

LA NATURALEZA DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL CASO *COUSO*: LA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO

Elena CRESPO NAVARRO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LOS ANTECEDENTES.—1.1. Los escritos procesales de las partes.—1.2. El retraso en la tramitación del proceso.—1.3. Las gestiones del Gobierno.—2. LA SENTENCIA.—3. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN DERECHO INTERNACIONAL Y LA SENTENCIA.—3.1. El presupuesto: la comisión de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado que causa un daño a un particular, nacional de otro Estado.—3.2. El carácter consuetudinario de las normas sobre la protección diplomática.—3.3. La naturaleza jurídica de la protección diplomática en Derecho internacional.—4. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y LA SENTENCIA.—5. CONSIDERACIONES FINALES. EL RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO.

1. INTRODUCCIÓN: LOS ANTECEDENTES

1. El 11 de diciembre de 2019, la Sección 4.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (AN) dictó finalmente sentencia en el caso *Couso* (recurso 494/2005), después de que se dieran por finalizadas las actuaciones en el ámbito penal. La Sentencia de la AN (SAN) declara la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado y la condena al pago de la correspondiente indemnización. Para la Sala, la responsabilidad se deriva de la omisión del ejercicio de la protección diplomática a la que vendría obligado el Estado respecto de sus nacionales. Según la SAN, el no ejercicio por el Estado de una protección a la que los demandantes tendrían derecho les ocasionó un perjuicio que no tenían obligación jurídica de soportar. El 24 de febrero de 2020, la Abogacía del Estado presentó escrito de preparación de recurso de casación¹.

2. Analizamos en este estudio el contenido de la SAN a la luz de las peticiones de las partes y, sobre todo, de la configuración de la institución de la

* Titular de Universidad en la Universidad Miguel Hernández de Elche (ecrespo@umh.es).

¹ Escrito de la Abogacía del Estado de preparación del recurso de casación, de 24 de febrero de 2020, SJE núm. 639/2020.

protección diplomática en el Derecho internacional (DI) y en el ordenamiento interno español. Para ello, comenzamos por presentar los antecedentes, prestando atención a los escritos procesales de las partes, a las actuaciones en el ámbito de la jurisdicción penal que provocaron el retraso de la causa y a la postura defendida por el Gobierno ante las Cortes, pues todo ello ayuda a contextualizar la sentencia cuya desordenada y confusa fundamentación dificulta el análisis. Nos limitamos en el apdo. 2 a exponer el razonamiento seguido por la Sala, dando así la oportunidad al lector de formar sus propias conclusiones, para dedicar los apdos. 3 y 4 a su valoración desde la perspectiva del DI y del Derecho español, respectivamente. La SAN refleja falta de pericia en la aproximación al DI, que aborda desde la óptica del Derecho administrativo español, y resulta caótica en el hilo argumental, entremezclando argumentos variados que extrae de una forzada interpretación de la jurisprudencia. Todo ello, dada la relevancia de este caso que podría convertirse en *leading case* de nuestro Derecho interno, determina la propia estructura del trabajo y obliga a un análisis prolijo de las cuestiones que trata que, conviene advertirlo, puede hacer algo ingrata su lectura. Cierra el estudio un breve apartado de consideraciones finales a la espera del resultado del recurso de casación.

1.1. Los escritos procesales de las partes

3. La SAN tiene su origen en el recurso presentado el 1 de septiembre de 2005 por la esposa del periodista y cámara de televisión José Couso Pemuy, en su propio nombre y en el de sus dos hijos, contra el Ministerio de Asuntos Exteriores (AAEE). El objeto era la desestimación por silencio administrativo de la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración formalizada por los interesados el 2 de abril de 2004 por omisión de prestación de la protección diplomática, al considerar que el Gobierno de España no había intervenido eficazmente en la defensa de sus nacionales, en función de sus potestades, para obtener debida reparación del Gobierno de Estados Unidos.

4. El 8 de abril de 2003, el Sr. Couso Pemuy, que prestaba sus servicios profesionales como autónomo para la cadena de televisión Telecinco, se encontraba en Irak cubriendo para dicha cadena la ocupación militar de Bagdad por fuerzas norteamericanas. Mientras observaba desde el balcón de su habitación (núm. 1403 del Hotel Palestina) los combates entre las fuerzas iraquíes y norteamericanas, resultó herido de gravedad como consecuencia del disparo de un obús efectuado desde un carro de combate norteamericano que impactó contra el edificio. El proyectil alcanzó un balcón de esquina de la suite del hotel en la planta superior del edificio que ocupaba la agencia Reuters, hiriendo de muerte al cámara ucraniano de dicha agencia, Taras Protsyuk, y causando heridas de diversa consideración a otros periodistas de la misma agencia. Los cascotes dañaron el piso inferior en el que se ubicaba

la habitación del Sr. Couso Pemuy que, lamentablemente, falleció horas después de ser trasladado al hospital por sus compañeros².

5. Según la demanda, el carro que disparó el proyectil estaba situado cerca del puente Al-Yumhuria, en la orilla opuesta del Tigris. La dotación del blindado se percató de que estaba siendo observado con unos binoculares desde un edificio situado en la otra orilla, informó por radio a sus superiores y, pasados unos diez minutos, recibió orden de disparar, sin que conste que respondiera a ningún ataque previo. Relata la demanda que el hotel Palestina era el lugar en el que se concentraron los periodistas (más de un centenar) con conocimiento de las autoridades norteamericanas y que era un edificio perfectamente identificable visualmente, incluso a distancia. Añade la demanda que tanto el Departamento de Estado como el de Defensa de Estados Unidos dieron sucesivas y contradictorias versiones de lo ocurrido, y que, a pesar de las diversas iniciativas adoptadas en el Congreso que le instaban a solicitar una investigación independiente y a realizar otras acciones de protección, el Gobierno de España no las llevó a cabo. Expone, asimismo que mediante Real Decreto-ley 8/2004³ sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad (véase *infra* párr. 23) se reconoció a la viuda e hijos del Sr. Couso el derecho a percibir una indemnización global por importe conjunto de 140.000 euros, cantidad que considera compatible con la reclamación, en virtud del art. 6.1 de la norma y de que, al percibirla, no se les exigió suscribir ningún documento de renuncia al ejercicio de acción administrativa o judicial contra la Administración.

6. La demanda se basa en cuatro fundamentos jurídicos. El fundamento jurídico (FJ) 1 se refiere a la protección de personas civiles en los conflictos armados internacionales, con especial referencia a los periodistas, repasando el régimen establecido en el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y al Protocolo adicional I, de 8 de junio de 1977⁴. El FJ 2 se ocupa de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal de los servicios públicos y se divide en cuatro apartados. El primero expone los fundamentos de carácter general, el segundo la jurisprudencia, el tercero

² El relato de los hechos se basa en el escrito de demanda y el documento que figura como doc. núm. 1 del Anexo que, según la demanda, es una traducción no oficial al castellano del Informe del Comité para la protección de los periodistas (considerado por la demanda entidad independiente). El documento, de 17 de mayo de 2003, titulado «Investigación sobre el ataque al Hotel Palestina de Bagdad», fue elaborado, principalmente, a partir de entrevistas a periodistas presentes en el lugar de los hechos y otros que se encontraban en la sede del centro de mando norteamericano improvisado en el palacio presidencial de Sadam Hussein, como periodistas «integrados» o «empotrados» con las fuerzas norteamericanas, que cubrían el tráfico de las comunicaciones militares.

³ Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, *BOE* núm. 271, de 10 de noviembre de 2004. El art. 6.1 dispone que las indemnizaciones otorgadas conforme al Real Decreto ley serán compatibles con pensiones, ayudas, compensaciones o resarcimientos reconocidos o que pudieran reconocerse en el futuro.

⁴ Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, *BOE* de 2 de septiembre de 1952, y Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, *BOE* núm. 177, de 26 de julio de 1989.

se refiere a la relación de causalidad necesaria para derivar la responsabilidad patrimonial entre el acto administrativo o su omisión y el daño ocasionado, y el cuarto, a la responsabilidad del Ministerio de AAEE en el caso.

7. Para la parte demandante, la relación de causalidad entre el daño y su causa se articula en el caso a partir del incumplimiento del deber de protección diplomática del Estado español a los causahabientes de la víctima, a raíz de la muerte como consecuencia de una actuación por las fuerzas armadas de Estados Unidos, contraria al DI, de su esposo y padre y los resultados gravemente lesivos para sus intereses materiales y morales que no tienen obligación legal de soportar. Justifican esa obligación en la función del Gobierno de dirigir la política interior y exterior y en la competencia del Ministerio de AAEE para defender los intereses y llevar a cabo una adecuada y eficaz política de protección de los ciudadanos españoles en el exterior.

8. El FJ 3 de la demanda se ocupa de lo que denomina *potestad-deber* de prestación diplomática del Estado a sus nacionales, califica la muerte del Sr. Couso como un hecho ilícito internacional atribuible a Estados Unidos, y reitera la consideración de la protección diplomática como obligación del Estado y derecho del particular; esta vez en base al DI. Entiende que, en cumplimiento de esa obligación, el Gobierno de España debió haber: requerido al estadounidense la realización de una investigación exhaustiva e independiente, instado la depuración de las responsabilidades administrativas, disciplinarias o judiciales contra los responsables directos, y, en último término, reclamado la reparación integral de los daños y perjuicios. Justifica asimismo la demanda la concurrencia de los requisitos o condiciones de ejercicio de la protección, en particular, el agotamiento de los recursos internos, alegando la inexistencia de vías legales y efectivas en el ordenamiento jurídico estadounidense para obtener reparación, citando legislación de dicho Estado y lo establecido en el Dictamen 1496/1991, del Consejo de Estado, de 30 de enero de 1992⁵. Al limitar el Gobierno su acción a ciertas gestiones personales y verbales de la ministra de las que se obtuvo carta del secretario de Estado norteamericano en términos «tan insatisfactorios como inveraces», aducen los demandantes, que las autoridades españolas «se han aquietado sin más» y añade:

«Abdicando de su potestad deber de prestación de la protección diplomática a la que tendrían derecho la esposa e hijos de la víctima en su condición de ciudadanos españoles por la flagrante violación del IV Convenio de Ginebra y de su Primer Protocolo Adicional».

9. Reprueba también la demanda que las autoridades españolas no intentaran siquiera obtener concesión graciable como la que, afirma, otorga Estados Unidos en supuestos de daños causados por sus fuerzas armadas, citando los referidos en el citado Dictamen del Consejo de Estado (derribo del

⁵ El Consejo de Estado consideró procedente en dicho Dictamen el ejercicio por España de la protección diplomática en relación con el fallecimiento del fotoperiodista J. A. Rodríguez como consecuencia de los disparos del ejército estadounidense en Panamá en 1989.

avión de Irán Air 655 en 1988 o intervención militar norteamericana en la isla de Granada en 1989). Para los demandantes la ausencia de acción diplomática eficaz, o incluso, la omisión de cualquier acción relevante o significativa por parte del Gobierno de España en defensa de los intereses legítimos de sus nacionales perjudicados significó el no ejercicio de la protección diplomática a la que todos los nacionales tendrían derecho conforme al DI y al Derecho interno. Entienden que esa omisión compromete la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de sus servicios públicos y debe dar lugar a la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración y a la correspondiente indemnización reparatoria.

10. Termina la demanda (FJ 4) concretando la reclamación en 317.130,37 euros, que comprenderían las reparaciones para la viuda e hijos por la muerte del periodista y las cantidades no percibidas de los seguros privados que tenía contratados la víctima sobre su persona y sobre sus útiles e instrumentos de trabajo, no abonadas por las compañías al quedar excluido como riesgo asegurado el siniestro ocurrido en situación de guerra⁶.

11. La Abogacía del Estado presentó escrito de contestación a la demanda en febrero de 2006 solicitando la desestimación del recurso⁷. Argumenta su petición, en primer lugar, en la ausencia de relación de causalidad entre el daño o lesión por el que se reclama (fallecimiento del Sr. Couso) y la actuación de la Administración española (la alegada omisión de la protección diplomática), requisito exigido por la legislación y la jurisprudencia españolas. Aclara, en este sentido, que el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es de carácter objetivo, pero no universal.

12. En segundo lugar, defiende la Abogacía del Estado el carácter discrecional de la protección diplomática conforme al DI y que, aunque ello no obsta a que pueda establecerse la obligación en los ordenamientos internos, ese no es el caso del Derecho español. Cita jurisprudencia española sobre responsabilidad patrimonial relacionada con el ejercicio de la protección diplomática y plantea las condiciones de ejercicio de la citada protección exigidas por el DI, concluyendo la ausencia del requisito del agotamiento de los recursos internos. Los recurrentes no ejercitaron acción alguna ante las autoridades norteamericanas y, aunque defienden la presencia de excepción a la regla por la ausencia de recurso oportuno en el sistema judicial norteamericano, entiende la Abogacía que no se prueba de forma satisfactoria el contenido y vigencia de la inmunidad de jurisdicción que, ante los tribunales estadounidenses, tendrían los funcionarios de aquel país conforme a su normativa procesal por hechos ocurridos en situaciones de conflicto.

13. En tercer lugar, para la Abogacía del Estado no concurren los requisitos que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), deberían

⁶ La reclamación inicial era de 405.862,58 euros, pero posteriormente, según consta en la demanda, las compañías de seguros abonaron una parte, por lo que finalmente la cuantía reclamada en la demanda quedó en la cantidad mencionada arriba.

⁷ Escrito de la Abogacía del Estado núm. 6707/05, de 7 de febrero de 2006.

darse para reconocer la responsabilidad patrimonial. Por un lado, porque en los casos en que se ha admitido la responsabilidad, la actuación decisiva del Estado no fue la omisión de la protección, sino una actuación positiva con resultados lesivos, mientras que en este caso el daño estaría causado con anterioridad por la conducta del Estado extranjero. Por otro lado, porque no cabría hablar de falta de reparación por parte de la Administración española, pues esa reparación se habría concedido en aplicación del Real Decreto-ley 8/2004 (párr. 5 *supra*).

14. Finalmente, con carácter subsidiario en caso de que se apreciase la responsabilidad, la Abogacía del Estado instaba la reducción de la cuantificación de la indemnización solicitada, en especial, que no se incluyeran las cantidades dejadas de cobrar por las compañías de seguros y que se descontara igualmente la suma ya recibida en virtud del Real Decreto-ley citado.

1.2. El retraso en la tramitación del proceso

15. El largo periodo de tiempo transcurrido, desde la presentación de los escritos procesales de las partes hasta la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, se explica por el dilatado y complejo recorrido de este asunto en el orden penal, en el que se fueron encadenando numerosas resoluciones a diferentes niveles. En ese ámbito, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de Madrid (Juzgado de Instrucción), tras incoar diligencias previas para la investigación del caso, acordó, por Auto de 19 de octubre de 2005 la búsqueda, captura y detención de tres militares norteamericanos del Regimiento de Blindados 64 de la Tercera División de Infantería acorazada del Ejército norteamericano, considerados implicados en los hechos. Se trataba del teniente coronel Philip de Camp (al mando del Regimiento), del capitán Philip Wolford (al mando de la Unidad de Blindados) y del sargento Thomas Gibson (perteneciente a dicha Unidad) que habrían, respectivamente, ordenado, autorizado y ejecutado materialmente el disparo.

16. El Ministerio Fiscal recurrió el auto en reforma, alegando falta de jurisdicción, siendo desestimado el recurso. La fiscalía interpuso, entonces, recurso de apelación, que fue estimado por Auto de 8 de marzo de 2006, de la Audiencia Nacional (Sección 2.^a, Sala de lo Penal), decidiéndose la revocación y archivo de las diligencias previas. Contra este auto se presentó recurso de casación, que llevó a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo a pronunciarse a favor de la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer del asunto, en virtud del principio de jurisdicción universal reconocido en la versión vigente en aquel momento del art. 23.4 de la Ley Orgánica (LO) del Poder Judicial⁸ y anular el AAN que revocó la decisión de busca y captura y decidió el archivo de las diligencias.

⁸ Ley Orgánica 6/1985, del Poder judicial, *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1985, modificada después, y conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en STC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 3 (*BOE* núm. 258, de 28 de octubre de 2005).

17. En consecuencia, el Juzgado de Instrucción dictó el 27 de abril de 2007 nuevo auto de procesamiento contra los tres militares al entender que existían indicios racionales para tenerlos por autores de hechos que entendía podían ser constitutivos de delitos contra la comunidad internacional. El 13 de mayo de 2008, a instancias del Ministerio Fiscal, la Audiencia Nacional (Sección 2.^a, Sala de lo Penal) conoció del asunto en apelación revocando el procesamiento por insuficiencia de indicios, en particular, respecto de la concurrencia del elemento subjetivo del delito (dolo o intencionalidad de atemorizar a la población civil), devolviendo la causa al Juzgado de Instrucción. Este decidió, entonces, ampliar diligencias, tras las que dictó nuevo Auto de procesamiento el 21 de mayo de 2009 sustituyendo la imputación de asesinato por homicidio. También este auto fue revocado en apelación por Auto de 14 de julio de 2009 de la Audiencia Nacional, al no apreciarse indicios racionales de delito, acordando el alzamiento de las medidas cautelares y ordenando al juez de instrucción la inmediata conclusión del sumario, que llevó a cabo por Auto de 16 de julio de 2009, confirmado por AAN de 23 de octubre de 2009 que acordó el sobreseimiento libre de la causa.

18. Sin embargo, la STS 691/2010, de 13 de julio, estimó parcialmente los recursos de casación presentados contra dicho auto, revocando el sobreseimiento y ordenando la continuación de la instrucción y la práctica de las diligencias oportunas para el esclarecimiento de los hechos⁹. Así, el Juzgado de Instrucción ordenó la búsqueda y captura e ingreso en prisión a efectos de extradición de los militares, librando las oportunas órdenes internacionales de detención, y dictó nuevo Auto de procesamiento el 4 de octubre de 2011. Entró, entonces, en vigor la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LO 6/1985 del Poder Judicial¹⁰, relativa a la justicia universal, que el Juzgado de Instrucción (Auto de 17 de marzo de 2014) decidió no aplicar por considerarla contraria a la IV Convención de Ginebra, rechazando también la reforma instada por el Ministerio Fiscal que elevó, entonces, queja ante la Audiencia Nacional, desestimada por el pleno de la Sala de lo Penal (Auto 34/2014, de 23 de junio).

19. Finalmente, tras la STS 296/2015, de 6 de mayo, en la que dicho Tribunal se pronunció sobre la Ley de justicia universal¹¹, el Juzgado de Instrucción, por Auto de 9 de junio de 2015, declara concluso el sumario y lo eleva al órgano superior. La Sección 3.^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó Auto el 25 de noviembre de 2015¹² en el que, oídas las partes, decidió no promover cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, confirmó el auto de conclusión del sumario quedando la cau-

⁹ Sobre esta STS y sobre las distintas tesis planteadas a lo largo del procedimiento acerca de la presencia o no de indicios para procesar a los tres militares, FERNÁNDEZ LIESA, C. R., «El asunto *Couso* en los tribunales nacionales y en las relaciones internacionales», *REDI*, vol. LXIII, 2011, núm. 2, pp. 145-160, esp. 152-156.

¹⁰ *BOE* núm. 63, de 14 de marzo de 2014.

¹¹ ES:TS:2015:2046.

¹² ES:AN:2015:215A.

sa sobreseída¹³. Contra dicho auto las acusaciones particulares y la acusación popular interpusieron recursos de casación, desestimados por STS 797/2016, de 25 de octubre¹⁴.

1.3. Las gestiones del Gobierno

20. De acuerdo con la información ofrecida por el Gobierno ante las Cortes¹⁵, el día en que tuvo conocimiento de los hechos, la entonces Ministra de AAEE, Ana Palacio, envió carta de pésame a la familia y, desde primera hora de la tarde, mantuvo hasta tres conversaciones con el Secretario de Estado norteamericano, Colin Powell, para solicitarle información sobre lo sucedido, obteniendo la respuesta de que las autoridades norteamericanas habían comenzado ya una investigación de los hechos. El Gobierno hizo saber asimismo que la ministra, en coordinación con el ministro de Defensa, trató de agilizar y acelerar la repatriación de los restos mortales de la víctima¹⁶ y que se habían iniciado gestiones para buscar vías seguras de salida de Bagdad a los periodistas españoles que aún estaban allí, a través de conversaciones telefónicas diarias con el Sr. Powell, y de gestiones diarias de los embajadores de España en Washington y Kuwait y del Ministerio de Defensa español.

21. Según la misma fuente, el 21 de abril, el secretario de Estado norteamericano dirigió una carta a la ministra de AAEE señalando que era sensible a su interés por el tema, reiterando su pésame, que extendía a la familia, recordando que el ataque al hotel Palestina se realizó en una zona de guerra, cuando las fuerzas norteamericanas respondían a fuego hostil, y prometiendo tenerla al corriente en el futuro de cualquier otra circunstancia sobre el asunto. Declaró también el Gobierno ante las Cortes que el 1 de mayo, durante una conferencia de prensa conjunta en Madrid, C. Powell puntualizó que se trataba de un «accidente de guerra», y que el hotel «estaba ocupado por civiles y periodistas y por eso no había sido atacado durante los ataques aéreos», pero que ese día hubo una batalla en tierra en la que «jóvenes soldados americanos que trataban de liberar esa zona fueron atacados gravemente, con riesgo para sus vidas, por lo que cumplieron con su obligación de responder». Destacó que el edificio del hotel estaba en una «zona de guerra» y

¹³ Conforme a la DT única de la LO 1/2014.

¹⁴ ES:TS:2016:4621.

¹⁵ Pueden verse las contestaciones del secretario de Estado de Relaciones con las Cortes a las preguntas de varios diputados sobre el tema formuladas en el Congreso (el mismo texto se reitera literalmente en la contestación a diferentes preguntas), *BOCG*, Congreso, Serie D, núm. 554, de 19 de junio de 2003, pp. 224-228, 240-242 y 277-278; o núm. 609, de 23 de octubre de 2003, p. 153.

¹⁶ También del periodista Julio Anguita Parrado, fallecido en Irak un día antes tras ser alcanzado por un misil iraquí. Como resultado de estas gestiones, los restos mortales de J. Couso Permuy fueron repatriados el 12 de abril en un avión de la Fuerza aérea española enviado a Kuwait. Respecto al periodista Julio Anguita Parrado se constituyó una comisión que se desplazó a Alemania para garantizar la identificación y repatriación de sus restos mortales y una vez realizada fueron trasladados directamente a Córdoba en un avión militar español el 16 de abril y entregados a la familia, *BOCG*, Congreso, Serie D, núm. 554, p. 225.

concluyó que las muertes de los dos periodistas, español y ucraniano, fueron «incidentes trágicos que ocurren en las batallas», reiterando su compromiso de continuar la investigación por si «ocurrió algo inapropiado». Señaló el Gobierno ante el Congreso que, con posterioridad, la Embajada de Estados Unidos en España trasladó al Ministerio de AAEE las conclusiones contenidas en un comunicado del Mando Central del Departamento de Defensa de Estados Unidos, que confirmaban en líneas generales lo adelantado por el secretario de Estado, indicando que las fuerzas estadounidenses respondieron al fuego que parecía provenir del hotel Palestina, en una de cuyas zonas, según fuentes de su inteligencia, el enemigo tenía establecida una base de operaciones¹⁷.

22. Por otra parte, según información aparecida en la prensa, al parecer, en agosto de 2003 el Gobierno estadounidense comunicó a España y a Ucrania los resultados de la investigación llevada a cabo por el Departamento de Defensa en un informe que fue remitido por el Ministerio de AAEE a la familia. El informe concluía que el proyectil fue disparado contra el hotel en defensa propia¹⁸. El Gobierno de Estados Unidos envió también informe al Juzgado de Instrucción, un extracto del cual fue publicado en prensa¹⁹.

¹⁷ También se refirió al asunto el entonces Ministro de Defensa, Federico Trillo, en intervenciones ante el Congreso en respuesta a interpelaciones urgentes, por ejemplo, el 9 de abril de 2003, *DS Congreso*, VII Legislatura, Pleno y diputación permanente, núm. 244, sesión de 9 de abril de 2003, pp. 12529-12530, o el 30 de abril, *DS Congreso*, VII Legislatura, Pleno y diputación permanente, núm. 247, sesión de 30 de abril de 2003, p. 12649.

¹⁸ *El País*, 13 de agosto de 2003, https://elpais.com/diario/2003/08/13/internacional/1060725608_850215.html; *Cadena Ser*, 12 de agosto de 2003, https://cadenaser.com/ser/2003/08/12/internacional/1060649126_850215.html.

¹⁹ El texto era el siguiente: «El día 8 de abril, las fuerzas de la coalición avanzaban hacia Bagdad encontrando una seria resistencia por parte del enemigo. Este operaba utilizando todas las áreas civiles de la ciudad, sirviéndose de un amplio abanico de armas sobre las fuerzas de la coalición, utilizando para ello los tejados y las ventanas de los edificios próximos. El enemigo luchaba sin ningún tipo de miramiento hacia los civiles o hacia las estructuras civiles. Las fuerzas de la coalición continuaron avanzando su posición hacia el río Tigris, justo enfrente del Hotel Palestina, área de intenso enfrentamiento con el enemigo. El 8 de abril fue una jornada de lucha intensa para la compañía A, 4-64 mecanizada. La compañía había mantenido ya un duro enfrentamiento durante varias horas. El comandante fue entonces informado de que la compañía A estaba siendo vigilada por un observador enemigo localizado enfrente del río Tigris. A pesar de encontrarse bajo fuego pesado de granadas y misiles, el comandante ordenó escanear los edificios vecinos al objeto de localizar al observador enemigo. Uno de los miembros de la compañía advirtió la presencia de una persona con binoculares en el balcón de una habitación de las plantas superiores de un gran edificio de color marrón. También se advirtieron flashes de luz, similares al fuego enemigo, procedentes del entorno del edificio. Se disparó una bala de tanque de 120 milímetros a la posición enemiga del observador sospechoso. A renglón seguido, el fuego hacia la compañía A cesó. Algo después de dicho incidente, la compañía A tuvo conocimiento de que el edificio sobre el que se abrió fuego era el Hotel Palestina y de que algunos periodistas habían fallecido o habían sido heridos. Los informes de inteligencia indicaban, sin embargo, que el enemigo había utilizado parte del hotel como base de operaciones. Las actividades en el balcón del Hotel Palestina se correspondían con las de un observador enemigo. Se hizo fuego una sola vez en acto de autodefensa, guiándose estrictamente por las Reglas de Combate. Bagdad era un área de intenso combate y algunos periodistas decidieron permanecer allí a pesar de las advertencias sobre el extremo peligro que corrían por ello. Quisiéramos reiterar que la muerte del señor José Couso fue una tragedia y que Estados Unidos traslada su más profundo pésame a la familia», artículo aparecido en *El País*, el 16 de febrero de 2004, https://elpais.com/diario/2004/02/16/espana/1076886017_850215.html?prm=enviar_email.

23. Posteriormente, el Gobierno de J. L. Rodríguez Zapatero, declaró en el Congreso haber cursado instrucciones a la Embajada de España en Washington para solicitar a las autoridades norteamericanas información adicional a la transmitida en su día²⁰. Y, tras el accidente en Turquía del Yakolev-42 ocurrido el 26 de mayo de 2003, se aprobó el Real Decreto-ley 8/2004, ya citado, que establecía un sistema de indemnizaciones de carácter extraordinario para los militares, miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y personal al servicio de las Administraciones públicas, por muerte o daños producidos con ocasión de su participación en operaciones de mantenimiento de la paz, asistencia humanitaria u otras aprobadas por el Gobierno a estos efectos, aclarando que no suponía asunción de responsabilidad por el Estado. La DA 3.^a recogía la relación de personas a cuyos beneficiarios se reconocían indemnizaciones por fallecimiento, entre ellas el periodista José Couso²¹.

2. LA SENTENCIA

24. La SAN comienza su parte dispositiva explicando el retraso en el proceso y aclarando que se decidió esperar a la conclusión de las actuaciones penales por entender que la decisión sobre la existencia de un ilícito internacional podía condicionar el punto de partida para la resolución del proceso. Después y resumidas las posiciones de la partes, la Sala recuerda (FJ 5) que en el ordenamiento interno español se reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por las lesiones sufridas en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, salvo casos de fuerza mayor y se refiere a los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas con remisión a la STS de 28 de enero de 1999²².

25. Ahora bien, precisa la SAN (FJ 6) que la solicitud de responsabilidad patrimonial que plantea la demanda, no se basa en la consideración de la Administración como responsable de la muerte del Sr. Couso, sino que se fundamenta en la conducta omisiva consistente en no ejercer la protección diplomática frente a Estados Unidos para que la demandante obtuviera la reparación «que considera justa» por el fallecimiento motivado por la conducta ilícita del ejército de aquel país. Según la SAN esa conducta omisiva

²⁰ Contestación del Gobierno a la pregunta escrita de un diputado en el Congreso el 7 de mayo de 2004, *BOCG*, Congreso Serie D, VIII Legislatura, núm. 23, de 27 de mayo de 2004, p. 8.

²¹ Junto a otros periodistas fallecidos en conflictos armados fuera de España, incluido el fotógrafo J. A. Rodríguez al que se refiere el citado Dictamen del Consejo de Estado.

²² STS 5897/1994, Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, Sección 6.^a, ES:TS:1999:8689. Cita la SAN el art. 106.2 de la Constitución; el art. 139.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*BOE* núm. 285, de 27 de noviembre de 1992). Dicha ley fue derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 236, de 2 de octubre de 2015). El texto del art. 139.1 se reproduce actualmente en el art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (*BOE* núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

le habría impedido resarcirse de los perjuicios a cargo de las autoridades americanas.

26. Por eso, el punto de partida para la Sala (FJ 7) es determinar si era o no procedente que el Estado ejerciese la protección diplomática en este caso. Para hacerlo, comienza por tratar de perfilar el régimen jurídico de la misma en DI y en Derecho interno. Señala que la protección diplomática es un procedimiento de aplicación del DI regulado por normas consuetudinarias. Aunque afirma después que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha procedido a la «codificación» de tales normas mediante un proyecto de artículos y reproduce el contenido del art. 1 del proyecto. Manifiesta que nada impide que los ordenamientos internos regulen *ad intra* las condiciones de ejercicio de la protección, pero admite expresamente que, en España, la única mención al respecto se contiene en el art. 21.6 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado²³. Indica la SAN, como requisitos tradicionalmente exigidos de ejercicio de dicha protección, la existencia de un ilícito internacional causante de un daño a un nacional del Estado que presta la protección, el agotamiento de los recursos internos y que el nacional haya adoptado una conducta adecuada al Derecho del Estado infractor, aunque, dice «este requisito ha sido relativizado por la doctrina».

27. Seguidamente analiza si esos requisitos se cumplen en el caso (FFJJ 8, 9 y 11), comenzando por el hecho internacionalmente ilícito, para lo que se basa en la recepción de las apreciaciones fácticas de los órganos judiciales del orden penal, pues entiende que el sobreseimiento especial de la causa por el cambio en la legislación sobre jurisdicción universal excluye la eficacia de cosa juzgada, pero no le impide asumir como propias tales apreciaciones como integrantes del presupuesto de hecho de la protección diplomática, cuyo ejercicio, dice, no exige que el ilícito internacional haya sido judicialmente declarado, sino que se esgriman unos hechos que lo integren razonablemente. Le basta, entonces, con constatar que los órganos de la jurisdicción penal apreciaron la concurrencia de unos hechos que, «aun con el carácter claudicante propio de un auto de procesamiento» pueden ser encuadrados en la categoría de ilícito internacional (FJ 8).

28. Concretamente, se basa la SAN en la exposición de los hechos del auto de procesamiento del Juez de instrucción de la Audiencia Nacional, Santiago Pedraz, de 4 de octubre de 2011, apreciación fáctica «provisional» que en opinión de la Sala «se vio corroborada años después» por la STS 797/2016, ya citada, que confirmó el sobreseimiento de la causa. En particular, en el único párrafo de dicha STS que se refiere a esto, el introductorio a los fundamentos de derecho, conforme al cual:

«Antes de entrar en el examen del recurso de casación formalizado ante esta Sala es obligado señalar que la muerte causada violentamente de un profesional de la información cuando estaba en el ejercicio de sus funciones, en las circuns-

²³ Conforme al que el Consejo de Estado en pleno deberá ser consultado respecto de reclamaciones sobre ejercicio de la protección diplomática.

tancias que se infieren de lo que se describe en los escritos presentados, constituye un ataque no justificado por parte de fuerza armada a población civil, como igualmente resulta lamentable la escasa cooperación judicial prestada por las autoridades de Estados Unidos para el esclarecimiento de los hechos».

29. Se refiere luego la SAN (FJ 10) a la consideración de los periodistas como personas civiles por el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra (art. 79), a la prohibición de ataques indiscriminados contra la población civil (art. 51), a las exigencias de cuidado constante en las operaciones militares para preservar a la población civil (art. 57) y a la norma fundamental del art. 48 del Protocolo que establece la obligación de hacer distinción entre población y combatientes con objeto de que las partes dirijan únicamente sus combates contra objetivos militares, para terminar, constatando la existencia de hecho internacionalmente ilícito en el FJ 11 (véanse párrs. 44-45 *infra*). Cabe concluir «sin mayor esfuerzo y con el limitado efecto de integrar el presupuesto para que surja la pretendida responsabilidad patrimonial», dice, que la muerte del Sr. Couso «presentaba la apariencia de un ilícito internacional imputable a las fuerzas estadounidenses». Se basa también en lo afirmado en el Dictamen 1496/1991 del Consejo de Estado. Da igualmente por cumplido el requisito del agotamiento de los recursos internos, en virtud del reconocimiento de excepciones a la regla general y de que el citado Dictamen del Consejo de Estado puso de manifiesto lo *estéril* de una reclamación jurisdiccional de reparación en el sistema judicial interno de Estados Unidos.

30. Aborda seguidamente la SAN la naturaleza jurídica de la protección diplomática para refutar los argumentos de la Abogacía del Estado sobre su carácter discrecional. Así, el FJ 12 abre con el reconocimiento de dicho carácter en DI, matizando que eso es así desde la óptica de las relaciones entre Estados en tanto que excluyen la capacidad del particular para reaccionar como sujeto de DI, pero señala que esa concepción «no determina fatalmente la ordenación interna de cada Estado acerca de si el ciudadano víctima de un ilícito internacional tiene o no un derecho subjetivo» a la protección diplomática. Afirma, no obstante, que son pocos los ordenamientos nacionales que incorporan la obligación del Estado de ejercer dicha protección.

31. Ahora bien, dice la SAN a renglón seguido, que la protección diplomática está siendo objeto de «ciertos reajustes» en los últimos años, «admitiendo la existencia de una verdadera obligación» para el Estado de ejercerla si concurren los requisitos para ello. Sustenta esa afirmación en el proyecto de artículos de la CDI, pues dice que, si bien dicho órgano rechazó inicialmente establecer una obligación para los Estados, acabó incorporando al «proyecto de convención», una recomendación al respecto en su art. 19. Y reproduce el apdo. 1.a) de dicho artículo, para completar la argumentación indicando que, aunque el proyecto no se ha plasmado en un tratado, es considerado hoy por la doctrina internacionalista la reafirmación definitiva de normas de DI consuetudinario sobre esta cuestión.

32. Respecto al ordenamiento interno español, habiendo ya reconocido anteriormente la ausencia de disposición por la que se establezca expresa-

mente la obligación del Estado de ejercer la protección diplomática, la SAN insiste en que no existe en nuestro ordenamiento «una predeterminación de la fuente normativa de la que surja la obligación del Estado de ejercer la protección diplomática», pero añade que, en ausencia de previsiones legales específicas, esa obligación puede nacer de:

«la necesidad de hacer efectivos los valores y principios constitucionales, integrados o interpretados con o desde los tratados internacionales sobre los valores en juego y los principios de Derecho internacional a los que el Estado (todo él) debe acomodar su actuación».

Algo que deduce de los escasos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el tema. En concreto, de la STC 140/1995 (FJ 10) y de la STC 18/1997²⁴ que, en opinión de la Sala, comparten una misma concepción de la protección diplomática de la que subyace que el Estado tiene, al menos bajo ciertas condiciones y supuestos, la obligación de «desenvolver su actividad cerca del Estado incumplidor de sus obligaciones» para lograr la satisfacción del derecho de sus nacionales (párrs. 61-64 *infra*).

33. Se ocupa también la SAN (FJ 13) de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, partiendo del recordatorio de la cita de un extracto del FJ 4 de la STS de 6 de octubre de 2004²⁵ en el que dicho tribunal afirmó que la ausencia de una previsión expresa en nuestra norma suprema no ha sido óbice para que el Tribunal Supremo manifestase en su Sentencia de 29 de diciembre de 1986 que la protección de los españoles en el extranjero constituye un cometido esencial del Estado conforme a la Constitución. La Sala acepta que los casos analizados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo «guardan una diferencia que impide su aplicación mecánica», y que se daba en ellos una conexión causal entre la actividad de las autoridades y el perjuicio infligido por otro Estado a un ciudadano español, perjuicio que no se habría intentado reparar a través del ejercicio de la protección diplomática o lo habría sido de modo inadecuado. Admite también que, a diferencia de esos supuestos, el fallecimiento del Sr. Couso fue causado por el ejército estadounidense «sin conexión causal alguna con la conducta de nuestras autoridades». Muy sorprendentemente, esa diferencia fundamental, no le impide extraer del conjunto de resoluciones del Tribunal Supremo que cita unas conclusiones que afirma «trascienden del caso concreto» (párrs. 65 y ss. *infra*).

34. En primer lugar, se refiere a la STS de 16 de noviembre de 1974²⁶, recordando que el Tribunal Supremo partió de la inexistencia de un verdadero derecho a la protección y reconoció la responsabilidad patrimonial de la Administración en base a que las consecuencias dañosas infligidas por el Estado extranjero a los españoles se derivaron, como represalia, de la actuación de nuestros poderes públicos, y esos daños no fueron compensa-

²⁴ STC de 28 de septiembre de 1995, *BOE* núm. 246 suplemento, de 14 de octubre de 1995, y STC de 10 de febrero de 1997, *BOE* núm. 63 suplemento, de 14 de marzo de 1997.

²⁵ STS 6164/2002, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.ª, ES:TS:2004:6259.

²⁶ STS, Sala de lo Contencioso, Sección 3.ª, ES:TS:1974:2914.

dos mediante el ejercicio de la protección diplomática. A continuación, la SAN recuerda la STS de 29 de diciembre de 1986²⁷, de la que deduce que la protección diplomática se constituye en una obligación del Estado cuyo incumplimiento, en determinadas circunstancias, puede generar su responsabilidad, aunque admite que en aquel caso, había una causa concurrente para declararla, y destaca que el Tribunal Supremo sustentó la declaración de responsabilidad patrimonial no solo en la conducta negligente inicial de las autoridades españolas, sino también en la falta de gestiones efectivas posteriores para la protección de los nacionales. Cita el siguiente extracto del FJ 4 de aquella STS:

«La responsabilidad no emana únicamente de la acción que produce el daño, sino también de la omisión cuando no se hace aquello que se ha de hacer; y cuando la pasividad es de la Administración que guarda silencio y está inactiva cuando debe hablar y actuar; su responsabilidad es paladina de ella».

35. Otro argumento para la SAN estaría en la STS de 10 de diciembre de 2003²⁸, porque el Tribunal Supremo se refirió a la protección diplomática como *potestad-deber* en dos ocasiones, perfilándola, dice, como una obligación «de medio» (comportamiento) que, en el caso, fue desenvuelta hasta alcanzar un acuerdo indemnizatorio para el conjunto de los perjudicados. Y, finalmente, se apoya en la STS de 17 de febrero de 1998²⁹, pues, «a pesar de que el discurso no se desarrolló en este terreno dados los términos en los que se trabó el debate procesal», entiende la SAN que su FJ 6 aceptaba la responsabilidad de la Administración por la insuficiencia de la protección otorgada por el Estado. Cita también el siguiente extracto de su FJ 5:

«La responsabilidad patrimonial del Estado, personalizado en la Administración, como sujeto gestor del presupuesto, abarca la actividad desplegada en el ámbito de las relaciones internacionales, pues el reconocimiento de un ámbito discrecional en favor de la potestad de dirección política del Gobierno no es obstáculo al carácter indemnizable de los perjuicios singulares que puedan producirse a cargo de particulares no obligados a soportarlos».

36. A partir de ahí, inexplicablemente, la SAN dispone (FJ 14) que la aplicación al caso enjuiciado de la «anterior doctrina» conduce a la estimación del recurso y a la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado, pues la Administración española «estaba obligada a desenvolver la actividad necesaria para promover ante el Estado infractor la reparación del daño causado de modo ilícito y no lo hizo». Dice la SAN, en términos muy similares a los que emplea la demanda, que la Administración se limitó a recibir y aceptar las explicaciones ofrecidas por Estados Unidos de que el ataque al hotel Palestina estaba justificado y que el fallecimiento del Sr. Couso fue un lamentable accidente, sin que conste la realización de gestión alguna tendente, no ya al reconocimiento de la ilicitud del ataque, sino a la reparación

²⁷ STS, Sala de lo Contencioso, Sección 1.ª, ES:TS:1986:14540.

²⁸ STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª, ES:TS:2003:7925.

²⁹ STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª, ES:TS:1998:1044.

de sus consecuencias patrimoniales de un modo razonable. Y ello pese a las muy numerosas peticiones al respecto desde diversos grupos parlamentarios.

37. Completa la SAN su confusa argumentación aportando otra sorprendente justificación de esa pretendida obligación del Estado, la necesidad de garantizar la protección de ciertos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (derecho a la vida, derecho a la información y protección jurídica de la familia). Por un lado, entiende la Sala que, al verse afectado un bien jurídico de primer orden, como el derecho a la vida y, siendo uno de los cometidos esenciales del Estado, proteger a sus nacionales, «la obligación del Estado de ejercer la protección alcanzaría grado superlativo» en virtud del art. 15 en relación con el art. 10.2 de la Constitución y los Convenios internacionales sobre su protección. Por otro lado, considera que la dimensión objetiva del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1.d) de la Constitución, conforme interpretación del Tribunal Constitucional] militaba en favor de conceder la protección diplomática como forma de protección de esa libertad garantizando la indemnidad de su ejercicio. Se refiere también la SAN al deber de los poderes públicos de asegurar la protección jurídica de la familia. Se trata, dice:

«De una obligación impuesta en el art. 53.3 CE que, si bien ha de ser prestada a través de los cauces que el Ordenamiento prevé, nos emplaza a que informe nuestra práctica jurisdiccional. Y en el presente caso, a la vista de que la familia del Sr. Couso no disponía de cauce jurisdiccional practicable ante los tribunales americanos para obtener la reparación que merecía [...], se evidencia que la protección diplomática se revelaba como el cauce idóneo y exigible para que nuestras autoridades cumplieran el mandato impuesto por el art. 39».

38. En definitiva, de todo lo anterior deduce la SAN que el Estado español está obligado a ejercer la protección diplomática, lo que le lleva a concluir en el caso concreto, que la Administración española incumplió esa obligación al no actuar, a pesar de que debió hacerlo. Ahora bien, pese a su razonamiento anterior, al llegar al FJ 15 la SAN da un giro para volver sobre el carácter discrecional de la protección y descartar que esa discrecionalidad obste a su argumentación. Admite entonces que, razones de política exterior, que al Gobierno corresponde dirigir (art. 97 de la Constitución), podrían haber aconsejado no desarrollar acción diplomática en favor de los perjudicados. Pero concluye que, aun así, cabría afirmar la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues se derivaría en este caso de un funcionamiento normal que los particulares no tendrían obligación jurídica de soportar, en el sentido de que no puede hacerse recaer sobre ellos individualmente la política exterior desarrollada en favor del conjunto del Estado y, en definitiva, de la globalidad de los ciudadanos. Según la SAN, la imposición a los demandantes de este sacrificio en exclusiva iría en contra del principio de igualdad ante las cargas públicas.

39. La SAN da una nueva vuelta de tuerca cuando se ocupa de la cuantificación de la responsabilidad patrimonial (FJ 16), pues considera que el perjuicio sufrido, derivado de la omisión del ejercicio de la protección diplomática

tica, no se identifica con el fallecimiento del Sr. Couso sino con la *pérdida de la ocasión* de que, mediante las gestiones del Gobierno ante las autoridades norteamericanas, se hubiera podido obtener una compensación adecuada «a los estándares utilizados en supuestos similares». Remite a la doctrina de la pérdida de oportunidad en el campo de la responsabilidad en el ámbito de la Administración sanitaria, advirtiendo que en tales casos se indemniza la posibilidad de que, con una intervención distinta quizá se hubiera interrumpido el curso causal, pudiendo hacer que las cosas sucedieran de otro modo o que, al menos, el daño sobrevenido hubiera sido menor. La Sala aplica esa doctrina al caso y determina que se parte de la existencia cierta del evento dañoso e ilegítimo ya producido (fallecimiento del Sr. Couso) que la actuación administrativa omitida no habría evitado ni minorado en sus efectos. La responsabilidad patrimonial de la Administración surgiría, entonces, por el incumplimiento de la obligación de desarrollar una actividad a la que las circunstancias del caso compelián, pero *con un resultado incierto*. Según la SAN (FJ 17) la jurisprudencia opta, en este tipo de supuestos por la moderación de la indemnización que resultaría procedente si se hubiera actuado, lo que toma como referencia para el caso.

40. De tal manera que aprecia la cuantía de la indemnización que estima procedente en 99.430,00 euros para la viuda y 41.430 euros para cada uno de los dos hijos del fallecido. Una cantidad que se corresponde con lo solicitado en la demanda, a excepción de la minoración de las cantidades percibidas de las entidades aseguradoras y de los daños materiales, es decir, los útiles e instrumentos de trabajo (pues, para la SAN, la expectativa indemnizatoria a obtener de Estados Unidos contemplaba una cantidad global por todos los conceptos, incluidos los daños materiales). Para el cálculo de esa expectativa o resultado incierto, la SAN se basa en datos que considera «seguros dentro de los límites de la cuantía reclamada en aras del respeto de las exigencias de congruencia». Se basa, por la semejanza del caso, en los datos del ya citado dictamen del Consejo de Estado 1496/1991 que se refería a la práctica seguida por los Estados Unidos en materia de indemnizaciones por los daños causados por sus fuerzas armadas, al que remitía la demanda (párr. 9 *supra*). No descuenta, sin embargo, la cantidad de 140.000 euros satisfecha en aplicación del Real Decreto-ley 8/2004 (FJ 18).

3. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN DERECHO INTERNACIONAL Y LA SENTENCIA

3.1. El presupuesto: la comisión de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado que causa un daño a un particular, nacional de otro Estado

41. Conviene advertir, en primer lugar, que la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, no es tanto un requisito o condición de ejercicio de la protección, como afirma la SAN, sino más bien un presupuesto previo.

La protección diplomática es una institución clásica del DI que se desenvuelve en el plano de las relaciones interestatales y constituye un mecanismo de aplicación de las normas internacionales. Su función es permitir al Estado perjudicado (el de nacionalidad de la víctima) invocar la responsabilidad internacional del Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito que ha causado un daño a sus nacionales. El principio general en la materia es que todo hecho internacionalmente ilícito entraña la responsabilidad internacional del Estado autor, dando lugar a una nueva relación jurídica internacional³⁰. De manera que la comisión de un hecho internacionalmente ilícito es, en realidad, el presupuesto necesario para que, llegado el caso, un Estado pueda ejercer la protección diplomática, siempre que se cumplan los requisitos o condiciones de ejercicio exigidos para ello de conformidad con el DI consuetudinario en vigor, que son la nacionalidad de la reclamación y el agotamiento de los recursos internos. En definitiva, sin la presencia de esos requisitos, el Estado reclamado, autor del ilícito internacional, podría oponerse al ejercicio de la protección diplomática³¹, mientras que en ausencia de hecho internacionalmente ilícito, sencillamente, no se generaría la responsabilidad y, consecuentemente, no llegaría a surgir el derecho del Estado a ejercer la protección.

42. La SAN da por sentada la presencia del citado presupuesto al afirmar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito en base, como hemos visto, a las apreciaciones fácticas de los órganos judiciales del orden penal. Apreciaciones fácticas que, junto con lo señalado en el dictamen del Consejo de Estado de 1992, asume sin más a efectos de la calificación de los hechos. Admite así que las fuerzas armadas norteamericanas tenían encomendada la misión de evitar que los medios de comunicación informaran de los combates y da por hecho que el disparo al hotel Palestina fue realizado con ese fin para «completar la operación» que se habría iniciado con el bombardeo previo de dos televisiones árabes situadas al este del río. Acepta que el carro que lanzó el proyectil contaba con elementos de visión que permitían apreciar con total claridad a las personas situadas en los balcones del hotel y los objetos que portaban, descartando que los periodistas hubieran podido ser confundidos con ojeadores o tiradores del enemigo.

43. Ahora bien, la facilidad y rotundidad con que la Sala confirma la presencia de un hecho internacionalmente ilícito plantea dudas si se confronta con el relato de los hechos que contiene el informe del Comité para la protección de los periodistas, ya citado, presentado por los demandantes.

³⁰ Art. 1 del proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado en segunda lectura en 2001, texto del proyecto con sus comentarios en *Anuario CDI*, 2001, vol. II (2.ª Parte), Cap. IV, pp. 31-153.

³¹ Pero siendo normas de naturaleza dispositiva, también podría aceptar la presentación de la reclamación en ausencia de tales requisitos, pues la renuncia del Estado cuya responsabilidad se invoca, manifestada de forma clara en cláusula o compromiso arbitral o de cualquier otro modo, es una excepción comúnmente aceptada a la regla general del agotamiento de los recursos internos. Del mismo modo, en ausencia de oposición del Estado reclamado, un Estado podría ejercer la protección diplomática de un no nacional.

Puede leerse en dicho informe que el ataque contra los periodistas no fue premeditado, pero que se pudo evitar, que la reacción inmediata de los mandos norteamericanos al ataque fue de rabia y consternación, y que se dio, entonces, la orden de no disparar al hotel bajo ninguna circunstancia, «incluso si están bajo fuego o si ven un tubo de artillería montado en el tejado». Y que «aunque todo parece indicar que al disparar el obús el carro apuntaba a lo que pensaba era un observador iraquí, hay otras interrogantes»³².

44. Recuerda la Sala, como hemos destacado (párr. 29), el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, sin plantearse, ni por un momento, que Estados Unidos no es parte en el mismo y que su aplicación al caso requeriría previamente el reconocimiento del carácter consuetudinario del contenido de conducta de tales disposiciones. Lo que no es automático, pues requeriría un estudio detallado de la práctica y supondría valorar, entre otras cosas, si incluso reconociendo su valor consuetudinario, serían aplicables a Estados Unidos, lo que podría quedar descartado en virtud de la regla de la objeción persistente³³. En vez de eso, la Sala concluye «sin mayor esfuerzo» que la muerte del Sr. Couso «presentaba la apariencia de un ilícito internacional imputable a Estados Unidos».

45. La Sala no admite posibilidad de error o confusión por parte de los militares norteamericanos. Descarta que la acción pudiera responder a una falta de diligencia culposa de las fuerzas armadas estadounidenses. Considera que se produjo un ataque indiscriminado intencional contra los periodistas,

³² También dice el informe (véase nota 2 *supra*) que varios oficiales del Pentágono y algunos mandos en tierra sabían que el hotel estaba lleno de periodistas y querían evitar que se convirtiera en un blanco, pero probablemente no hicieron llegar su preocupación al jefe de carro que dio la orden de disparar. Que el disparo al hotel tuvo lugar durante combates que se consideran de los más duros en Bagdad. Al parecer, a primera hora del día se reactivó el fuego intenso en la zona oeste de la ribera del Tigris, en los alrededores del puente y los periodistas, desde los balcones, observaron un movimiento importante de contraataque iraquí, que duró varias horas. Algunos periodistas afirmaron que hubo un momento de relativa calma justo antes del disparo, mientras otros mostraron menos certeza, indicando que los enfrentamientos intensos se prolongaron durante toda la mañana. Se dice que el combate alcanzó tal intensidad que los mandos militares norteamericanos pidieron apoyo aéreo para debilitar las posiciones iraquíes. Que según el testimonio de uno de los fotógrafos que estaba en el hotel era difícil determinar si los carros habían sido o no objeto de ataque desde el otro lado del puente debido a la distancia, mientras que para otros periodistas se abrió fuego contra los carros desde varios edificios oficiales situados en el lado este del puente. Que desde el hotel los periodistas tenían un buen ángulo de visión de los carros sobre el puente por lo que supusieron que también les veían a ellos, aunque los carros se encontraban a 1.200 metros del hotel. Que, según declaraciones de uno de los periodistas «integrados», había francotiradores apostados en edificios altos que disparaban a la escotilla de torreta de los carros, llegando a herir a dos miembros del batallón de Wolford. Que las fuerzas norteamericanas lograron controlar las comunicaciones entre fuerzas iraquíes a través de radio, lo que les permitió establecer que un observador avanzado o vigía dirigía los disparos de los combatientes iraquíes enfrentados a las tropas norteamericanas. Otro periodista «integrado» destacó que había muchísima preocupación por localizar al vigía y que temían recibir una salva de artillería en cualquier momento. Que antes del disparo, el comandante de la brigada se dirigió a los periodistas, porque estaban estudiando solicitar un ataque aéreo, les dijo que creía que todos los comandantes sabían que había periodistas en el hotel y les solicitó ayuda para la identificación visual del edificio con el fin de evitar disparar en su contra, aunque tenía una indicación general de localización de varios cientos de metros; y que se declaró que los mapas de satélite que utilizaban los militares eran de unos diez años atrás.

³³ Escrito de preparación del recurso de casación, *cit.*, pp. 6-7.

porque en el hotel había periodistas y las fuerzas armadas norteamericanas lo sabían. No valora que pudiera entrar en juego alguna de las circunstancias que, conforme al DI vigente, excluyen la ilicitud, como el peligro extremo, recogido en el art. 24 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos³⁴.

46. No tiene tampoco en cuenta la SAN la posible contribución al perjuicio, a efectos de determinar la reparación, de la conducta de la víctima, como también se establece en DI³⁵. Lo que conecta con la cuestión de la conducta correcta de la víctima o excepción de manos limpias, que la demanda presenta como requisito o condición de ejercicio de la protección diplomática. Es cierto que no puede hablarse en este caso de una conducta incorrecta, en el sentido de antijurídica, pero no cabe duda de que se trata de una conducta arriesgada. No puede ser de otra manera teniendo en cuenta las circunstancias en que desempeñan su loable labor los reporteros de guerra, que, al hacerlo, asumen conscientemente un riesgo. En realidad, la conducta correcta del particular perjudicado no es considerada, conforme al DI vigente, una condición de ejercicio de la protección diplomática. No obstante, el hecho de que el particular haya tenido, con carácter previo al ilícito del Estado, una conducta incorrecta, u objetivamente arriesgada, puede y suele motivar en la práctica la negativa de su Estado a ejercer la protección diplomática en su favor, dado el carácter discrecional de la misma. Ese comportamiento previo puede tener incidencia, igualmente, en el contenido de la protección ejercida en su favor, pudiendo llegar a equipararse a la mera protección por motivos humanitarios, es decir, limitarse a la exigencia del cese del ilícito, sin llegar a exigir la reparación del perjuicio sufrido³⁶. También, puede influir sobre la cuantía de la reparación que se obtenga y puede tener su peso como

³⁴ Conforme al cual: «1) La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado. 2) El párr. 1 no es aplicable si: a) la situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca, o b) es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor», *Anuario CDI*, 2001, vol. II (2.ª Parte), pp. 83-84.

³⁵ El art. 39 del mismo proyecto dispone: «Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación». El comentario núm. 1 a dicho artículo aclara que se refiere a los casos en que un perjuicio ha sido causado por un hecho internacionalmente ilícito de un Estado, pero en que el Estado lesionado, o la persona víctima de la infracción, ha contribuido materialmente al perjuicio por alguna acción u omisión, intencional o negligente. Se refiere a las situaciones llamadas en los ordenamientos jurídicos nacionales «culpa concurrente», *comparative fault*, *faute de la victime*. Ese comportamiento, según el comentario núm. 2, debe tenerse en cuenta para evaluar la forma y la cuantía de la reparación. *Anuario CDI* 2001, p. 117. JIMÉNEZ PIERNAS, C., *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional del Estado*, Alicante, 1998, *passim*.

³⁶ JIMÉNEZ PIERNAS, C. (dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Madrid, 2011, p. 435. También sobre este tema DÍAZ BARRADO, C. M., «La protección de españoles en el extranjero. Práctica constitucional», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1992, pp. 239-353, esp. p. 326, e *id.*, «La protección diplomática en el Derecho Internacional contemporáneo: cuestiones generales», *The Yearbook of Diplomatic and Consular Law*, 2016, núm. 1, pp. 163-182, esp. pp. 181-182.

argumento de atmósfera o ambiente ante las jurisdicciones internacionales, llegado el caso³⁷.

47. No es nuestro objetivo, ni mucho menos, determinar si hubo o no un hecho internacionalmente ilícito. Solo queremos llamar la atención sobre las dudas que la calificación jurídica de los hechos pudo suscitar y que pudieron influir sobre la decisión discrecional del Gobierno acerca de las concretas gestiones a desarrollar en este caso y sobre la oportunidad y conveniencia de plantear una reclamación internacional para exigir responsabilidad de otro Estado. Algo que la Sala debió haber valorado. La SAN, en cambio, enfoca el tema desde una perspectiva de Derecho interno, no deja margen de apreciación, y limita considerablemente de ese modo la discrecionalidad del Estado. No puede olvidarse que la relación de responsabilidad internacional y, consecuentemente, la protección diplomática es Estado a Estado, por lo que es el Estado, representado por el Gobierno a través del Ministerio de AAEE, el legitimado para determinar si concurren las circunstancias para apreciar la presencia de un hecho internacionalmente ilícito.

3.2. El carácter consuetudinario de las normas sobre la protección diplomática

48. Creemos que conviene incluir una breve aclaración a este respecto a la vista de las afirmaciones de la SAN. La protección diplomática es una institución regulada por normas de DI consuetudinario que han sido puestas de manifiesto por la jurisprudencia internacional a lo largo de los años. Es cierto que la CDI se ha ocupado del tema llegando a aprobar en segunda lectura un proyecto de 19 artículos³⁸, pero dicho proyecto no refleja una labor exclusiva de codificación, sino también de desarrollo progresivo, lo que ha de ser tenido debidamente en cuenta a fin de no confundir las propuestas de la CDI con el Derecho vigente, como hace la SAN. Muy probablemente, las propuestas *de lege ferenda* que recoge el proyecto hayan sido un factor determinante de que no haya contado en catorce años con el apoyo suficiente de los Estados para dar lugar a una Convención internacional por la que quedar jurídicamente vinculados. Algo que debe ser tomado en consideración.

3.3. La naturaleza jurídica de la protección diplomática en Derecho internacional

49. Conforme al DI vigente, la protección diplomática es un derecho del Estado, no del particular. Cuando el Estado ejerce la protección diplomática

³⁷ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones internacionales*, Madrid, 2019, p. 269.

³⁸ Proyecto de artículos de la CDI sobre protección diplomática, aprobado en segunda lectura por la CDI en 2006, *Anuario CDI*, 2006, vol. II (2.ª Parte), Capítulo IV, pp. 24-61.

de sus nacionales, ejerce un derecho propio. La CPJI lo dejó claro en su Sentencia de 30 de agosto de 1924, en el caso *De las concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido)*³⁹. No puede afirmarse, como hace la SAN, que la institución esté siendo objeto de ciertos reajustes en los últimos años que lleven a admitir la existencia de una verdadera obligación para el Estado.

50. Es cierto que una de las cuestiones analizadas durante el proceso de elaboración del proyecto de la CDI fue la de la naturaleza jurídica de la protección diplomática. Cuestión que, desde el informe preliminar presentado por el Relator Especial, M. Benouna, se vinculó especialmente al desarrollo normativo del DI de los derechos humanos, que conlleva el reconocimiento de determinados derechos al individuo que este puede, en ocasiones, ejercer directamente en el plano internacional. Ello le llevó a preguntarse sobre la titularidad del derecho protegido, planteando si debía mantenerse la concepción clásica, basada en que el Estado al ejercer la protección hace valer su propio derecho o, por el contrario, debía considerarse al Estado como un mandatario o representante de su nacional, que sería el verdadero titular del interés jurídicamente protegido y, en definitiva, del derecho⁴⁰. Ahora bien, en ese mismo informe preliminar afirmaba el relator:

«En la actualidad, la mayor parte de los ordenamientos internos autoriza el recurso ante los tribunales nacionales para garantizar la transferencia de la indemnización percibida por el Gobierno y controlar su distribución. Sin embargo, rara vez se plantea la cuestión del derecho del particular a obtener la protección diplomática del Estado del que es nacional y, en consecuencia, la cuestión de la obligación o el deber que este tendría en este contexto. Por más que en algunos textos constitucionales se enuncie una obligación de esa índole, en realidad esta es más moral que jurídica; la intervención del Estado depende evidentemente de consideraciones políticas y de oportunidad según las relaciones diplomáticas de que se trate y, por lo menos, deberá conciliarse con sus intereses superiores»⁴¹.

³⁹ Dijo la CPJI que es un principio elemental del DI el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al DI cometidos por otro Estado, del que no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias. Y que, al hacerse cargo de la causa de uno de los suyos, al poner en movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial, ese Estado hace valer, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus nacionales el DI. *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, 30 août 1924, CPJI, Serie A, núm. 2, p. 12. El relator manifestó ante la CDI en su 57 periodo de sesiones que el principio *Mavrommatis*, pese a sus limitaciones, constituía la base del DI consuetudinario en materia de protección diplomática y, por esa razón, se había mantenido en el proyecto. *Anuario CDI*, 2005, vol. II (2.ª Parte), p. 57, párr. 241.

⁴⁰ Como se ha dicho, el problema teórico de la coexistencia entre el derecho subjetivo lesionado del particular y el derecho subjetivo lesionado del Estado, que surge respecto de la protección diplomática como mecanismo de protección de los derechos humanos de los propios nacionales, se despeja desde el entendimiento de que el derecho subjetivo lesionado del particular (que estaría en la base del Derecho del Estado) no conlleva un derecho subjetivo de protección, TORROJA MATEU, H., «La “protección diplomática” de los “derechos humanos” de los nacionales en el extranjero: ¿situaciones jurídicas subjetivas en tensión?», *REDI*, vol. LVIII, 2006, núm. 1, pp. 205-237, esp. p. 227.

⁴¹ Informe preliminar sobre la protección diplomática del primer Relator Especial, M. Bennouna, *Anuario CDI*, 1998, vol. II (1.ª Parte), Doc. A/CN.4/484, Capítulo I, pp. 336-341, esp. p. 340, párr. 48. Se refería a las Constituciones de China, Rusia y algunos países de Europa occidental. Sobre ese tema, ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno», *ADI*, vol. III, 1976, pp. 321-346, esp. pp. 323-327.

51. Finalmente, la CDI adoptó una posición más conservadora, concluyendo que al ser el de la subjetividad internacional del individuo un tema controvertido, era preferible no plantearlo y limitarse a considerar al particular simplemente como beneficiario de la protección. Esa fue también la postura del segundo Relator, J. R. Dugard, que consideró poco útil el debate en este contexto teniendo en cuenta que, hoy por hoy, el Estado sigue siendo el principal protagonista de las relaciones internacionales⁴². Así, como señala la SAN, el proyecto de la CDI en su art. 1 determina la definición y alcance de la protección diplomática en los siguientes términos:

«Consiste en la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad».

52. Lo que no dice la SAN es que, inmediatamente después, dicho proyecto incluye un art. 2 en el que dispone que el Estado tiene *derecho* a ejercer la protección diplomática de conformidad con el proyecto de artículos. Ni que, el comentario núm. 2 al artículo, señala que el Estado *tiene derecho* a ejercer la protección diplomática en beneficio de uno de sus nacionales, *pero no el deber ni la obligación* de hacerlo, y que el Derecho interno puede obligarlo a prestar protección diplomática, pero el DI no impone esa obligación. Tampoco se refiere la SAN el art. 3 del proyecto, que insiste en la idea cuando establece que el Estado con *derecho* a ejercer la protección diplomática es el de la nacionalidad, ni el comentario núm. 1 que lo acompaña, que indica que se deja bien sentado el *principio* de que el Estado de la nacionalidad de la persona perjudicada *tiene derecho*, aunque *no está obligado*, a ejercer la protección diplomática a favor de esa persona. Lo mismo ocurre con el art. 5 del proyecto (continuidad de la nacionalidad), arts. 6 y 7 (nacionalidad múltiple), arts. 10, 11 y 12 (protección de las personas jurídicas) y el art. 18 (protección tripulación de un buque), que reiteran expresiones como el Estado *tiene derecho, podrá*, o el Estado *deja de tener derecho, o no podrá* ejercer la protección. Igual la propuesta de desarrollo progresivo del art. 8 que admite el ejercicio de la protección respecto de apátridas y refugiados. Según el comentario núm. 11 a dicho artículo, un Estado de refugio:

«Podrá ejercer la protección diplomática. Esto pone de relieve el carácter discrecional del Derecho. Un Estado puede discrecionalmente, en Derecho internacional, ejercer la protección diplomática respecto de un nacional. *A fortiori*, puede discrecionalmente hacer extensiva esa protección a un apátrida o refugiado»⁴³.

53. Basa la SAN su afirmación sobre los reajustes de la institución en que la CDI rechazó inicialmente establecer la obligación, pero finalmente incluyó

⁴² CRESPO NAVARRO, E., «El proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática: la protección de las personas físicas», *REDI*, vol. LVII, 2005, núm. 1, pp. 221-238, esp. p. 225.

⁴³ *Anuario CDI*, 2006, vol. II (2.ª Parte), p. 40.

una recomendación al respecto. Conviene aclarar esa declaración. En efecto, el Relator J. R. Dugard, en su primer informe, se alejó conscientemente de la posición tradicional al proponer, también *de lege ferenda*, un art. 4, que evidentemente no pasó la criba de la CDI, por el que se imponía al Estado un deber jurídico de ejercer la protección diplomática, a solicitud de un nacional, en aquellos casos en que el daño se debiera a la violación grave de una norma de *ius cogens* atribuible a otro Estado, salvo ciertas excepciones. En su introducción del tema ante la CDI, el relator manifestó que la opinión mayoritaria en la Sexta Comisión fue que el Estado tenía una facultad discrecional absoluta de decidir si concedía la protección diplomática y solo algunas delegaciones defendieron lo contrario. Sobre la práctica de los Estados, señaló, como hizo en su primer informe, que algunas Constituciones contenían disposiciones en el sentido de que el Estado tenía que proteger los derechos de sus nacionales en el extranjero. Pero para el relator no quedaba claro si esos derechos eran exigibles en virtud del Derecho interno, ni tampoco si, en realidad, tales disposiciones tenían por objeto más bien garantizar el acceso de los nacionales a la asistencia consular de su Estado en el extranjero⁴⁴.

54. No debe confundirse la protección diplomática *stricto sensu*, que implica, como aclara el art. 1 del proyecto, la invocación de responsabilidad internacional, ya se haga mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, con otras figuras afines como la protección y la asistencia consular⁴⁵, así se aclara en los comentarios núms. 9, 10 y 11 al art. 1. Por lo general, el órgano encargado de ejercer la protección diplomática es el Gobierno, a través del Ministerio de AAEE, pudiendo llevar a cabo la gestión específica de la reclamación alguno de los servicios centrales del Ministerio

⁴⁴ Dicha propuesta de art. 4 decía: «1. A menos que la persona perjudicada pueda presentar una reclamación ante una corte o tribunal internacional competente, el Estado de su nacionalidad tiene el deber jurídico de ejercer la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada a solicitud de esta, si el daño se debe a una violación grave de una norma de *ius cogens* atribuible a otro Estado. 2. El Estado de la nacionalidad quedará eximido de esta obligación si: a) el ejercicio de la protección diplomática puede poner seriamente en peligro los intereses generales del Estado y/o su población; b) otro Estado ejerce la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada, y c) la persona perjudicada no tiene la nacionalidad efectiva y dominante del Estado. 3. Los Estados están obligados a incluir en su Derecho interno disposiciones para hacer respetar este Derecho ante un tribunal interno competente u otra autoridad nacional independiente», Primer informe del Relator Especial, J. R. Dugard, *Anuario CDI*, 2000, vol. 2 (1.ª Parte), Doc. A/CN.4/506 y Add. 1, pp. 234-237, párrs. 74-93.

⁴⁵ DÍEZ DE VELASCO, M., «Reflexiones sobre la "protección diplomática"», en VVAA, *Pensamiento jurídico y Sociedad Internacional. Estudios en honor del Prof. D. Antonio Truyol Serra*, 2 vols., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales/Univ. Complutense de Madrid, 1986, vol. I, pp. 377-391, esp. pp. 384-385. Sobre la distinción entre ambos tipos de protección, CRESPO NAVARRO, E., *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho Internacional. La erosión del vínculo de la nacionalidad*, Valencia, 2005, pp. 281-286; MARESCA, A., *Las relaciones consulares*, Madrid, 1974, pp. 215-219 y 220-231, y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *op. cit.*, pp. 269-271. Conforme al art. 3.1 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961 (*BOE* núm. 21, de 24 de enero de 1968), entre las funciones principales de una Misión diplomática se incluye la de proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el DI. Y, según el art. 5, apdos. a) y e) del Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963 (*BOE* núm. 56, de 6 de marzo de 1970) forma parte de las funciones consulares la de proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y los de sus nacionales dentro de los límites permitidos por el DI, así como prestarles asistencia consular.

ante la Misión diplomática del Estado autor del ilícito o la Misión diplomática del Estado reclamante ante el Gobierno del Estado reclamado⁴⁶.

55. En definitiva, el relator presentó la propuesta de art. 4 a la CDI siendo plenamente consciente de que se enmarcaba en el desarrollo progresivo del Derecho. Tras el debate, concluyó que la opinión general era que la cuestión no estaba todavía madura para ser examinada y que requería más apoyo en la práctica de los Estados y en la *opinio juris*⁴⁷. La propuesta fue rechazada por considerar «que iba más allá de los límites permisibles del desarrollo progresivo del Derecho»⁴⁸.

56. La protección diplomática sigue, pues, estando configurada en DI como un derecho del Estado y la principal consecuencia es el carácter discrecional de su ejercicio. Como dijo la CIJ en el caso *Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, Sentencia de 5 de febrero de 1970:

«Dentro de los límites establecidos por el Derecho internacional un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida que considere adecuado, puesto que es su propio derecho lo que el Estado hace valer. Si las personas físicas o jurídicas por cuenta de las cuales actúa estiman que sus derechos no quedan suficientemente protegidos, quedarán sin recursos en Derecho internacional [...]. El Estado debe ser considerado como el único juez facultado para decidir si concede su protección, en qué medida lo hará y cuando le pondrá fin. Posee a ese respecto, una facultad discrecional cuyo ejercicio puede depender de consideraciones, especialmente de orden político, ajenas al caso en cuestión [...]. El Estado goza de una libertad de acción total»⁴⁹.

57. Discrecionalidad que no solo supone la facultad del Estado de decidir si ejerce o no la protección, sino también de cesar en su ejercicio en el momento que estime oportuno e, incluso, de disponer de la reparación obtenida del Estado infractor, pudiendo renunciar a ella, transigir en el importe o darle el destino que considere conveniente. El DI no impone al Estado un deber de ejercer la protección diplomática cuando sus nacionales han sufrido un perjuicio derivado del hecho ilícito de otro Estado. Aunque, como destacó la CIJ en el mismo caso *Barcelona Traction*, eso no impide que los Estados puedan establecer esa obligación en sus ordenamientos internos:

⁴⁶ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *op. cit.*, pp. 269-270. En España, la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2014), recoge como objetivos de la Política exterior, la asistencia y protección a los ciudadanos, atribuyendo al Servicio Exterior del Estado, la función de prestar asistencia y protección y facilitar el ejercicio de sus derechos a los españoles en el exterior (arts. 2.J y 41.3). Atribuye a las Misiones diplomáticas permanentes la protección de los intereses de España y de sus nacionales en el Estado receptor, dentro de los límites permitidos por el DI [art. 42.4.b)], y a las Oficinas consulares, el ejercicio de las funciones consulares, especialmente, prestar asistencia y protección a los españoles en el exterior [art. 47.1.l)]. El Real Decreto 1271/2018, de 11 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de AAEE, UE y Cooperación, dispone que corresponde al Ministerio de AAEE, conforme a las directrices del Gobierno y en aplicación del principio de unidad de acción en el exterior, proteger a los españoles en el exterior (art. 1.1) (BOE núm. 247, de 12 de diciembre de 2018).

⁴⁷ *Anuario CDI*, 2000, Capítulo V, vol. II (2.ª Parte), pp. 82-83, párrs. 447-456.

⁴⁸ Comentario núm. 2 al art. 2 del proyecto, *Anuario CDI 2004*, vol. II (2.ª Parte), p. 22.

⁴⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, ICJ Reports*, 1970, p. 44, párr. 78.

«Con el fin de defender su causa y obtener justicia [los particulares] no pueden sino apelar al Derecho interno, si este 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 a exigir que esa obligación sea respetada y asegurar ese derecho mediante sanciones. Pero todas estas cuestiones permanecen en el ámbito del Derecho interno y no modifican la situación en el plano internacional»⁵⁰.

58. En ese sentido, la CDI incluye en su proyecto ciertas recomendaciones de prácticas deseables, a las que se refiere la SAN, que debieran guiar la conducta de los Estados en esta materia. Eso sí, con la advertencia de que tales recomendaciones no recogen en absoluto el Derecho en vigor, sino que son más bien aspiraciones formuladas desde el deseo de reforzar la protección de los particulares en línea con la creciente preocupación del DI contemporáneo por la protección de los derechos humanos. Se trata del art. 19 del proyecto CDI que, bajo el título de *práctica recomendada*, señala que un Estado con derecho a ejercer la protección *debería*:

«a) Considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave.

b) Tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener.

c) Transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables»⁵¹.

59. La CDI decidió inicialmente no tratar las consecuencias de la protección, ya que su proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado abordaba la mayor parte de los aspectos de la cuestión. Sin embargo, el relator se planteó considerar si en DI el Estado estaría obligado a transferir a la persona lesionada la suma recibida de otro Estado en concepto de indemnización. Como no percibía que la CDI estuviese en general dispuesta a ello, señaló que no era partidario de que se codificase expresamente lo que muchos consideraban un principio desafortunado ni de que se intentara desarrollar progresivamente un nuevo principio que sería inaceptable para los Estados. Prefería dejar la cuestión abierta en el proyecto de forma que pudiera seguir desarrollándose⁵². Así incluyó, a última hora, en su Séptimo informe, el tema del derecho del nacional lesionado a recibir una indemnización, al conside-

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Anuario CDI*, 2006, vol. II (2.ª Parte), pp. 58-59. Y el comentario núm. 3 al art. 2 establece que la opinión según la que incumbe al Estado, en virtud del Derecho interno o el DI algún tipo de obligación, por limitada que sea, de proteger a sus nacionales en el extranjero cuando han sido víctimas de una violación grave de sus derechos humanos encuentra cierto apoyo en las leyes nacionales y en las resoluciones judiciales y que, por tanto, el proyecto de art. 19 establece que un Estado con derecho a ejercer la protección diplomática *debería* considerar debidamente la posibilidad de ejercerla, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave. Por eso, indica que el derecho discrecional del Estado a ejercer la protección diplomática *debería* interpretarse en relación con la recomendación del proyecto de art. 19, *Anuario CDI*, 2006, p. 30.

⁵² *Anuario CDI*, 2005, vol. II (2.ª Parte), pp. 56-57, párr. 240.

rar el tema pendiente. Reconocía que, siendo la práctica de los Estados contradictoria, no podía concluirse la existencia de una obligación que limitase su libertad de disposición. Pero entendía que la política de interés general, la equidad y el respeto de los derechos humanos podían apoyar la restricción de la facultad discrecional en el desembolso de las indemnizaciones, aunque no sea una norma del DI consuetudinario⁵³. El comentario núm. 1 al art. 19 aclara:

«Hay ciertas prácticas de los Estados en la esfera de la protección diplomática que no han adquirido todavía la condición de normas consuetudinarias y que no se pueden transformar en normas jurídicas mediante el desarrollo progresivo del Derecho. Son, a pesar de ello, prácticas deseables, que constituyen características necesarias de la protección diplomática y refuerzan a esta como medio de protección de los derechos humanos y la inversión extranjera. En el proyecto de art. 19 se recomienda a los Estados que tengan en cuenta esas prácticas en el ejercicio de la protección diplomática; esa disposición recomienda que los Estados “deberían” observar determinadas prácticas»⁵⁴.

4. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y LA SENTENCIA

60. Insistimos en que no hay ninguna disposición en el ordenamiento interno español, ni en la Constitución ni en ninguna otra norma de rango inferior, que imponga al Estado la obligación de ejercer la protección diplomática de sus nacionales. A pesar de ello, la SAN afirma rotundamente la existencia de esa obligación, que extrae de una muy forzada y poco persuasiva interpretación de la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales. Repasamos en este apartado la confusa argumentación de la SAN confrontando sus afirmaciones con el análisis detallado de la jurisprudencia que cita, tratando al mismo tiempo de contextualizarla. El desorden argumental de la sentencia nos obliga a un estudio minucioso con el fin de ir desenrollando la madeja de fundamentos que entrelaza, para poder valorar las conclusiones a las que llega.

61. Comenzamos con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La SAN se refiere a las SSTC 140/1995 y 18/1997 de las que concluye que subyace la obligación del Estado de ejercer la protección diplomática (párr. 32 *supra*). No parece, en cambio, que el contenido de estas sentencias, pueda llevarnos a esa deducción. Recordemos que la STC 140/1995, resuelve un recurso de amparo contra la desestimación en apelación de una resolución dictada en un juicio de desahucio contra el inquilino de un inmueble que había dejado de pagar las rentas. La sentencia recurrida había admitido la excepción de inmunidad de jurisdicción civil en base a la condición de miembro del personal diplomático de la Embajada italiana de dicho inquilino. En el FJ 10 de

⁵³ Séptimo informe del relator sobre la protección diplomática, *Anuario CDI*, 2006, Doc. A/CN.4/567, Capítulo II, pp. 26-29, cita p. 29, párr. 102.

⁵⁴ *Anuario CDI*, 2006, p. 30.

dicha sentencia, del que cita un extracto la SAN, valoraba el Tribunal Constitucional si la exclusión de un particular (la arrendadora) del acceso a la jurisdicción civil por la inmunidad del demandado (un agente diplomático acreditado en España) era desproporcionada en relación con el art. 24.1 de la Constitución. Para ello analizaba si el régimen de dicha inmunidad, previsto en el Convenio de Viena de 1961, permite al Estado receptor proteger los derechos e intereses de los particulares que pudieran verse afectados. A ese fin, pasa revista a las diferentes vías de las que dispone el Estado receptor, que ha de velar por la correcta aplicación del Convenio, evitando cualquier posible abuso en los privilegios e inmunidades que establece cuando el particular actúa diligentemente. En ese contexto ha de situarse la afirmación *obiter dicta* realizada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 28 de septiembre de 1995, en la que apoya su argumentación la SAN:

«Si los poderes públicos no adoptaran las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular; por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática cuando la misma sea procedente (STC 107/1992, FJ 3), pese a haberla solicitado, este podrá eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los Juzgados y Tribunales españoles por la lesión sufrida en sus bienes y derechos (art. 106.1 CE). Lo que también posibilita, aunque indirectamente, la satisfacción judicial de los derechos e intereses de los particulares por esta vía, pese a que no esté exenta de desventajas para aquellos».

62. En la conocida STC 107/1992⁵⁵, a la que se refiere la cita anterior, el Tribunal Constitucional conocía en amparo contra sentencia resolutoria de un recurso, promovido por la República de Sudáfrica en base a su inmunidad, contra el auto de ejecución de la sentencia resultante de un procedimiento de despido. La recurrente, norteamericana, prestaba servicios como secretaria en la Embajada de dicho Estado en Madrid hasta su despido. El Tribunal Constitucional afirmó en ese FJ 3 que el derecho a la ejecución en sentido amplio, como derecho a la efectividad de la resolución judicial dictada, podría verse satisfecho a través de expedientes distintos de la ejecución forzosa. Citaba dos posibles vías, el recurso a la protección diplomática, cuando fuera procedente con arreglo al DI (que en el caso hubiera correspondido a Estados Unidos, Estado de nacionalidad), y en último término, la asunción por el Estado del foro (en el caso España) del deber de satisfacer la obligación judicialmente declarada, cuando la inejecución pudiera suponer un sacrificio especial para el justiciable contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas.

63. Tampoco puede extraerse esa conclusión de la STC 18/1997, adoptada, también en amparo, contra la diligencia que archivaba la ejecución de una sentencia que había declarado la nulidad del despido por la Embajada de Guinea Ecuatorial en España de un conductor. No entraba aquí en juego la inmunidad de ejecución, pues el motivo del archivo fue no haber hallado bienes embargables suficientes de la Embajada para afrontar la ejecución. El

⁵⁵ La STC 107/1992, de 1 de julio, *BOE* núm. 177 suplemento, de 24 de julio de 1992.

Tribunal Constitucional no se refiere a la protección diplomática, sino a la vía diplomática, que se pedía utilizar al Ministerio de AAEE para requerir a la Embajada manifestación de bienes y derechos para garantizar sus responsabilidades. El Tribunal Constitucional admite las carencias en la actuación del juzgado de lo social, especialmente en relación a las diligencias ante los Ministerios de Economía y Hacienda y de AAEE, señalando respecto al segundo, en su FJ 8, al que se refiere la SAN:

«En cuanto a la vía diplomática [...] el Juzgado debía haber reiterado su requerimiento antes de declarar el archivo, no aquietándose ante la falta de respuesta de la Embajada a la nota verbal. El órgano judicial debía insistir en el requerimiento al Ministerio de Asuntos Exteriores para que adoptase las medidas que el Derecho internacional le ofrece en el ámbito de las relaciones diplomáticas frente a la Embajada de otro Estado y frente al mismo Estado en el ámbito de las relaciones económicas. De haberse reiterado la gestión iniciada, cabía esperar un resultado positivo en orden a la pretendida ejecución de la sentencia y ello sin perjuicio de la responsabilidad de la Administración por su inactividad, caso de no continuarla».

64. No puede deducirse de estas sentencias ni la obligación del Estado de ejercer la protección diplomática, ni el derecho de los particulares a la misma. Puede deducirse, por un lado, que la protección diplomática es una vía a la que acudir, siempre que proceda conforme al DI, para proteger los derechos del particular lesionado por otro Estado y, por otro lado, que el particular podría ejercitar una petición indemnizatoria si no se ejerce la protección cuando, habiéndola solicitado, resultara procedente y se produzca una lesión en sus bienes y derechos, algo que parece bastante razonable cuando a esa lesión haya contribuido la acción del Estado.

65. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, llama la atención que la SAN comience por destacar la diferencia entre el conjunto de sentencias en las que se apoya y el caso (párr. 33). Esa diferencia, como hemos visto, está en la conexión causal entre la actividad de las autoridades y el perjuicio sufrido por el particular. Tan relevante disparidad no impide a la Sala apreciar la formación de una «doctrina» que le lleva a estimar el recurso y declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por incumplimiento de su obligación de ejercer la protección diplomática. Estudiamos a continuación las sentencias del Tribunal Supremo citadas por la SAN y alguna otra.

66. Cronológicamente, la primera es la STS de 16 de noviembre de 1974 (párr. 34 *supra*), en la que el Tribunal Supremo afirmó la inexistencia de un derecho del particular a la protección, admitiendo la responsabilidad patrimonial en virtud del nexo causal entre la actividad de la Administración (información aparecida en Televisión española considerada difamatoria por las autoridades guineanas) y la lesión sufrida por los particulares derivada de la represalia, en forma de sanción económica, infligida por el Estado extranjero (Guinea Ecuatorial). Para el Tribunal Supremo, la vía indemnizatoria se justificaba por la concurrencia en el proceso causal del daño de hechos que, al desencadenar la represalia, contribuyeron a su producción, dando así lugar

al deber de reparación que no se podía lograr por otra vía. Entendió el Tribunal Supremo que la denegación de reparación o la remisión a la protección diplomática, hubiera conducido a perpetuar un detrimento patrimonial antijurídico o a «condicionar la reparación a una relación de Estado a Estado dentro de un marco de oportunidad».

67. Consideró el Tribunal Supremo que, aun admitiendo la falta de formulación positiva a nivel constitucional o de ley básica del «derecho o la protección nacional ante represalias ilícitas», *pudo* seguirse esa vía para satisfacer el perjuicio patrimonial padecido por los españoles, en atención, no solo al normal desarrollo de la protección diplomática, sino también y principalmente, en atención a la causa generadora de la represalia. Lo cierto es que, no solo no se califica la protección diplomática como obligación del Estado, sino que se destaca su carácter discrecional, que se plantea en las relaciones interestatales y que puede verse condicionada por razones de oportunidad. Pone también de manifiesto el Tribunal Supremo que no se consagra en nuestro ordenamiento un verdadero derecho subjetivo de los particulares a la protección⁵⁶ y que es la conexión causal entre el actuar de la Administración (primero la difusión del programa de televisión que motivó la reacción y, después, la no actuación para remediar o corregir el daño al que de algún modo se había contribuido) la que genera su responsabilidad patrimonial. Dice el Tribunal Supremo:

«Que la concurrencia de una lesión patrimonial y de un conjunto de hechos relevantes en el proceso causal de aquel resultado lesivo con génesis inmediata en un acto de represalia injustificado, cuales son la información televisiva tomada como pretexto de la represalia y la falta de una efectiva protección diplomática, puesto que aquella desencadenó la medida dañosa y esta no ha logrado la satisfacción del detrimento patrimonial a nivel de relaciones entre Estados, permiten [...] la demanda de responsabilidad pecuniaria [...] y que, aunque no entrañe, para el actuar de la Administración española, una conducta anormal y, menos ilícita, es [...] de las que también justifican una indemnización por conectarse, en un ciclo de causación con hechos imputados al ámbito del quehacer público y causales en aquel proceso, al funcionamiento de los servicios públicos».

68. La STS de 29 de diciembre de 1986 (párr. 34) es la segunda sentencia citada por la SAN. En ella se declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración respecto a los daños y perjuicios sufridos por los armadores de dos pesqueros españoles derivados del apresamiento por las autoridades mauritanas y el posterior hundimiento de los barcos. El Tribunal Supremo recuerda (FJ 2) que, conforme a su jurisprudencia, la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere que el reclamante haya sufrido un daño o lesión patrimonial evaluable económicamente e individualizado, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación de causa a efecto entre la actuación administrativa y el resultado dañoso; y que no concurra fuerza mayor o culpa del adminis-

⁵⁶ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., *loc. cit.*, p. 328.

trado. Analiza, después, si tales exigencias de daban en el caso. Aunque fue la Administración mauritana la directa causante del daño a los armadores, considera que debía indagar, además, si la actuación normal o anormal de la Administración española pudo resultar de algún modo determinante en la producción de aquel, y aprecia la responsabilidad del Estado por la presencia de las siguientes circunstancias:

«La inobservancia del máximo celo y precaución que debió tenerse al dar las indicaciones a sus nacionales dentro del marco de la relación negociadora en la que se encontraba el convenio pesquero entre los dos Estados; lo cual se junta con la clara imprudencia de enviar un télex a la Asociación Artesanal dando vía libre a la flota que había faenado en el norte del Cabo Blanco para que fuera a hacerlo al sur donde fue apresada, no habiendo debido enviarse nunca este télex si las autoridades españolas, que eran las que llevaban los tratos de la negociación y conocían perfectamente el estado de esta, no tenían plenas garantías y seguridades de que serían capaces de dar protección a sus nacionales en el caso de que los mismos fuesen a faenar allí y las autoridades mauritanas no hicieran honor a su palabra; y a todo esto aún cabe añadir la destacable inacción de las autoridades españolas, ulterior a los apresamientos, sin gestiones efectivas encaminadas a la recuperación de los pesqueros y a la adecuada protección de los nacionales, cometidos esenciales del Estado conforme a la Constitución; pues la responsabilidad no emana únicamente de la acción que produce el daño, sino también de la omisión cuando no se hace aquello que se ha de hacer; y cuando la pasividad es de la Administración que guarda silencio y está inactiva cuando debe hablar y actuar, su responsabilidad es paladina de ella (FJ 3)».

69. Basa también la SAN su argumentación en la STS de 10 de diciembre de 2003 (párr. 35), porque esta se refiere a la protección diplomática como *potestad-deber*. Es cierto que se usa esa terminología para señalar que no podía sorprender que, ante situación tan generalizada como aquella (confiscación de bienes en Cuba desde 1 de enero de 1959)⁵⁷, la diplomacia internacional pusiera en marcha su *potestad-deber* de proteger a sus nacionales respectivos. Pero lo que no dice la SAN es que, inmediatamente después la STS añade que eso es así, en el bien entendido de que la protección diplomática del Estado en favor de los nacionales no implica la existencia de un derecho de los mismos a ser protegidos conforme al Derecho interno. Aclara la STS que la Administración española no era la causante de la privación de los bienes y derechos de propiedad de españoles en Cuba y que, el Gobierno español, en ejercicio de esa *potestad-deber*, lo único que pudo hacer fue tratar de conseguir una reparación del daño ya causado por el Gobierno cubano. Por eso, dice el Tribunal Supremo, este caso en el que desestimó la reclamación, era distinto del resuelto en la Sentencia de 1974 en la que admitió la responsabili-

⁵⁷ Tras numerosas reclamaciones infructuosas, el Gobierno español suscribió, el 16 de noviembre de 1986, un Convenio de compensación global con el Gobierno cubano en el que no se tuvo en cuenta el incremento de valor de los bienes desde 1959. Se creó una Comisión Interministerial Liquidadora para afrontar el pago de las indemnizaciones. Los recurrentes en esta y otras sentencias sobre el mismo asunto reclamaban a la Administración española el pago de la diferencia entre la cantidad recibida de dicha Comisión y el valor real de los bienes. Sobre este tipo de acuerdos en el marco de la protección diplomática, DÍAZ BARRADO, C. M., «La protección de españoles...», *loc. cit.*, pp. 334-340.

dad patrimonial en base a tres premisas que no se daban en este caso: la falta de reparación por la vía de protección diplomática; las represalias ilícitas causantes del daño patrimonial recayeron exclusivamente sobre españoles y el origen inmediato del daño era un acto de represalia originado por la información emitida en la Televisión pública. Una vez más, no cabe deducir de la STS el reconocimiento de una obligación del Estado de ejercer la protección diplomática de sus nacionales y, aun menos, pues así lo afirma de manera expresa el Tribunal Supremo, un derecho subjetivo de los particulares a dicha protección. Faltaba el nexo causal entre el actuar de la Administración y el daño sufrido por el particular.

70. Interesa mencionar también, aunque la SAN no lo hace, la STS de 29 de marzo de 1999⁵⁸, en la que el Tribunal Supremo conocía de un recurso de casación contra SAN que consideró conforme a Derecho la desestimación por silencio de una reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados del apresamiento de un pesquero por una patrullera marroquí en aguas jurisdiccionales españolas, sin que el barco fuese liberado hasta dos meses después. Uno de los motivos de casación se refería a la relación de causalidad, que el Tribunal Supremo no apreció en el caso, por lo que no pudo declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

71. El Tribunal Supremo comienza recordando que la sentencia recurrida había dado por cierto que un avión del Servicio de Vigilancia Aduanera avistó el apresamiento sin advertir a las autoridades militares españolas (se identificaba un funcionamiento anormal del servicio público). Pero advertía la misma sentencia que no puede condenarse a la responsabilidad patrimonial sobre meras conjeturas, hipótesis o suposiciones y que la demanda desatendía la carga de la prueba, por no haber presentado prueba cierta de que por falta de diligencia del piloto se hubiera producido el apresamiento, ni de que las gestiones diplomáticas españolas fueran débiles, ineficaces o inadecuadas, ni de que hubiera otras vías de presión más eficaces en el momento que atravesaban las relaciones con Marruecos. Por todo ello, decía la sentencia recurrida, no podía deducirse la responsabilidad patrimonial de la Administración por un inadecuado funcionamiento del servicio diplomático. El Tribunal Supremo consideró correcto dicho razonamiento (FJ 4), pues no cabía colegir relación de causalidad entre la actuación de los servicios públicos españoles y el apresamiento del buque o la tardanza en su liberación, ni siquiera de forma mediata, indirecta o concurrente con la de terceros. Para el Tribunal Supremo (FJ 5), la sentencia recurrida no negaba omisiones del Servicio de Vigilancia, ni afirmaba que la actividad diplomática produjera los resultados naturalmente esperados por los titulares del buque, se limitaba a declarar la inexistencia de relación de causalidad entre esa actividad, con independencia de que hubiese sido o no la adecuada y correcta, y el apresamiento o retención del barco hasta su liberación, siendo la exclusiva actuación del otro Estado la determinante de lo sucedido. Añadía el Tribunal

⁵⁸ Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª, ES:TS:1999:2166.

Supremo que no puede olvidarse que la doctrina jurisprudencial consolidada mantiene la exoneración de responsabilidad de la Administración cuando fue la conducta del perjudicado o de un tercero la única determinante del daño producido, aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público. En el caso no aparecía otra causa de lo sucedido que el comportamiento de los servicios públicos del Estado extranjero. Quizá la SAN pudo tener en cuenta este razonamiento en el caso Couso, no solo al determinar la verdadera causa del daño, también para evaluar la falta de conexión causal con el actuar de la Administración, e incluso a la hora de valorar la alegación sobre la insuficiencia de las gestiones del Gobierno.

72. Terminamos este repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo refiriéndonos a la STS de 17 de febrero de 1998⁵⁹. La SAN se apoya en un extracto en el que el Tribunal Supremo admitía que puede derivarse responsabilidad patrimonial de la actividad del Gobierno en el ámbito de las relaciones internacionales (véase párr. 35). Ahora bien, en ese mismo fundamento jurídico del que la SAN extrae la cita, el Tribunal Supremo remite a su jurisprudencia sobre los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración que, en el caso concreto, suponían que solo habría existido esa responsabilidad si la actividad desplegada para la firma del convenio hubiera supuesto un funcionamiento anormal; se hubiera sacrificado en todo o en parte la posición de los afectados en aras de los intereses generales ligados a las relaciones internacionales de España, con lesión al principio de igualdad de las cargas públicas; o si, con el convenio se hubiera impedido a los particulares, en virtud de tales intereses, el ejercicio de acciones eficaces encaminadas a recuperar la parte de valor de los bienes no obtenida mediante las negociaciones entre Estados. Aunque la SAN alega en su razonamiento que el FJ 6 de esta STS acepta la responsabilidad por la insuficiencia de la protección otorgada a los nacionales afectados, lo cierto es que el Tribunal Supremo no se pronunció sobre ese aspecto. Dicho fundamento jurídico señala que gran parte del debate jurídico en el expediente y procedimiento giró en torno a la hipótesis del funcionamiento anormal de la actividad desplegada por las autoridades españolas para la firma del Convenio, una perspectiva que, dice el Tribunal Supremo:

«Parece invitarnos a fiscalizar si ha existido un funcionamiento anormal de la actividad diplomática desplegada, en la medida en que la obtención de una indemnización inadecuada del Reino de Marruecos pudiera ser reveladora de una insuficiencia de la protección otorgada a los nacionales afectados. Debemos, sin embargo, abstenernos de proseguir en esta línea de examen, pues los actores de modo expreso y terminante han admitido que la actividad diplomática del Gobierno fue normal y adecuada».

73. Descartada esa opción, entendió el Tribunal Supremo que la responsabilidad podría derivar de una actividad diplomática totalmente adecuada

⁵⁹ El Tribunal Supremo desestimó las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por la celebración del Convenio entre España y Marruecos sobre indemnizaciones de las tierras expropiadas por Marruecos (Dahir de 2 de marzo de 1973).

y correcta, en virtud de la desigualdad de la carga padecida. Lo que le llevó a averiguar si las condiciones fijadas en el Convenio sacrificaron la posición de los afectados en aras de los intereses generales, con lesión del principio de igualdad de las cargas públicas, pues, de haber sido así, el carácter objetivo con que se concibe la responsabilidad patrimonial de la Administración exigiría compensar el perjuicio, aun cuando provenga de una actividad normal. Sin embargo, para el Tribunal Supremo no fue así y resulta interesante la motivación, en relación con el caso objeto de este estudio. Para el Tribunal Supremo, la sustancial diferencia entre el valor real de los bienes y la suma consignada en el Convenio no se debió a un sacrificio particular de la posición de los expropiados en aras del interés general, sino a una *imposibilidad objetiva* de lograr, mediante la negociación, el reconocimiento de una suma superior (FJ 7). Algo que pudo haber tenido en cuenta la SAN en el caso que nos ocupa. Por el contrario, la Sala consideró sin más datos *seguros* los recogidos en el Dictamen 1496/1991 del Consejo de Estado sin confrontar si esa es realmente la práctica seguida en casos similares por Estados Unidos, por ejemplo, en el mismo caso al que se refería el propio dictamen.

74. Finalmente, examina el Tribunal Supremo (FJ 8) la tercera hipótesis, esto es, que la firma del Convenio hubiera impedido a los expropiados, en aras del interés general, el ejercicio de acciones eficaces para recuperar la parte de valor de los bienes no obtenida mediante las negociaciones entre los Estados. Para el Tribunal Supremo, agotado el ámbito de la protección diplomática con la firma del Convenio, el problema no era si existían vías jurídicas eficaces para reclamar como particulares el resto de la indemnización para ellos pendiente, sino si estas vías existían antes de celebrar el Convenio y se cegaron o disminuyeron sensiblemente después. Como los detalles del proceso negociador no permitían dar por probado este hecho, el Tribunal Supremo estimó que no hubo daño indemnizable. El perjuicio sufrido por los recurrentes no tenía su origen causal en la actividad del Gobierno, sino en la expropiación llevada a cabo por Marruecos. Visto ese razonamiento, cabe preguntarse si la Sala de la Audiencia Nacional, que cita expresamente esta sentencia, no debió considerar si la ausencia o insuficiencia de gestiones por parte del Estado español interfirió de algún modo en la posibilidad que tenían los interesados de poner en marcha acciones de reclamación ante Estados Unidos.

75. Pero, sobre todo, podía haber valorado la Sala si la no adopción de otras gestiones distintas a las realizadas por el Gobierno español, suponía realmente un sacrificio particular de la posición de los perjudicados en aras del interés general o, por el contrario, obedecía a una imposibilidad objetiva de lograr otra respuesta por parte del Gobierno estadounidense. La Sala da por cumplido el requisito del agotamiento de los recursos internos, aceptando la excepción alegada por los demandantes, a pesar de que no llegaron a ejercitar ninguna acción de reclamación en el sistema judicial interno de Estados Unidos, sin que, en opinión de la abogada del Estado, hubieran probado ni el contenido ni la vigencia del derecho de aquel Estado en la materia.

Lo hace la Sala en base a lo estéril de la presentación de esa reclamación. Podía haber hecho esa misma apreciación acerca de la eventual reclamación formal por parte de España frente a Estados Unidos. Pues no hay evidencias en la práctica internacional de que las autoridades estadounidenses respondan positivamente a las reclamaciones de responsabilidad internacional en este tipo de supuestos⁶⁰. Sobre todo, si se tiene en cuenta que la SAN no declara responsable a la Administración por el daño derivado del fallecimiento del Sr. Couso, sino que sitúa el daño en la *pérdida de la ocasión* de obtener una compensación de Estados Unidos, es decir, el daño se deriva de no haber desplegado una actividad con un *resultado incierto*. Según la SAN, al ser la protección diplomática una *prestación de medio* y no de resultado, existe un grado de incertidumbre notable acerca del éxito de la reclamación internacional y, en su caso, de su cuantificación, por lo que ha de valorarse, precisamente, la pérdida de la ocasión de conseguirla. Esa interpretación de la Sala plantea necesariamente nuevos interrogantes. Por ejemplo, hasta dónde habría de llegar el Estado para dar correcto cumplimiento a esa pretendida obligación de comportamiento con resultado incierto para evitar incurrir en responsabilidad.

76. Finalmente, la SAN da un giro final a su argumentación y admite (véase párr. 39) que razones de política exterior podrían exonerar al Gobierno de esa pretendida obligación. La responsabilidad de la Administración derivaría, entonces, de un funcionamiento normal que los particulares no tendrían obligación jurídica de soportar. Sobre esta cuestión, la abogada del Estado señaló, en el escrito de contestación a la demanda, que el carácter objetivo de la responsabilidad no equivale a universalidad, añadiendo que la Administración no es una aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, pues, si así fuera, estaríamos ante un sistema providencialista no contemplado en el ordenamiento jurídico. La doctrina ha puesto de manifiesto que no puede afirmarse que el art. 139.1 de la Ley 30/1992 (art. 32.1 de la Ley 40/2015) establezca que las Administraciones públicas responden siempre y en todo caso de manera objetiva, y que en la práctica jurisprudencial se toma en consideración la culpa o la acción negligente de la Administración para determinar su responsabilidad⁶¹. La STS de 5 de febrero de 1996 dispone en su FJ 3:

«En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que esta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar esta rechazada por el art. 9.3 de la Constitución. En estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el

⁶⁰ Escrito de preparación del recurso de casación, *cit.*, p. 9.

⁶¹ DOMÉNECH PASCUAL, G., «Responsabilidad patrimonial de la administración por actos jurídicos ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, 2010, núm. 183, pp. 179-231, esp. pp. 204-206.

actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que este se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo»⁶².

77. Por otra parte, no consideramos pertinente entrar en el debate sobre el inesperado argumento de la SAN (párr. 37 *supra*) acerca del reconocimiento implícito de la obligación del Estado en virtud de la necesidad de garantizar los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, como el derecho a la vida, a la información y a la protección jurídica de la familia. Puede resultar interesante como planteamiento *de lege ferenda*⁶³, pero no como fundamento de una obligación jurídica del Estado de ejercer la protección diplomática de sus nacionales.

78. En definitiva, no estando reconocida expresamente dicha obligación en el ordenamiento jurídico español, tampoco puede deducirse de la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales. Menos aún cabe afirmar un derecho subjetivo del particular a exigir el ejercicio de dicha protección. Lo único que, desde nuestro punto de vista, puede extraerse de dicha jurisprudencia es el reconocimiento de la posibilidad de que la discrecionalidad del Gobierno sea sometida a control jurisdiccional con el fin de evitar el abuso y la arbitrariedad. Evidentemente, la discrecionalidad no puede suponer un poder absoluto del Gobierno que quede al margen de cualquier fiscalización. Por tanto, esa discrecionalidad debe poder ser objeto de un control judicial que evite la arbitrariedad en el desempeño del poder público y, en su caso, de lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando de la actuación de las autoridades se derive un daño para los particulares que estos no tengan obligación de soportar.

79. En ese sentido, merece la pena detenerse en este punto sobre una muy acertada afirmación que incluye la SAN en su FJ 15 y que se refiere a la desestimación por silencio de la reclamación patrimonial presentada por los recurrentes. Entendemos perfectamente que la falta de una decisión expresa de resolución del expediente en una reclamación de esta naturaleza pueda resultar muy irritante para los jueces y tribunales que deben resolver el recurso. Por no hablar de la impotencia que genera en el administrado. Estamos en ese aspecto plenamente de acuerdo con la Sala cuando destaca que uno de los elementos sobre los que puede precisamente gravitar el control jurisdiccional de la discrecionalidad es la motivación del acto, y que la falta de motivación

⁶² STS de 5 de febrero de 1996, Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª, ES:TS:1996:661, Díez-Hochtleiner, J., «Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público. Comentarios de sentencias. Protección diplomática y responsabilidad patrimonial de la Administración, SAN (Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª), de 1 de febrero de 2012 (ROJ: SAN 295/2012)», *REDI*, vol. LXIV, 2012, núm. 2, pp. 194-199, esp. p. 199.

⁶³ Cfr. Díaz Barrado, C. M., «La protección de españoles...», *loc. cit.*, pp. 314-316 y 319.

dificulta gravemente ese control, lo que hace muy aconsejable evitar la resolución de este tipo de expedientes de responsabilidad patrimonial mediante silencio administrativo.

5. CONSIDERACIONES FINALES. EL RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

80. En DI la protección diplomática se concibe como un derecho del Estado y no del particular perjudicado. Su ejercicio es discrecional, con las consecuencias que de ello se derivan, como que la decisión de ponerla o no en marcha pueda hacerse depender de razones de oportunidad política que, al Gobierno, conforme a su función de dirección de la política exterior del Estado corresponde determinar. Esa concepción desde la perspectiva del DI no impide que los ordenamientos internos puedan imponer al Estado el deber de ejercer la protección de sus propios nacionales. Deber que puede incluso corresponderse, si ese es el sentido de la regulación a nivel interno, con un derecho subjetivo del particular a reclamar su ejercicio. Por más que la práctica internacional no refleje que sea esa la tónica seguida por los ordenamientos jurídicos nacionales. En esa línea se sitúa el Derecho español en el que no hay ninguna disposición que establezca, ni obligación para el Estado, ni derecho subjetivo del particular. Tampoco puede deducirse esa obligación de la jurisprudencia.

81. Ahora bien, en un Estado de Derecho, la discrecionalidad no puede suponer un poder absoluto del Gobierno que quede al margen de cualquier fiscalización. Así lo han venido reconocido nuestros tribunales hasta la fecha en aplicación del Derecho vigente. Admite la jurisprudencia la posibilidad de someter a control judicial la discrecionalidad de la acción del Gobierno para evitar abusos o comportamientos arbitrarios o irrazonables en el desempeño del poder público. Tales supuestos deben dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero siempre que pueda apreciarse la existencia de un nexo causal entre la previa acción u omisión de las autoridades españolas y el daño o lesión sufrida por los particulares que estos no tengan obligación de soportar. Facilitaría esa labor de control jurisdiccional que la Administración evitara resolver por silencio este tipo de expedientes.

82. La SAN, sin embargo, declara la responsabilidad patrimonial de la Administración, con el fundamento del incumplimiento de una pretendida obligación del Estado de ejercer la protección diplomática en favor de sus nacionales. Una obligación que, no estando recogida legalmente, extrae de una forzada interpretación de la jurisprudencia y de una concepción expansiva de la garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Una interpretación que retuerce la jurisprudencia con la finalidad de sortear la exigencia de un nexo o conexión causal entre la actuación de la Administración y el daño sufrido por el particular. No identifica, la SAN el daño, con el fallecimiento de la víctima, sino con la pérdida de la ocasión de haber

conseguido una compensación de Estados Unidos a través de las gestiones del Gobierno español, concibiendo, a esos efectos, la protección diplomática como una obligación de comportamiento con resultado incierto. Lo que plantea el interrogante de qué tipo de gestiones y hasta dónde habrían de llegar para considerar cumplida esa obligación.

83. No cabe duda de la importancia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, en aras de la seguridad jurídica, para aclarar los interrogantes que abre esta sentencia, cuyas consecuencias van mucho más allá del caso concreto, pudiendo afectar seriamente a los intereses generales, como acertadamente pone de manifiesto la Abogacía del Estado en su escrito de presentación del recurso de casación. Según dicho escrito la SAN infringe el ordenamiento jurídico al lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso (art. 24 de la Constitución) que exigen que la decisión judicial no se funde en una aplicación arbitraria de las normas jurídicas, ni se apoye en una motivación injustificada, insuficiente o irrazonable; y que se atenga al sistema de fuentes establecido; también el art. 97 de la Constitución, al condicionar y limitar las potestades constitucionales del Gobierno, legitimando a cualquier particular para exigir la protección diplomática del Estado, especialmente, en situaciones de crisis o en contextos internacionales complejos; y, finalmente, el art. 106.2 de la Constitución y la legislación sobre responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, de los que no se deduce obligación de ejercer la protección diplomática. Defiende además el interés casacional objetivo, por un lado, porque se trata de una materia relevante sobre la que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo. La propia SAN reconoce las diferencias con los casos a que se refieren las sentencias que cita. Por otro lado, porque la SAN sienta una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales, tanto por condicionar y limitar las potestades del Gobierno, como por el gran número de situaciones a las que puede afectar. Como destaca el escrito, la casuística es numerosa y susceptible de ampliarse considerablemente⁶⁴.

RESUMEN

LA NATURALEZA DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL CASO *COUSO*: LA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO

El 11 de diciembre de 2019, la Sección 4.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó finalmente sentencia en el caso *Couso*. La sentencia afirma la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado y la condena al pago de indemnización por la omisión del ejercicio de la protección diplomática a la que vendría obligado el Estado español respecto de sus nacionales. Se trata de una sentencia

⁶⁴ La pretendida obligación de protección diplomática podría ser alegada, además de por los profesionales de la información, por otros muchos colectivos que suelen desarrollar sus actividades en zonas o situaciones de riesgo o de conflicto (cooperantes, trabajadores de ONG, misioneros, empresarios o turistas de riesgo). Escrito de preparación del recurso de casación, *cit.*, p. 12.

relevante por sus efectos que, sin duda, trascienden el caso concreto y pueden tener consecuencias sobre el interés general. El 24 de febrero de 2020, la Abogacía del Estado presentó escrito de preparación del recurso de casación por infracción del ordenamiento e interés casacional. Este estudio supone un análisis crítico de la confusa argumentación de esta sentencia desde la perspectiva de la concepción de la institución de la protección diplomática en Derecho internacional y en el Derecho interno español.

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

ABSTRACT

THE NATURE OF DIPLOMATIC PROTECTION IN THE *COUSO* CASE: THE COMPLEX RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL LAW AND DOMESTIC LAW

On December 11, 2019, the Contentious-Administrative Chamber of the National Court, Section 4, finally issued a judgment on the *Couso* case. The Judgment states the financial liability of the General State Administration and orders it to pay compensation for the omission in the exercise of diplomatic protection to which the Spanish State would be obliged on behalf of its nationals. It is a relevant Judgment due to its effects that, undoubtedly, transcend the specific case and may have consequences on the general interest. On February 24, 2020, the State Attorney's Office presented a pleading in preparation for the Supreme Court's appeal for violation of the domestic legal system and for the reversal interest for the Supreme Court. This article represents a critical analysis of the confusing argumentation of the Judgment from both an International Law and a Spanish domestic law perspective of the diplomatic protection's doctrine.

Keywords: diplomatic protection, international responsibility, reckless conduct, financial liability of the State Administration, International Law/domestic law.