbook*, 1991-1992, p. 181). Por tanto, la controversia sigue en pie.

(6) Con Senegal se iniciaron mediante el acuerdo de 15 de junio de 1979 relativo a la pesca a lo largo de la costa senegalesa (Reglamento 2212/80 de 27 de junio de 1980. *JOCE* L 226 de 29.9.80, pp. 17 y ss. El texto de este acuerdo también se encuentra en el *Recueil des accords conclus par les Communautés Européennes*, vol. 11-II, 1981, pp. 1311 y ss.). En cuanto a Guinea Bissau, el primer acuerdo se celebró el 27 de febrero de 1980 (Acuerdo relativo a la pesca a lo largo de la costa de Guinea Bissau. Reglamento 2213/80 de 27 de junio de 1980. *JOCE* L 226 de 29.8.80 y *Recueil des accords*, vol. 11-II, 1981, pp. 1359 y ss.).

(7) Acuerdo de 19 de abril de 1990 por el que se fijan los derechos de pesca y la compensación financiera previstos en el acuerdo relativo a la pesca frente a la costa senegalesa para el período 1.5.90 - 20.4.92 (Reglamento 420/91 de 4 de febrero de 1991. *DOCE* L 53 de 27.2.91, pp. 1 y ss. Este acuerdo fue aplicado provisionalmente mediante otro acuerdo aprobado mediante la Decisión 90/407 de 27 de julio de 1990. *DOCE* L 208 de 7.8.90, pp. 36 y ss.).

procedieron a la detención del buque griego alegando pesca sin licencia, exigible conforme al acuerdo celebrado por la Comunidad Europea con este Estado y que se encontraba vigente el 14 de mayo de 1990 (8).

III. LA PROTECCION DIPLOMATICA EN LAS CLAUSULAS SOBRE APRESAMIENTOS

En opinión de la recurrente, la Comunidad vendría obligada a reparar el daño sufrido por la sociedad griega como consecuencia del apresamiento. Entre los argumentos invocados en apoyo del recurso destacan especialmente dos, además de las alegaciones realizadas en el sentido de que el Consejo y la Comisión no habían excluido la zona litigiosa del ámbito de aplicación de los respectivos acuerdos de pesca celebrados con Guinea Bissau y Senegal (9), y de que la Comisión no le había informado de la

(8) Acuerdo de 9 de junio de 1989 por el que se fijan las posibilidades de pesca y la compensación financiera previstas en el acuerdo referente a la pesca en alta mar frente a la costa de Guinea-Bissau, para el período 16.6.89-15.6.91. Reglamento 1235/90 de 25 de abril de 1990. *DOCE* L 125 de 15.5.90, pp. 1 y ss.

Como consecuencia del apresamiento, las autoridades de Guinea Bissau confiscaron la carga (seis toneladas de pescado) y los documentos del barco. Sometido al Tribunal Popular de Guinea Bissau, el capitán fue condenado al pago de una multa de 213.519.000 pesos guineanos. El barco fue liberado el 25 de julio de 1990, tras dos meses de arresto.

(9) De hecho, el acuerdo relativo a la pesca en alta mar frente a la costa de Guinea Bissau no recoge ninguna referencia al conflicto que existía entre ambos Estados. El preámbulo del acuerdo, su artículo primero y el artículo 14, únicamente hacen mención a la aplicación del acuerdo en las aguas sometidas a la jurisdicción de Guinea Bissau. Incluso el anexo del acuerdo con Senegal establece que «los arrastreros de pesca bentónica de bajura de menos de 300 TRB y los arrastreros congeladores de pesca bentónica de bajura de menos de 250 TRB estarán autorizados para faenar... a partir de seis millas marinas de las líneas de base, de la frontera meridional entre Senegal y Gambia a la frontera entre Senegal y Guinea Bissau». Por tanto, resulta claro que no se desprende la existencia de ningún conflicto fronterizo de la letra de estos acuerdos.

No es éste un argumento en el que pretenda detenerme en este trabajo, no obstante la importancia que tiene el hecho de haberse intentado un recurso de responsabilidad extracontractual contra la forma en que el Consejo de la Unión Europea ejerce sus competencias en el ámbito del «treaty-making power» de la Comunidad. El TPI rechazó este motivo apoyándose en la evidente injerencia en los asuntos internos de otros Estados que se habría producido de haber presionado para la inclu-

controversia existente (10). Por un lado, la Comisión sería responsable del daño sufrido por el barco griego al no haber actuado urgentemente solicitando a las autoridades de Guinea Bissau la liberación del buque pesquero. Por otro lado, la Comisión no habría solicitado la constitución de una garantía bancaria con el objeto de obtener la liberación del navío, a lo que vendría obligada en virtud del punto K del anexo al protocolo vigente en el momento del apresamiento (11). Ambos extremos serían suficientes para justificar la responsabilidad extracontractual de la Comisión.

sión en el acuerdo de una cláusula que hiciera mención a la controversia jurídica existente entre Senegal y Guinea Bissau. Evidentemente, ello no es obstáculo para que, en otros asuntos, el TPI esté dispuesto a estimar un recurso de estas características cuando se demuestre que el Consejo ha superado los límites de su poder discrecional en la materia, al adoptar una medida manifiestamente inadecuada en relación al objetivo perseguido (vid. el FJ 38 de la sentencia comentada. En relación con el recurso de responsabilidad extracontractual vid., por ejemplo, SCHERMERS, H. G.; HEUKELS, T.; MEAD, Ph. (Ed.): *Non-contractual liability of the European Communities*, Martinus, La Haya, 1988 y MUÑOZ MACHADO, S.: «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho Comunitario Europeo», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 133 y ss.).

(10) El TPI reconoció la existencia de un deber de la Comisión de informar a los pescadores de los riesgos de practicar las pesquerías en la zona litigiosa, por ejemplo, al tiempo que transmitía las licencias de pesca o, incluso, por medio de los Estados miembros.

Sin embargo, consideró que la omisión de la Comisión no era la causa del daño sufrido en el caso concreto por el pesquero griego, puesto que éste conocía la existencia de la diferencia fronteriza (FJ 62 a 72). De no haber sido así, probablemente el TPI habría admitido la responsabilidad extracontractual de la Comisión.

Una situación semejante se planteó en nuestro país en diciembre de 1979 a raíz del apresamiento de dos buques pesqueros españoles, el Mafrán y el Virgen Idoya, por patrulleras mauritanas. Los buques españoles se encontraban faenando en aguas mauritanas conforme a las indicaciones realizadas por la Embajada española en Mauritania a petición de la Asociación Artesanal de Las Palmas. El Tribunal Supremo consideró que el Estado era patrimonialmente responsable por no haber observado el máximo celo y precaución al dar las indicaciones a sus nacionales, habiendo actuado imprudentemente al enviar un télex a la Asociación artesanal dando vía libre a la flota, a pesar de que las negociaciones que se estaban desarrollando para celebrar un nuevo acuerdo de pesca hacían que la situación fuera muy delicada (vid. la nota realizada por CASTRO-RIAL GARRONE, F. en *REDI*, 1988/2, p. 175).

(11) Las estipulaciones previstas en el anexo del acuerdo con Guinea Bissau para los casos de apresamiento son las siguientes: las autoridades de Guinea Bissau deben comunicar todo apresamiento a la Comisión en un plazo de 48 horas, indicando las circunstancias y motivos que hayan determinado el apresamiento. Si el

Según el TPI, sin embargo, la Comisión no puede ser considerada responsable en base a los argumentos citados; en el primer caso, porque la Comisión había intervenido activamente ante las autoridades de Guinea Bissau, cumpliendo con las obligaciones que le imponía el punto K del anexo del acuerdo pesquero; en el segundo supuesto, porque la Comisión sólo resulta obligada a solicitar la fijación de una fianza cuando la sociedad propietaria del buque no está en condiciones de hacerlo, requisito que no se cumple en este caso (12). Ello supone, siempre a juicio del TPI, que la Comisión no ha desconocido su *deber de protección diplomática* (FJ 77 y 85).

No obstante, lo que se deduce del razonamiento del TPI es que la Comisión habría desconocido su deber de protección diplomática, y por tanto habría prosperado el recurso, si no hubiera intercedido ante las autoridades de Guinea Bissau con el objeto de lograr una rápida liberación del buque griego, o si no hubiera solicitado la fianza bancaria en el caso de no estar representada la sociedad griega en Guinea Bissau.

Con ello se ponen de manifiesto dos aspectos novedosos en la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que se admite que la Comunidad Europea puede proteger diplomáticamente a los pescadores comunitarios y al establecer, además, la obligación de hacerlo. Sin embargo, estas afirmaciones requieren algunas precisiones.

1. ¿PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA O ASISTENCIA DIPLOMÁTICA?

Admitir la figura de la protección diplomática en el ámbito comunitario representa una verdadera transformación del *status quo* existente en el

asunto es llevado a las instancias judiciales competentes, las autoridades de Guinea Bissau podrán fijar una fianza bancaria si la Comunidad o el armador así lo solicitaren. En este supuesto, las autoridades de Guinea Bissau se comprometerán a liberar el buque en un plazo de 24 horas a partir del depósito de la fianza. La autoridad competente devolverá dicha fianza tan pronto como el capitán del buque sea absuelto por decisión judicial. Si una de las partes lo considera necesario, podrá solicitar una consulta urgente en virtud de lo dispuesto en el art. 10 del acuerdo (punto K del anexo al Protocolo pesquero concluido por la Comunidad Europea y Guinea Bissau).

(12) El TPI destaca que la recurrente estaba representada en Guinea Bissau por una sociedad («Somecom») y que, si bien la introducción de una demanda solicitando la fijación de una fianza extralimitaba su mandato, podía haberle dado los poderes necesarios para introducir tal demanda (FJ 84).

ámbito del Derecho Internacional Público pues, en este ordenamiento jurídico, la protección diplomática queda sometida al requisito de la nacionalidad de la reclamación y, por tanto, se trata de una institución vedada al ámbito de las Organizaciones Internacionales (a la Comunidad Europea); veda que únicamente se levanta mediante el mecanismo de la protección funcional que estas últimas pueden ejercer en favor de sus agentes (13). Conforme a los criterios tradicionales del Derecho Internacional Público, por tanto, los Estados miembros de la Comunidad son los únicos que pueden proteger, cada uno, a sus nacionales en los casos en que un Estado les haya irrogado un perjuicio.

Sin embargo, esta situación no se adecúa a la realidad de la Comunidad Europea. Ya he señalado en otro lugar los inconvenientes que pueden sufrir los Estados miembros, derivados del hecho de no ser parte en el acuerdo de pesca celebrado por la Comunidad con un tercero, si intentan ejercer la protección diplomática de sus pescadores. Luego, la evolución del Derecho internacional en materia de protección diplomática resulta imprescindible (14).

Ciertamente, la práctica pesquera convencional de la Comunidad Europea muestra signos de esta evolución. Ello se refleja en la tendencia a incluir disposiciones, en casi todos los acuerdos bilaterales, que permiten intervenir a la Comunidad, al menos en un primer momento, en los procedimientos seguidos contra pescadores comunitarios apresados por terceros Estados. Por esta razón, sí considero que cabe hablar, al menos en el sector pesquero y, al menos también, sobre la letra de los acuerdos mencionados, de la existencia de un *embrión de protección diplomática* ejercida por la propia Comunidad Europea en favor de los «pescadores de la Unión», derogándose la regla de la nacionalidad de la reclamación exigida tradicionalmente por la institución de la protección diplomática (15).

(13) Vid. el Dictamen del TIJ sobre «la reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas» (CIJ, *Recueil* 1949).

(14) Vid. mi trabajo *Política pesquera y responsabilidad internacional de la Comunidad Europea*, Universidad de Salamanca, 1995.

(15) En los acuerdos de pesca concluidos con los PVD (Estados ACP y Marruecos) y con EE.UU., es ya tradicional la inclusión de una disposición en el anexo a los acuerdos marco en la que se regula el procedimiento a seguir en caso de apresamiento de buques comunitarios. Unas veces se establece exclusivamente un procedimiento de información a la Delegación de la Comisión de las Comunidades Europeas ante el tercer Estado en causa. En otras ocasiones, se incluye una referencia adicional a los Estados miembros del pabellón.

Sin embargo, admitir un *embrión* de protección diplomática supone diferir la afirmación de su verdadera existencia en tanto no se conozca la forma en que se aplican en la práctica las disposiciones citadas en materia de apresamientos, así como las reacciones de terceros Estados ante eventuales ejercicios de protección diplomática por parte de la Comunidad Europea.

En este caso concreto, no es correcto referirse, como así lo ha hecho el TPI, a la institución de la protección diplomática.

La protección diplomática en sentido estricto se produce en aquellos «casos en que un Estado presenta una reclamación ante otro Estado por el trato internacionalmente ilícito de que puedan haber sido objeto sus nacionales» (16), lo que no ha ocurrido en el asunto comentado, ni por acción, ni por omisión; las alegaciones dirigidas contra la Comisión no le acusan de no haber presentado una reclamación internacional ante Guinea Bissau, y la Comisión no se ha defendido alegando la presentación de dichas reclamaciones.

A lo que asistimos es a un caso de *asistencia diplomática* de los pescadores comunitarios por la Comunidad Europea, efectivamente llevada a la práctica por la Comisión, al interceder ante las autoridades de Guinea Bissau. Se trata de una situación incuestionablemente novedosa en la jurisprudencia comunitaria y, por ello, de enorme trascendencia; incluso se superan las previsiones introducidas por el Tratado de la Unión Europea en el art. 8 C TCE, puesto que la asistencia diplomática o consular en situaciones como el asunto *Odigitria* es realizada por la propia Comunidad Europea (17)

En los demás acuerdos no se ha previsto un procedimiento determinado a seguir en caso de apresamiento. Únicamente podría retenerse la existencia de una disposición en la que se establece que las partes celebrarán consultas sobre las cuestiones relacionadas con la aplicación y el adecuado funcionamiento del acuerdo, y que los litigios relacionados con la interpretación o aplicación del acuerdo serán objeto de consultas entre las partes (para un análisis más detallado de las disposiciones sobre apresamientos previstas en los acuerdos de pesca celebrados por la Comunidad vid. *Política pesquera y responsabilidad...*, op. cit., pp. 258 y ss.).

(16) DÍEZ DE VELASCO, M.: «Reflexiones sobre la protección diplomática», *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional. Estudios en honor del Profesor A. Truyol Serra*, CEC, Universidad Complutense, Madrid, 1986, p. 384.

(17) El desarrollo realizado por los Estados miembros en relación con el art. 8 C no supone que un Estado miembro pueda proteger diplomáticamente a ciudadanos de la Unión que no tengan su nacionalidad. Únicamente se prevé que «todo ciudadano de la Unión Europea se beneficiará de la *protección consular* ante cual-

y, en concreto, por las delegaciones de la Comisión ante terceros Estados (18).

Y si la cuestión es novedosa en el ámbito comunitario, no lo es menos en el marco del Derecho Internacional Público. Con el asunto *Odigitria* disponemos de un ejemplo claro en el que la asistencia diplomática, efectivamente realizada por la Comisión como ha reconocido el TPI, se ha realizado derogando el requisito de la nacionalidad de la asistencia (19), y sin ningún tipo de cortapisa por parte de Guinea Bissau; lo que pone de manifiesto que se está fraguando una nueva figura en el círculo de la protección diplomática entendida en sentido amplio, intermedia entre la protección y asistencia diplomática tradicional y la protección funcional de las organizaciones internacionales. Tendremos que acostumbrarnos a que la Comunidad Europea, fundamentalmente mediante las delegaciones de la Comisión en terceros Estados, ejerza las funciones tradicionalmente reservadas a las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros (20). Sólo falta que ese embrión de protección diplomática se con-

quier representación diplomática o consular *de un Estado miembro* si, en el territorio en que se encuentra, no existe: ni representación permanente accesible, ni Cónsul honorario accesible y competente, de su propio Estado miembro o de otro Estado que lo represente de forma permanente» (art. 1 de la Decisión de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo «relativa a la protección de los ciudadanos de la Unión Europea por las representaciones diplomáticas y consulares», *DOCE* L 314 de 28.12.95, p. 73. *Cursiva añadida*).

Lo que realmente se prevé es una *asistencia* diplomática y/o consular, y no una protección consular. El art. 5 de la misma Decisión señala que «la protección a que se refiere el artículo 1 consistirá» en la asistencia en casos de fallecimiento, accidente o enfermedad graves, arresto o detención, a víctimas de actos de violencia, el socorro y la repatriación de nacionales de la Unión en dificultad y en la asistencia «en otros casos». Desarrollo, por otro lado, reducido a la interpretación que había realizado JIMÉNEZ PIERNAS del art. 8 C (*loc. cit.*, pp. 31 y ss. No obstante, según VILARIÑO PINTOS el art. 8 C TCE da cabida a la protección diplomática en sentido estricto [*loc. cit.*, p. 436]).

(18) Sobre esta cuestión vid. SOBRINO HEREDIA, J. M.: «La actividad diplomática de las delegaciones de la Comisión en el exterior de la Comunidad Europea», *RIE*, 1993, pp. 485 y ss. y VILARIÑO PINTOS, E.: *loc. cit.*, pp. 421-430.

(19) Sobre los términos protección y asistencia diplomática y consular y sus características vid. la síntesis realizada por JIMÉNEZ PIERNAS, C. en *loc. cit.*, pp. 20 y ss.

(20) Desde una perspectiva general vid. VILARIÑO PINTOS, E.: *Curso de Derecho diplomático y consular*, Tecnos, Madrid, 1987.

vierta realmente en un ejercicio efectivo de la protección diplomática en sentido estricto, de momento, cuando se trate de materias de competencia comunitaria, como ocurre con las pesquerías.

2. EL DEBER DE LA COMISIÓN DE ASISTIR DIPLOMÁTICA O CONSULARMENTE A LOS PESCADORES COMUNITARIOS

Sin negar la importancia de las afirmaciones realizadas en el apartado anterior, el asunto *Odigitria* llama la atención principalmente por el hecho de que el TPI haya reconocido la existencia de un deber de asistencia diplomática por parte de la Comisión de las Comunidades Europeas en relación con los pescadores comunitarios que faenan en aguas de terceros Estados al amparo de un acuerdo internacional celebrado por la Comunidad. Es decir, cuando aún no resulta claro en qué medida la Comunidad va a sustituir a los Estados miembros en cuanto al ejercicio de la protección diplomática, en sentido amplio, de sus nacionales, el TPI ha tenido el coraje de afirmar la existencia de un *deber* de protección, cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad extracontractual de la Comunidad si prospera un recurso interpuesto con esa pretensión.

Ciertamente, esta referencia a un deber de protección debe ser entendida en sus precisos términos. En Derecho Internacional, el ejercicio de la protección diplomática es competencia discrecional del Estado de la nacionalidad; por tanto, no existe ningún deber internacional del Estado de ejercer la protección diplomática de sus nacionales: «al asumir la reclamación de uno de los suyos, al iniciar, en su favor, la acción diplomática o la acción judicial, dicho Estado, en realidad, ejercita su propio derecho, el derecho que tiene a que sea respetado en la persona de sus súbditos, el Derecho internacional» (21). No obstante, el TIJ ha reconocido que «con el fin de defender su causa y obtener justicia, (los particu-

(21) *Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I.*, p. 12 (Traducción de CASANOVAS Y LA ROSA, O.: *Casos y textos de Derecho Internacional Público*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, p. 340. Vid. también los asuntos *Nottebohm y Barcelona Traction, CIJ, Recueil*, 1955 y 1970 respectivamente). Vid., sobre este punto, DÍEZ DE VELASCO, M.: *loc. cit.*, pp. 377 y ss.; MAKAROV, A.: «Consideraciones sobre el derecho de protección diplomática», *REDI*, 1955, pp. 511 y ss. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P.: «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno», *ADI*, 1976, pp. 321 y ss.

lares) no pueden sino apelar al Derecho interno, si éste les ofrece medios para ello. El legislador nacional puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero. Puede igualmente conceder a los ciudadanos el derecho de exigir que esa obligación sea respetada y apoyar tal derecho con sanciones. Pero todas esas cuestiones son de la competencia del Derecho interno y no modifican la situación en el plano internacional» (22).

Es desde esta perspectiva desde la que hay que valorar la afirmación realizada por el TPI. La Comunidad no vendría obligada internacionalmente a asistir diplomáticamente a los pescadores comunitarios, aplicando *mutatis mutandis* el razonamiento del TIJ al ámbito de las Organizaciones internacionales. Sin embargo, sí puede venir obligada desde el punto de vista del Derecho Comunitario a reparar el daño originado como consecuencia del no ejercicio de la asistencia diplomática.

Pero ello no quiere decir que los particulares, los pescadores comunitarios, gocen de un derecho subjetivo al estilo de la Constitución portuguesa; la figura se aproximaría más a la responsabilidad patrimonial de la Administración afirmada en España por el Tribunal Supremo.

En efecto, en Derecho comunitario no existe ninguna norma que obligue a la Comisión a asistir diplomáticamente a los Ciudadanos de la Unión, ni a los pescadores comunitarios. Los acuerdos de pesca concluidos por

(22) *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, CIJ Recueil 1970*, FJ 78 (traducción de CASANOVAS Y LA ROSA, O.: *Op. cit.*, p. 349). Así, por ejemplo, el art. 14 de la Constitución portuguesa establece, dentro de los derechos y deberes fundamentales, que «os cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro gozam da protecção do Estado para o exercício dos direitos...».

En España, sin embargo, no existe una referencia semejante que apele al deber de protección diplomática del Estado (y correlativo derecho de los españoles). No obstante, el Tribunal Supremo sí ha extraído consecuencias en determinados casos de no ejercicio de esta protección, declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración (vid. el trabajo citado de ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P.: «Discrecionalidad...», pp. 321 y ss.). El Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de diciembre de 1986, consideró responsable a la Administración española por no haber realizado acciones efectivas, durante dieciséis meses, encaminadas a la recuperación de los pesqueros apresados por Mauritania y para la adecuada protección de los nacionales, teniendo en cuenta, además, que estaban practicando las pesquerías lícitamente (Vid. nota de CASTRO-RIAL GARRONE, F. en *REDI*, 1988-2, p. 175. Vid. también las observaciones realizadas a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1987 por CASTRO-RIAL GARRONE, F. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P. en *REDI* 1988-2 y 1989-1, respectivamente).

la Comunidad con terceros, como el celebrado con Guinea Bissau, ponen de manifiesto que es la Comunidad la «invitada», en detrimento de los Estados miembros, a realizar las gestiones adecuadas en caso de apresamiento de un buque pesquero comunitario; pero sin que ello signifique que está obligada a hacerlo (23). Por ello, cuando el TPI hace referencia a la omisión del deber de protección diplomática, que no se habría desconocido en este caso, debe entenderse que se refiere a que no ha lugar a estimar una pretensión entablada con el objeto de obtener una reparación de los daños sufridos por la sociedad griega como consecuencia del apresamiento y de la actitud de la Comisión; salvo que el TPI, y éste es un extremo que deberá clarificar el TJCE cuando resuelva en casación, considere que existe un deber de protección diplomática en virtud de otras consideraciones que no aparecen recogidas en la sentencia comentada.

Desde mi punto de vista, la expresión utilizada por el TPI en los fundamentos jurídicos 77 y 85 no implica la existencia de un deber de asistencia diplomática, sino la posibilidad de obtener una reparación patrimonial como consecuencia de la omisión de la Comisión al no ejercer esa asistencia que, según la letra de los acuerdos, es competencia discrecional de la Comisión.

Por último, hay que tener en cuenta que la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Europea se derivaría del daño causado como consecuencia del no ejercicio de su derecho a asistir diplomáticamente a los pescadores comunitarios, derecho reconocido por terceros Estados en los acuerdos de pesca en derogación de las normas tradicionales del Derecho Internacional Público. No sería, por tanto, una consecuencia derivada del incumplimiento de una obligación internacional de la Comunidad Europea y recogida en el acuerdo de pesca.

IV. CONCLUSION

Con esta sentencia el TPI ha dado un gran paso en cuanto a la determinación de los límites y consecuencias de la actuación exterior de la

(23) En el caso del punto k del anexo al acuerdo concluido con Guinea-Bissau, vigente en el momento del apresamiento y alegado por la sociedad griega, se establece que las autoridades de Guinea Bissau pueden fijar una fianza si la Comunidad así lo solicita; igualmente, la Comisión *puede* solicitar una consulta urgente a las autoridades de Guinea-Bissau en virtud de lo dispuesto en el art. 10 del acuerdo. Por tanto, no está obligada a hacerlo.

Comunidad. Supone el reconocimiento de la posibilidad, para los pescadores comunitarios, de exigir una indemnización como consecuencia del daño que puedan sufrir cuando la Comisión decida no ejercer su derecho de asistencia diplomática, derecho que se deriva de los acuerdos de pesca celebrados por la Comunidad Europea y, por tanto, aceptado por los sujetos internacionales frente a los que se va a ejercer, derogándose, de esta forma, la regla de la nacionalidad que rodea los supuestos de protección y asistencia diplomáticas.

El reconocimiento de esta situación por el TPI se produce, además, en un momento en que se comienza a admitir la actuación comunitaria en este ámbito, lo que, si cabe, concede un mayor mérito a la posibilidad abierta en esta sentencia. Posibilidad, por otro lado, que el TPI no ha querido extrapolar a supuestos diferentes a la asistencia de pescadores comunitarios. Sin lugar a dudas, al TJCE se le brinda una excelente oportunidad para precisar y aclarar las condiciones de ejercicio por la Comunidad Europea de su derecho de asistencia diplomática y las condiciones necesarias para que prospere un recurso de responsabilidad extracontractual de estas características.

JURISPRUDENCIA

