

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO: A PROPÓSITO DEL ASUNTO COUSO

DIPLOMATIC PROTECTION AND STATE LIABILITY: THE COUSO CASE

BEATRIZ VÁZQUEZ RODRÍGUEZ *

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA FORTALEZA DE LA REGLA DE LA DISCRECIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL. III. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL DERECHO Y LA PRÁCTICA ESPAÑOLES. IV. LAS ACTUACIONES DEL GOBIERNO EN EL CASO COUSO. V. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL 4391/2019, DE 11 DE DICIEMBRE DE 2019: UN PASO MÁS EN LA PROTECCIÓN DEL PARTICULAR. VI. ESPERANDO AL TRIBUNAL SUPREMO.

RESUMEN: La sentencia 4391/2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha condenado al Estado español a indemnizar a la familia del periodista José Couso por los perjuicios derivados de la omisión en el ejercicio de la protección diplomática. La decisión declara la responsabilidad patrimonial de la Administración española, aportando la novedad de que es la primera vez que se hace sin que exista un nexo causal entre el perjuicio causado a un nacional por un tercer Estado y las conductas previamente desarrolladas por la administración española. Sin embargo, la construcción jurídica de la sentencia es discutible, tanto como consecuencia de algunos de los argumentos utilizados como por el débil desarrollo de otros. Al haber sido recurrida en casación, el Tribunal Supremo tiene la oportunidad de confirmar el avance o mantener su doctrina anterior.

ABSTRACT: Judgment 4391/2019 of the Audiencia Nacional of Spain has ordered the Spanish State to compensate the family of the journalist José Couso for the damages caused by the omission in the exercise of diplomatic protection. The ruling recognizes the patrimonial responsibility of the Spanish Administration, providing the novelty that it is the first time that it has been done without a causal link between the damage caused to a national by a third State and the behaviors previously developed by the Spanish administration. However, the legal construction of the Judgment is debatable, both as a

Fecha de recepción del trabajo: 20 de abril de 2020. Fecha de aceptación de la versión final: 20 de mayo de 2020.

* Profesora Sustituta en el Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, acreditada como Contratada Doctora, Departamento de Derecho Público, Universidad de Oviedo. Correo electrónico: vazquezbeatriz@uniovi.es. Miembro del Grupo de Investigación Consolidado de Derecho Europeo de la Universidad de Oviedo (EURODER-UNIOVI-IDI/2018/000187). El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE”, DER2017-86017-R.

consequence of some of the arguments used and by the weak development of others. The Supreme Court has the opportunity to confirm the progress or maintain its previous doctrine.

PALABRAS CLAVES: Audiencia Nacional, Discrecionalidad, Protección Diplomática, Responsabilidad Patrimonial del Estado

KEYWORDS: *National High Court, Discretionary, Diplomatic Protection, State Liability*

I. INTRODUCCIÓN

El pasado mes de diciembre la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional¹ condenó al Estado español a indemnizar a la familia de José Couso por los perjuicios derivados de la omisión en el ejercicio de la protección diplomática del España a raíz del fallecimiento del periodista ocurrido en Bagdad (Irak) el 8 de abril de 2003. Este pronunciamiento ha reabierto el debate sobre la relación entre la discrecionalidad que según el derecho internacional asiste al Estado en el ejercicio de la protección diplomática y la eventual responsabilidad patrimonial del Estado consagrada en el derecho interno. La sentencia ha recibido valoraciones contrapuestas: mientras que algunos sectores la critican porque consideran que establece un precedente jurisprudencial peligroso que merma el margen de maniobra del Estado en el plano de las relaciones internacionales, otros han valorado muy positivamente la decisión de la Audiencia Nacional por entender que por fin se ha reconocido la debida reparación en un caso que se ha visto afectado también por las vicisitudes que el principio de jurisdicción universal ha sufrido en nuestro país y en el que la familia del periodista llevaba 17 años litigando ante los tribunales.

El objetivo de este trabajo es analizar la sentencia en el contexto de la práctica española. Con carácter previo, recordaremos el estado de la cuestión en el plano internacional, deteniéndonos en particular en los trabajos de codificación y desarrollo progresivo llevados a cabo en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) que dieron lugar al Proyecto de artículos sobre protección diplomática de 2006, con motivo de los cuales algunos Estados apelaron a la necesidad de matizar la característica de la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática como consecuencia del desarrollo que en paralelo se estaba iniciando en la protección internacional de los derechos humanos.

¹ SAN 4391/ 2019, de 11 de diciembre de 2019, ECLI:ES:AN:2019:4391.

II. LA FORTALEZA DE LA REGLA DE LA DISCRECIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Es sabido que la protección diplomática históricamente se ha configurado como un derecho del Estado y no de la persona, tal como proclamó la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el célebre asunto de las *Concesiones Mavrommatis (Grecia c. Reino Unido)*, al afirmar que: “Al asumir la causa de uno de sus nacionales, al poner en movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial internacional, este Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar el Derecho internacional en la persona de sus nacionales”². Ese pronunciamiento fue reiterado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en varios asuntos. Así, en el asunto *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, la Corte afirmó que “la protección diplomática y la protección mediante un proceso judicial internacional, constituye medidas de defensa de los derechos del Estado”³. Posteriormente, esta jurisprudencia fue completada en el asunto de la *Barcelona Traction Light & Power Ltd. (Bélgica c. España)*, donde sostuvo que la protección diplomática se configura como un derecho propio y exclusivo del Estado y no del particular que ha sido víctima a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito imputable a un Estado, ya que aquel no es titular de ningún derecho reconocido en el ordenamiento internacional, por lo que afirmó que: “el Estado debe ser considerado como el único juez facultado para decidir si concederá su protección, en qué medida lo hará y cuándo le pondrá fin. Posee a este respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede depender de consideraciones, en particular de orden público, ajenas al presente asunto. No siendo su demanda idéntica a la del particular o de la sociedad cuya causa abraza, el Estado goza de una total libertad de acción”⁴. La Corte también determinó que la discrecionalidad en el ejercicio de esta por parte de los Estados se reconocía casi en términos absolutos dado que también se extendía a lo relativo a las cuestiones vinculadas a la reparación del daño.

Desde la perspectiva que nos ocupa, tiene interés recordar que la Corte también contempló la posibilidad de que, aunque desde la perspectiva del derecho internacional la discrecionalidad del Estado supone la inexistencia de una obligación con respecto de su ejercicio, nada impedía que los Estados, en sus ordenamientos internos, estableciesen vías de recursos para que los particulares puedan obtener una reparación por el daño sufrido. Así, el fallo reconocía que:

“Si las personas físicas o morales por cuenta de las cuales actúa el Estado estiman que sus derechos no están suficientemente protegidos, se encuentran sin recursos en Derecho internacional. Con el fin de defender su causa y obtener justicia, no pueden sino apelar al Derecho interno, si este les ofrece medio para ello. El legislador nacional puede imponer al Estado la obligación de proteger

² Asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido)*, 30 de agosto de 1924.

³ Asunto *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, segunda fase, 6 de abril de 1955.

⁴ Asunto de la *Barcelona Traction Light & Power Ltd. (Bélgica c. España)*, segunda fase, de 5 de febrero de 1970.

a sus ciudadanos en el extranjero. Pero todas esas cuestiones son de la competencia del Derecho interno y no modifican la situación en el plano internacional"⁵.

En el ámbito de la CDI, el Informe preliminar presentado por el Relator Especial M. Bennouna recordó la jurisprudencia internacional antes citada y señaló que *"la posibilidad de asumir la causa de su nacional es parte de la competencia discrecional del Estado, que tiene absoluta laxitud para hacerlo o no"*⁶; no obstante, puso de relieve que el reconocimiento de los derechos del individuo en el plano internacional podrían haber incidido en la concepción clásica de la protección diplomática y que *"el enfoque dualista en que se inspiraron los primeros promotores de la protección diplomática no se aplica ya, porque se observa más bien una continuidad entre los mecanismos interestatales y la legislación interna en materia de derechos humanos"*⁷. Según el Relator, de la práctica de los Estados se podría extraer que esa discrecionalidad en su ejercicio tenía carácter absoluto hasta el punto de que las decisiones de ejercer o no la protección diplomática y las cuestiones sobre la reparación, al ser de carácter político, no estaban sujetas a control jurisdiccional; sin embargo, el Relator consideró también probado que desde mitad del siglo pasado, prácticamente todos los ordenamientos jurídicos establecieron vías de recursos para garantizar la distribución de la indemnización recibida por un Estado en el ejercicio de la protección diplomática. Más dudas le generó el supuesto reconocimiento del derecho del particular a que el Estado ejerza la protección diplomática, dado que -si bien algunos textos constitucionales⁸ se recogía esa obligación- consideró que en realidad esta era *"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"*⁹. Así, en base a este informe el Grupo de Trabajo creado en el seno de la CDI convino que el ejercicio de la protección diplomática era un derecho que incumbe al Estado y tomó nota de las medidas antes citadas, adoptados por algunos ordenamientos jurídicos internos que reconocían el derecho de sus nacionales a la protección diplomática de su gobierno y solicitó a los gobiernos que proporcionaran a la Comisión el texto de las leyes nacionales más importantes, las decisiones de sus tribunales y la práctica de los Estados pertinentes a la protección diplomática¹⁰.

El segundo Relator Especial, J. Dugard, mostró desde el principio una tendencia al distanciamiento con la concepción clásica de protección diplomática y una clara apuesta

⁵ Asunto de la *Barcelona Traction*, párr. 78. Para un análisis de la protección diplomática en la jurisprudencia internacional véase: ĐORDESKA, M., "Case Study: The Evolution of the General Principle of Diplomatic Protection through the Court's Jurisprudence (1924–2012)", *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations (1922-2018)*, Brill/Nijhoff, Leiden, 2019, pp. 326-340.

⁶ A/CN.4/484, Informe preliminar sobre la Protección diplomática, del Sr. Mohamed Bennouna, Relator Especial, 4 de febrero de 1998, ap. 19.

⁷ *Ibidem*, ap. 35. En ese sentido también se ha referido a los derechos de los inversores extranjeros.

⁸ *Ibidem*, ap. 48. El Relator, a modo de ejemplo, se refiere a las constituciones de China y la Federación de Rusia.

⁹ *Ibidem*, ap. 48.

¹⁰ Informe de la CDI a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 50º periodo de sesiones, Anuario de la CDI, 1998, Vol. II, II parte, pp. 45-52.

por limitar el ejercicio discrecionalidad del Estado ante violaciones graves de *ius cogens*. En su Primer informe, la propuesta del artículo 4 tenía el siguiente tenor:

“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 jus cogens atribuible a otro Estado”¹¹.

En el comentario del citado artículo, Dugard era perfectamente consciente de que tanto la jurisprudencia internacional antes citada como la posición de la doctrina mayoritaria claramente indicaban que un Estado tiene derecho a proteger a sus nacionales, pero no la obligación de hacerlo. Sin embargo, también señaló que otro sector doctrinal, aún minoritario, entendía que la discrecionalidad absoluta podría generar desventajas en el sistema actual y que el desarrollo en el sistema de protección internacional de derechos humanos requería que un Estado estuviera obligado a ejercer la protección diplomática para proteger a un nacional¹². Sobre la base de esa cuestión consideró que existía “*un deber jurídico*” por parte del Estado con respecto de los supuestos que entrañen una violación de una norma *ius cogens*¹³ ya que a su modo de ver “*concuera con el objetivo principal del derecho internacional contemporáneo: el progreso de los derechos humanos de la persona antes que las facultades soberanas del Estado*”¹⁴. No obstante, siendo consciente de la dificultad que implicaría la aprobación del contenido de ese proyecto de artículo, el Relator Especial añadió en el art. 4.2 del Proyecto una cláusula de salvaguarda con respecto a la obligación del Estado en el ejercicio de la protección diplomática que contenía una serie de excepciones frente a ese deber jurídico en su ejercicio: en primer lugar, el Estado de la nacionalidad no estaría obligado a proteger a un nacional si sus intereses internacionales aconsejaban lo contrario; en segundo lugar, el Estado tampoco estaba obligado a ejercer esa protección si otro Estado podía proteger a una persona con doble o múltiple nacionalidad; en tercer lugar; el Relator Especial consideraba que el Estado no estaba obligado a proteger a un nacional que no tuviera la nacionalidad efectiva de aquel Estado, aplicando así, el principio enunciado en el asunto *Nottebohm*. Finalmente, el art. 4.3 permitía que la decisión del Estado en esta materia fuese sometida a examen por un tribunal u otra autoridad nacional independiente.

Durante el debate posterior, varios miembros de la Comisión consideraron que la posición de J. Dugard en su informe, si bien era estimulante y se basaba en una investigación sólida, era demasiado optimista, incluso exagerada. Según algunos, la protección diplomática era pues una prerrogativa del Estado que ejercía a su discreción y no podía limitarse en el caso de violaciones graves de normas *ius cogens*, porque “*esta formulación*

¹¹ A/CN.4/506 y Add.1*, Primer informe sobre la protección diplomática, del Sr. John R. Dugard, Relator Especial, 7 de marzo y 20 de abril 2000, Art. 4.

¹² *Ibidem*, véase el ap. 76.

¹³ Sobre el fallido intento de limitar la discrecionalidad ante violaciones graves de normas de *ius cogens*, véase, TORROJA MATEU, H., *El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática*, Bosch Editor, Barcelona, 2007, pp. 92-98.

¹⁴ A/CN.4/506 y Add.1*, pp. 236-237.

contradecía el principio de la responsabilidad de los Estados, según el cual, si se infringían normas de jus cogens, no solo el Estado de la nacionalidad sino todos los Estados tenían el derecho y el deber de proteger a la persona afectada"¹⁵. Así, y a pesar de contar con apoyos, la opinión general fue de oposición al contenido del artículo 4 por ser una propuesta de *lege ferenda* no apoyada por la práctica. Se trataba pues, de un proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional y la cuestión no estaba todavía madura para ser examinada por la CDI.

En los años siguientes, la cuestión sobre la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática quedó aparentemente zanjada y los informes del Relator Especial y posteriores debates se focalizaron en otros aspectos controvertidos de la protección diplomática¹⁶. Siendo así, el proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 2004 recogió en su artículo 2 la postura tradicional mantenida sobre la discrecionalidad absoluta del Estado en el ejercicio de la protección diplomática¹⁷ al señalar que "*Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos*"¹⁸ a pesar de que no haga mención expresa de la discrecionalidad en su ejercicio, cosa que por otra parte, se entiende como implícita al referirse a un derecho del Estado. No obstante, es necesario poner de relieve que, con carácter posterior, en su séptimo y último informe, en 2006, el Relator Especial quiso hacerse eco de un cierto malestar de una parte de la doctrina que "*critica las decisiones de la Comisión de no incluir ciertas propuestas por no haber impuesto a los Estados la obligación de ejercer la protección diplomática por medio del desarrollo progresivo. En el presente informe no se examinarán esas cuestiones, cuya discusión no puede, ni debe reabrirse*"¹⁹. Sin embargo, ello no fue un impedimento para que el Relator -teniendo en cuenta las críticas y sugerencias hechas por los gobiernos²⁰- examinara los proyectos de artículos aprobados por la Comisión en primera lectura y sugiriese una enmienda al art. 2 del Proyecto que suponía la incorporación de un segundo apartado que decía que: "*El Estado tiene obligación de aceptar una reclamación de protección diplomática hecha de conformidad*

¹⁵ A/55/10, Informe de la CDI a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 52º periodo de sesiones, Anuario de la CDI, 2000, Vol. II, II parte, ap. 453, p. 83.

¹⁶ El segundo y tercer informe se refieren al agotamiento de los recursos internos; el cuarto aborda la protección diplomática de las sociedades y sus accionistas; el quinto básicamente se centra en la protección diplomática ejercida por una Organización Internacional y la protección diplomática de la tripulación de un buque por el Estado del pabellón; el sexto se ocupa del criterio, finalmente no aceptado, de la doctrina de las manos limpias.

¹⁷ En ese sentido, E. Crespo Navarro considera comprensible que "*la CDI se esfuerce, en los comentarios al artículo 2 del Proyecto, en aclarar con cierta insistencia que dicho artículo recoge la teoría clásica expuesta por la CIJ en el Asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina, que sigue siendo "la piedra angular de la protección diplomática"; que el DI no impone al Estado ninguna obligación de ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales, a pesar de que dicha obligación pueda estar reconocida en los ordenamientos internos, tal como manifestó la CIJ en el Asunto de la Barcelona Traction*", CRESPO NAVARRO, E., "El Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Protección Diplomática: La protección de las personas físicas", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 51, nº 1, 2005, pp. 229-230.

¹⁸ Art. 2, Informe de la CDI ..., 56º periodo de sesiones, doc. A/59/10, supl. nº 10, p. 31.

¹⁹ A/CN.4/567, Séptimo informe sobre la protección diplomática, del Sr. John R. Dugard, Relator Especial, 7 de mayo de 2006, p. 7.

²⁰ En ese sentido, véanse los comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos al proyecto de artículo 2, A/CN.4/561 y Add.1 y 2. La protección diplomática, 27 de enero, 3 de marzo y 12 de abril de 2006.

con el presente proyecto de artículos”²¹. No obstante, esta cuestión no tuvo reflejo en el proyecto final de artículos dado que se consideró que *“El proyecto de artículo 2 versa sobre el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática. No pretende describir la correspondiente obligación del Estado demandado a examinar el ejercicio de la protección diplomática. por un Estado de conformidad con los presentes artículos. Sin embargo, esto se debe considerar implícito”*²².

Más relevante nos parece el hecho de que el Relator Especial en este último informe añadiera un segundo capítulo titulado “El derecho del nacional lesionado a recibir una indemnización”. Según este, a pesar de lo avanzado que estaban los trabajos, resultaba esencial determinar si un Estado estaba obligado a pagar a la persona lesionada el importe de la indemnización que había percibido en el ejercicio de la protección diplomática, cuestión que obviamente, afecta directamente a la potestad discrecional del Estado en el ejercicio de la protección diplomática. El Relator Especial volvió a referirse al asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* para advertir de que en lo relativo a las indemnizaciones este asunto no se aplicaba de forma coherente ya que la indemnización se debía calcular sobre la base del perjuicio que había sufrido el particular, por lo que el Estado debería restringir su discrecionalidad y estaría -cuanto menos- obligado a consultar a la persona nacional que ha sufrido el daño. Después de analizar la práctica de algunos Estados²³, llegó a la conclusión que *“la política de interés general, la equidad y el respeto de los derechos humanos pueden apoyar la restricción de la facultad discrecional del Estado en el desembolso de las indemnizaciones, pero ello no constituye una norma del derecho internacional consuetudinario”*²⁴. Así, el Relator propuso la aprobación de un nuevo proyecto de artículo de desarrollo progresivo que supondría *“eliminar una de las mayores injusticias de la protección diplomática”*²⁵ y cuya propuesta recogía que:

*“1. Al cuantificar su reclamación en virtud de la protección diplomática, un Estado tendrá en cuenta las consecuencias materiales y morales del daño sufrido por el nacional con respecto al cual ejerce la protección diplomática. [A tal fin, celebrará consultas con el nacional lesionado. 2. Cuando un Estado reciba una indemnización como satisfacción completa o parcial de una reclamación que se derive de la protección diplomática, transferirá [deberá transferir] esa suma al nacional con respecto al cual haya presentado la reclamación [después de deducir los costos que le haya acarreado interponer la reclamación]”*²⁶.

²¹ A/CN.4/567, Séptimo informe sobre la protección diplomática, del Sr. John R. Dugard, Relator Especial, 7 de mayo de 2006, p. 11.

²² A/61/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones (1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), p. 30.

²³ En concreto analizó la práctica sobre esta cuestión desarrollada en Estados Unidos, Reino Unido y Francia, A/CN.4/567, pp. 27-29.

²⁴ *Ibidem*, p. 29.

²⁵ *Ibidem*, p. 29.

²⁶ *Ibidem*, p. 29.

Como ha dicho algún autor, “*semejante disposición crearía obligaciones relativas al ejercicio de la protección diplomática, poniendo en entredicho la discrecionalidad que hoy por hoy, se reconoce al Estado que decide utilizar esa institución del derecho internacional*”²⁷. Por ello, el contenido del artículo 19 fue objeto de una reformulación que le otorga un carácter “*inusual*”²⁸ dado que contiene meras recomendaciones a los Estados con respecto del ejercicio de la protección diplomática y cuyo texto final del Proyecto de artículos, recoge textualmente que:

*“Un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos 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; y c) transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables”*²⁹.

Según el comentario a este artículo, la denominación de este artículo 19 como “*práctica recomendada*” se justifica porque no se ha consolidado como una norma de carácter consuetudinario, si bien ya existen actuaciones estatales que van en esa dirección. En efecto, en ciertos casos esa práctica evidencia la obligación de algunos Estados de ejercer la protección diplomática a favor de un nacional por estar recogidas en sus normas constitucionales. Este es el caso de la Constitución portuguesa que dispone que “*los ciudadanos portugueses que se hallen o residan en el extranjero disfrutarán de la protección del Estado para el ejercicio de sus derechos y estarán sujetos a los deberes que no sean incompatibles con su ausencia del país*”³⁰ o de la Constitución estonia, la cual establece que “*Everyone is entitled to protection by the government and of the law. The Estonian government also protects its citizens abroad. The law protects everyone from arbitrary exercise of governmental authority*”³¹.

En otros casos, la erosión de la potestad discrecional del Estado viene determinada por resoluciones de tribunales internos que posibilitan que las decisiones sobre el ejercicio de la protección diplomática puedan someterse a control jurisdiccional y en su caso, que por la vía de la responsabilidad patrimonial, la persona perjudicada pueda recibir una

²⁷CARRANZA FÖRSTER, S. R., *La Protección Diplomática y la Práctica Española*, nº 11, ed. Colección Escuela Diplomática, Madrid, 2006, p. 100.

²⁸ DUGARD, J., “Artículos sobre protección diplomática”, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2013, p. 8. En sentido parecido véase: AMERASINGHE, C. F., *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 87-90.

²⁹ El texto del Proyecto de artículos sobre la protección diplomática adoptado por la CDI en su 58º período de sesiones con sus comentarios se encuentra en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, 61º período de sesiones, Suplemento nº 10 (A/61/10)*, pp. 25-61.

³⁰ Art. 14 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976, disponible en: <https://dre.pt/part-i> (última consulta: 19 de mayo de 2020).

³¹ Art. 13 de la Constitución de Estonia de 1992, disponible en: <https://www.president.ee/en/republic-of-estonia/the-constitution/index.html>, (última consulta: 19 de mayo de 2020).

indemnización³². Finalmente, en otros supuestos también se atiende a la obligación por parte del Estado de transferir al nacional perjudicado el monto total de la indemnización percibida por el Estado en el ejercicio de la protección diplomática, con las deducciones razonables que procedan pero manteniendo la competencia estatal para prevenir fraudes, corregir un error o en su caso, proteger el honor nacional. En este sentido, el texto del proyecto de artículos señaló como ejemplos algunas decisiones judiciales inglesas³³. Por tanto, estas tendencias se califican como prácticas deseables³⁴ y se recomienda que los Estados las tengan en cuenta dado que refuerzan el contenido de la protección diplomática como un medio de protección de derechos humanos y también en el ámbito de la inversión extranjera³⁵.

Todo lo anterior permite considerar que el Proyecto de artículos sobre Protección diplomática ha querido establecer una conexión entre el artículo 2 -que apela a la concepción absoluta de la discrecionalidad de la protección diplomática desde la perspectiva clásica del derecho internacional- y el artículo 19, que tiene presente la práctica de algunos Estados relativa a la obligación -por limitada que sea- de proteger a sus nacionales en el extranjero cuando han sido víctimas de una violación de sus derechos humanos por parte de un tercer Estado. De ahí que en los comentarios del proyecto de artículos se afirme que *“el derecho discrecional del Estado a ejercer la protección diplomática debería interpretarse en relación con el proyecto de artículo 19 que recomienda a los Estados que ejerzan ese derecho cuando proceda”*³⁶.

En definitiva, como señalan varios autores *“sería difícil sostener hoy por hoy la visión tradicional de la naturaleza de la protección diplomática hasta ahora defendida como prerrogativa absolutamente discrecional del Estado”*³⁷, pero como se ha indicado

³² Así, en el asunto JAAC 61.75 and 68.78, el Tribunal Federal suizo se refirió a la discrecionalidad del ejercicio de la protección diplomática según el derecho internacional, aunque determinó que no era la única fuente en la que podía buscarse esa obligación. No obstante, si bien concluyó que el derecho suizo tampoco preveía esa obligación y, por ende, la posibilidad de que los nacionales pudieran exigir un derecho de protección, determinó que el gobierno suizo no era completamente libre para actuar dado que *“la seule limitation imposée à l’Etat dans l’exercice de son pouvoir relatif à la protection diplomatique est l’interdiction de l’arbitraire”*, (Sentencia del Tribunal Federal suizo de 30 de octubre 1996). Véase: VERMEER-KÜNZLI, A., “Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection”, *Nordic Journal of International Law*, n° 75, 2006, pp. 289-290). La práctica española contribuye a nutrir esta orientación; véase: PASTOR RIDRUEJO, J., “La pratique espagnole de la protection diplomatique”, en: *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales: Actes de la journée d’études du 30 mars 2001 organisée à la mémoire de Georges Perrin*. J-F. Flauss (dir.), Bruylant, Brussels, 2003, pp. 109-113.

³³ *Civilian War Claimants Association v. R.* [1932] p. 14; *Lonrho Exports Ltd. v. Exports Credits Guarantee Department* [1996], p. 687.

³⁴ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, 61º período de sesiones, cit.*, pp. 58-61.

³⁵ Véanse: QUEL LÓPEZ, F. J., “Nueva aproximación a una institución clásica: la necesaria adaptación de la protección diplomática a los actores y factores presentes en la actual sociedad internacional”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, n° 1, 2004, pp. 343- 348; DUGARD, J., “Diplomatic Protection”, *The Law of International Responsibility*, J. Crawford, A. Pellet, and S. Olleson, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 1068-1070.

³⁶ A/61/10, *Ibidem*, p. 30.

³⁷ SALINAS DE FRÍAS, A., *La protección diplomática a la hora de su codificación*, trabajo de investigación para el examen de titularidad (no publicado), 2000, p. 59. En sentido parecido también C.

también, “obligar al Estado en este ámbito de forma genérica y a priori es algo irrealista, al menos desde la perspectiva del Estado, su soberanía y las relaciones internacionales (...) Mientras ellos no adopten la norma jurídica que les obligue a ejercer la protección diplomática en estos casos, esta no existirá; por más que se afirme desde un plano doctrinal su existencia”³⁸.

III. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL DERECHO Y LA PRÁCTICA ESPAÑOLES

Como se ha señalado, si bien desde la perspectiva del derecho internacional se mantiene la concepción clásica con respecto de la absoluta discrecionalidad que goza un Estado en su ejercicio, nada impediría a los Estados establecer normas de rango constitucional en sus ordenamientos internos que pudiesen imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero. Así, en palabras de A. Rodríguez Carrión “tal vez el hecho de que esta comience a aparecer en algunos textos constitucionales enunciando un deber del Estado suponga la más importante impugnación de su naturaleza discrecional e interestatal”³⁹. Por otra parte, su derecho interno también podría establecer vías de recurso para que un particular que ha sufrido un daño obtenga una indemnización si el Estado del que es nacional no hubiese ejercido la protección diplomática o la hubiese ejercido de manera insuficiente.

1. La inexistencia de un derecho a la protección diplomática

En el ordenamiento español no existe ningún precepto constitucional que expresamente obligue al Estado a ejercer la protección diplomática una vez que un nacional, cuyos derechos han sido lesionados, haya agotado los recursos internos disponibles en el Estado causante del daño sin haber obtenido una reparación. Todo lo más que recoge nuestra Constitución es una formulación genérica que hace alusión “a la protección de todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos”⁴⁰. En ese

ESCOBAR HERNÁNDEZ, ha sostenido que “Cada vez tiene más apoyo doctrinal la tesis según la cual los Estados tienen una obligación, por imperfecta que sea, de proteger a sus nacionales en el extranjero cuando son víctimas de violaciones graves de sus derechos”, “Capítulo XXXVI: Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (I): La protección diplomática”, DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18 ed., Tecnos, Madrid, 2013, p. 926. Igualmente, C. DÍAZ BARRADO sostiene que “no parece lógico afirmar la discrecionalidad absoluta en el ejercicio de la protección diplomática en el caso de Estados que, al mismo tiempo, contemplan en su ordenamiento interno un amplio margen de protección de los derechos fundamentales”, (“La protección diplomática en el derecho internacional contemporáneo: cuestiones generales”, *The Yearbook of Diplomatic and Consular Law*, nº 1, 2016, p. 174).

³⁸ TORROJA MATEU, H., *El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática*, op. cit., p. 89 y p. 96.

³⁹ RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6 ed., Tecnos, Madrid, 2009, p. 319.

⁴⁰ Es relevante señalar que el borrador de la Carta Magna aludía con más detalle a esta cuestión cuando en su artículo 14.2 establecía que “el Estado dirigirá su acción exterior a la protección de los españoles en

sentido, si atendemos además a otras normas del ordenamiento jurídico español que no revisten tal carácter, llegamos a la misma conclusión. En efecto, la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado se limita a una serie de afirmaciones generales. Así, su preámbulo alude a que *“resulta obligado garantizar una adecuada asistencia y protección a los españoles y apoyar a la ciudadanía española y a las empresas españolas en el exterior”* y en el articulado establece como uno de los objetivos prioritarios de la Política Exterior de España *“La asistencia y protección a sus ciudadanos, así como la protección de los intereses económicos de España en el exterior”*⁴¹, otorgando competencia al Servicio Exterior del Estado para facilitar *“el ejercicio de sus derechos a los españoles en el exterior, prestar asistencia a las empresas españolas en el exterior, así como ejercer todas aquellas competencias que le atribuya esta ley y la normativa vigente”*⁴². Por su parte, el Real Decreto 1271/2018, de 11 de octubre, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del entonces denominado Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación solo establece que es competencia de este *“proteger a los españoles en el exterior”*⁴³, y por tanto tampoco consagra ese derecho. Ello ha permitido a la Asesoría Jurídica Internacional (AJI) reiterar en numerosas ocasiones que *“en derecho español, no existe ninguna disposición que reconozca un derecho de la persona a beneficiarse de la protección diplomática. Las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la protección de los derechos e intereses de las personas y, en particular, de los españoles no proclaman ningún derecho de las personas a la protección diplomática”*⁴⁴.

La ausencia de normas que reconozcan el derecho de los españoles a la protección diplomática hace que sea especialmente relevante analizar primero, la doctrina del Consejo de Estado sobre el particular y segundo, la construcción jurisprudencial emanada de nuestros tribunales con respecto al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión en el ejercicio de la protección diplomática.

2. La doctrina del Consejo de Estado en relación con la protección diplomática

país extranjero, y en especial a los inmigrantes, y a conseguir que gocen de los derechos, libertades y prestaciones que aseguren su más amplia equiparación a los ciudadanos del país en que residan”, aunque finalmente esta disposición no encontró reflejo en la versión definitiva.

⁴¹ Art. 2.2.j), Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado.

⁴² Art. 41.3, Ley 2/2014.

⁴³ Art. 1., Real Decreto 1271/2018, de 11 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación y por el que se modifica el Real Decreto 595/2018, de 22 de junio, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, (BOE núm. 247, de 12 de octubre de 2018).

⁴⁴ AJI, “Recurso de alzada contra la resolución de la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares por el que se deniega la protección diplomática solicitada por DRIVA”, Informe nº 13020, de 7 de abril de 2005. Dada la inexistencia de acceso público a los Informes de la AJI, las referencias que a los mismos se hacen en este trabajo se extraen de los Dictámenes del Consejo de Estado o de los trabajos de la doctrina española. Para el Informe citado véase: ALCOCEBA GALLEGOS, A., “Práctica española de protección diplomática y derechos humanos: titularidad del derecho y nacionalidad del beneficiario”, *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Español*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2009, p. 229.

La Ley Orgánica del Consejo de Estado 3/1980 determina en su art. 21.6 la competencia del Consejo de Estado en pleno para ser consultado de las *“Reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional”*⁴⁵. Sobre este particular, la AJI ha puntualizado que la consulta al Consejo de Estado *“debe formularse una vez adoptada la decisión de ejercer la protección diplomática, si bien la ratio de la disposición autoriza la consulta previa a dicha decisión”*⁴⁶.

Pues bien, como veremos a continuación, la doctrina del Consejo de Estado está en total consonancia con la concepción clásica de la protección diplomática del derecho internacional al considerar que *“está generalmente reconocido por la doctrina que en el estado actual de desarrollo del Derecho de Gentes, esta es una de las materias reservadas a la competencia (esto es, a la disponibilidad) de los Estados (u Organizaciones internacionales, legitimadas en su caso), en el sentido de que ninguna norma existe en aquel Ordenamiento que imponga a un sujeto internacional su obligado ejercicio”*⁴⁷. No obstante, en alguno de sus Dictámenes se puede observar que el Consejo de Estado apunta en alguna ocasión cierta sensibilidad hacia el particular.

En este sentido, en el primero de sus dictámenes sobre esta materia, emitido en 1990⁴⁸, el Consejo de Estado se remite a la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática según la jurisprudencia clásica de los asuntos *Concesiones Mavrommatis* y *Nottebohm* y recuerda que no existe ninguna norma que imponga a un sujeto internacional su obligado ejercicio⁴⁹. No obstante, añade una observación interesante:

“Algún prudente y prestigioso internacionalista no deja de observar que la situación no es idéntica en el plano interno, en la relación Estado-individuo o protector-protégido. No es infrecuente la hipótesis, y el Consejo ha tenido ocasión de estudiarla en supuestos descolonizadores, como Sahara y Guinea Ecuatorial, y hasta y muy reciente en el tiempo, Cuba. Pero para ello, afirman,

⁴⁵ Art. 21.6, Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, modificada por la Ley Orgánica 3/2004 de 28 de diciembre (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

⁴⁶ AJI, “Consulta al Consejo de Estado respecto de la eventual protección diplomática de la nacional española C.C.”, Informe nº 5879, de 3 de octubre de 1991. El procedimiento se iniciará de oficio o a instancia del particular, en este caso mediante escrito dirigido a la Dirección General de Asuntos Consulares y Protección de los españoles en el Extranjero; con posterioridad, la citada Dirección General requerirá a la AJI la emisión de un informe donde se examinen las condiciones y los requisitos para ejercer dicha protección. Paralelamente, también se solicitará el dictamen preceptivo al Consejo de Estado en virtud del ya citado art. 21.6. Finalmente, el Ministro de Asuntos Exteriores - *“a no ser que la facultad hubiese sido delegada el Subsecretario del Departamento o en el Secretario general de Política Exterior”*, (Informe nº 5879, *cit.*, párr. 2)- emitirá una resolución sobre la oportunidad o no del ejercicio de protección diplomática para el caso en cuestión.

⁴⁷ Dictamen nº 54274, sobre la formalización eventual del ejercicio de la protección diplomática frente a Suiza de la menor de nacionalidad española, emitido el 10 de abril de 1990 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-0-54274>, última consulta: 19 de abril 2020). El asunto que se planteaba en este Dictamen era el caso de una menor, cuya madre había sido incapacitada por los tribunales suizos y se le había denegado la custodia a sus tíos y a sus abuelos.

⁴⁸ *Ibidem.*, consideración 2.

⁴⁹ Consideración 2.

*es menester que alguna norma interna explicita un eventual derecho a indemnización (pues usualmente se trata de despojos de "bienes") por falta, inicial o sobrevenida, de protección diplomática. Y por supuesto se están considerando asuntos en que se cumplen los requisitos generales para que ella proceda, tales como la nacionalidad del súbdito, el agotamiento por su parte de los recursos internos y su correcta conducta procesal y sustantiva (las llamadas "manos limpias")*⁵⁰.

Además, la consideración de que *"La nacionalidad hace nacer en los ciudadanos la legítima confianza en que el Estado no le dejará desasistido tan pronto como salga de sus fronteras"*⁵¹, que conecta con el *"espíritu protector"* de la *"tradicón legislativa española"*⁵², le lleva a estimar que

*"Tal situación, si bien no atenta de raíz a la inicial disponibilidad estatal en el planteamiento y ejercicio de la protección diplomática de que antes se hablaba, sí la modula de modo muy destacado, ya que cuando menos desplaza del ciudadano hacia el Estado las consecuencias del posible no ejercicio, en el estado actual, e igualmente progresivo como el del Derecho de Gentes, del Derecho interno, al menos si derivado de una Constitución democrática cuya matriz es el reparto equitativo de sacrificios y cargas en función de la solidaridad ciudadana y de los valores constitucionales, que vinculan a los poderes públicos (y al Estado, en que ellos se unifican)"*⁵³.

El Consejo de Estado valora también *"si es condición del ejercicio de la protección diplomática la garantía de su buen fin o basta para ponerla en marcha la razonabilidad y la justicia de los intereses que se defienden"*⁵⁴, concluyendo que *"en un asunto de la índole del que se trata, se inclina por esta segunda alternativa cualesquiera que sean los argumentos formales o procesales que de contrario puedan utilizarse"*⁵⁵. Por todo ello, frente a la posición de la AJI y del Ministerio, que no se mostraban partidarios del ejercicio de la protección diplomática por considerar endeble las bases de la reclamación internacional, el Consejo optó por encontrar fundado en derecho el ejercicio de la protección diplomática. Conviene destacar que el alto organismo consultivo invoca entre las razones que justifican su posición *"la naturaleza misma del asunto contemplado, atinente a lo más íntimo de la persona y reflejo de una situación nada deseable como precedente"*⁵⁶.

En el Dictamen 822/1996⁵⁷, el Consejo vuelve a referirse al célebre enunciado del asunto de las *Concesiones Mavrommatis*, reconociendo que el ejercicio de la protección

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Consideración 3.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Consideración 4.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Consideración 4.

⁵⁷ Expte. de formalización eventual del ejercicio de la protección diplomática frente a Francia emitido el 20 de junio de 1996 (disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1996-822>, última consulta:

diplomática es un derecho del Estado y una competencia puramente discrecional, si bien añade el matiz de que: *“siendo la protección diplomática una facultad discrecional, su ejercicio históricamente se ha visto enmarcado en consideraciones de oportunidad, cuyo peso específico, según los casos, no conviene descuidar. Menos aún ante la propia evolución del Derecho Internacional y el progresivo reconocimiento de un cierto grado de subjetividad internacional al individuo, a quien se otorga en determinados supuestos locus standi ante órganos internacionales cuasijudiciales para reclamar contra las violaciones de sus derechos cometidas por Estados”*⁵⁸.

La competencia que el art. 21.6 de su Ley Orgánica confiere al Consejo de Estado se circunscribe a la protección diplomática, de ahí que sus dictámenes abunden en las características de esta institución y no se ocupen del plano interno. De ahí también la proclamación de la discrecionalidad. No obstante, como hemos puesto de relieve, en algún caso se puede percibir un leve apunte de matizaciones en atención a la situación de la persona.

3. Protección diplomática y responsabilidad patrimonial en la jurisprudencia española antes del caso Couso

Indiscutiblemente, el punto de partida para el análisis de esta cuestión se sitúa en la sentencia de la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1974⁵⁹. Como es sabido, en el citado asunto el TS partió de la inexistencia de un *“verdadero derecho a la protección diplomática que imponga al Gobierno propio por modo inexcusable la puesta en ejercicio del dispositivo indemnizatorio a nivel de Estados”*⁶⁰ pero reconoció la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado dado que los daños causados por el Gobierno de Guinea a los nacionales españoles lo fueron como represalia a la actuación de los poderes públicos españoles. Así, en su argumentación, el TS defendió la discrecionalidad del Estado en su ejercicio, pero consideró que *“la lesión patrimonial, entendida como detrimento injusto sufrido por el*

[12 de abril de 2020](#)). En esta ocasión, versaba sobre la oportunidad de que España ejerciese la protección diplomática contra Francia a favor del nacional español que había sido condenado por el asesinato de un familiar y cuyo objeto era determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito por la existencia de una sentencia condenatoria motivada por una decisión judicial injusta.

⁵⁸ Apartado II.

⁵⁹ STS 2914/1974, 16 de noviembre, ECLI: ES:TS:1974:2914. Conviene recordar el contexto normativo en el cual se produce tal pronunciamiento, en el que por un lado no estaba vigente la Constitución de 1978 y por otro, que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, no consideraba competencia de esa jurisdicción *“las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar”* si bien la misma ley añadía en su inciso final que *“sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa”*. Ello se completaba con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957 cuyo art. 40 reconocía que *“los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”*.

⁶⁰ FJ. 7.

reclamante, es imputable, ante todo, a una represalia carente de toda justificación, y ante la cual el perjudicado, en el área del sistema defensivo interno frente a actos del Gobierno Guineano, por lo que las alternativas posibles, no han podido ser otras que el soportar individualmente esta lesión, u obtener una reparación por la vía de la protección estatal encuadrable en el cuadro de la responsabilidad internacional (...) o por la vía indemnizatoria”⁶¹. Así se puso de relieve, como apuntó P. Andrés, que a

“los imperativos propios de todo Estado democrático de Derecho debe repugnar, por su propia esencia, la circunstancia de que el particular se vea obligado a soportar cargas injustas como consecuencia del mantenimiento de esta inmunidad, (...) la situación debe paliarse mediante la aplicación de un correctivo que no puede ser otro que el de la concesión de una indemnización al particular, equivalente a los daños ocasionados a este por el hecho ilícito del Estado extranjero y la posterior inactividad o actuación ineficaz de la Administración”⁶².

No obstante, el TS concluye reconociendo que no toda omisión de su ejercicio o insuficiente, dará lugar a responsabilidad patrimonial del Estado ya que la ausencia del ejercicio de protección diplomática o con carácter insuficiente *“no es suficiente por sí solo, sino que constituye un elemento más en la relación de causalidad”⁶³*, siendo necesario probar que se cumplen una serie de requisitos: la falta de reparación por la vía de la protección diplomática; que las represalias ilícitas que causaron el daño patrimonial afecten a ciudadanos de nacionalidad española; y que el origen inmediato del daño sea un acto de represalia del tercer Estado.

Sobre estos requisitos se volvió a pronunciar el TS en sus sentencias de 10 de diciembre y 12 de diciembre 2003, en las que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por nacionales españoles a quienes Cuba había privado de ciertos bienes. En ambos asuntos, desestima la pretensión en base a los requisitos establecidos en la Sentencia 16 de noviembre 1974; de este modo, considera que la Administración exterior española no fue la causante de la privación de los bienes y derechos de los nacionales españoles y que el *“Gobierno español, en ejercicio de su potestad-deber de la protección diplomática de sus nacionales, lo único que pudo hacer es tratar de conseguir una reparación, al menos parcial, del daño causado por Gobierno de la República de Cuba”*. Así concluye señalando que estos casos son distintos a aquel *“en base a tres premisas, que no se dan en el caso que nos ocupa: Falta de reparación por la vía de protección diplomática; las represalias ilícitas que causaron el daño patrimonial se realizan a ciudadanos exclusivamente de nacionalidad española; y el origen inmediato*

⁶¹ FJ. 6.

⁶² ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Discrecionalidad en el Ejercicio de la Protección Diplomática y Responsabilidad del Estado en el Orden Interno”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, nº 3, 1976, p. 346.

⁶³ SALINAS DE FRÍAS, A., *La protección diplomática a la hora de su codificación*, op. cit., p. 187.

del daño era un acto de represalia originado por una información dada por Televisión española”⁶⁴.

También la última de las sentencias dictadas hasta la fecha por el TS sobre este particular, de 6 de octubre de 2004⁶⁵ ha ido en la misma línea que las anteriores y tras recordar 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 nacionales españoles en el extranjero constituye un cometido esencial del Estado conforme a la Constitución*”⁶⁶, vuelve a referirse a las sentencias comentadas y admite la responsabilidad patrimonial de la administración por la concurrencia de tres requisitos: la falta de reparación por la vía de protección diplomática; las represalias ilícitas que causaron el daño patrimonial se realizan a ciudadanos exclusivamente de nacionalidad española y que el origen inmediato del daño fue un acto de represalia⁶⁷.

Por su parte, la sentencia de 29 de diciembre de 1986 mantiene la exigencia de la existencia del nexo causal con un acto previo de la Administración española, con la particularidad de que en aquel caso la actuación posterior del tercer Estado no se podía calificar como represalia⁶⁸. El TS afirmó que

*“Es evidente que los actos de apresamiento de los dos buques fueron llevados a cabo por la Administración mauritana al igual que la posterior retención de los mismos hasta su hundimiento; siendo, por lo tanto, las Autoridades mauritanas las directas causantes del daño ocasionado a los armadores; y siendo esto patente, se hace indispensable indagar si el comportamiento o actuación normal o anormal de la Administración española fue, sin embargo, también, determinante para que el daño se produjera”*⁶⁹.

⁶⁴ STS 7934/2003, de 10 de diciembre, ECLI: ES:TS:2003:7934, FJ. 5 y STS 8023/2003, de 12 de diciembre, ECLI: ES:TS:2003:8023, FJ. 4.

⁶⁵ STS 6259/2004, de 6 de octubre, ECLI: ES:TS:2004:6259. Para un análisis breve de las sentencias citadas desde una perspectiva de derecho administrativo, véase: MARTÍN VALERO, M. I., “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito del Derecho Internacional. Especial referencia a la responsabilidad derivada del ejercicio de la protección diplomática y consular”, *Temas relevantes de Derecho internacional público ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa*, A. Pastor Palomar (dir.), Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 2016, pp. 97-119.

⁶⁶ FJ. 4.

⁶⁷ *Ibidem*. En el caso concreto, el TS estimó que no se cumplían los citados requisitos.

⁶⁸ STS 14540/1986, de 29 de diciembre, ECLI: ES:TS:1986:14540. Se trataba del apresamiento y posterior hundimiento de dos barcos por la Administración de Mauritania, hechos en los que existió una clara imprudencia por parte de las autoridades españolas al enviar un télex a la Asociación Artesanal de Las Palmas dando vía libre a la flota para que fuera a hacerlo en el lugar donde fue apresada. Esa actitud unida a la inactividad de las autoridades españolas en posteriores apresamientos, sin gestiones encaminadas a la recuperación de los pesqueros y a la adecuada protección de los nacionales dio lugar a la determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado español.

⁶⁹ FJ. 3.

Así concluye que, a la vista de los hechos

“la patente responsabilidad del Estado español en el apresamiento de los buques y en la retención de los mismos hasta su ruina y ulterior hundimiento; responsabilidad basada en las circunstancias que quedan indicadas, que pueden concretarse en la inobservancia del máximo celo y precaución que debió tenerse al dar las indicaciones a sus nacionales... lo cual se junta con la clara imprudencia de enviar un télex a la Asociación Artesanal dando vía libre a la flota... 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”⁷⁰.

Para terminar el recorrido por la jurisprudencia del TS, hay que citar también la STS de 17 de febrero de 1998⁷¹, en la que reitera la afirmación general de que *“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”⁷²*. Es relevante destacar que para determinar si procedía declarar la responsabilidad -lo que no estimó en el caso concreto- el Tribunal tuvo en cuenta el principio de igualdad ante las cargas públicas⁷³.

En definitiva, hasta el presente, los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública derivada de la insuficiencia o la inexistencia del ejercicio de protección diplomática por el Estado permiten afirmar que este Tribunal reconoce, en vía de principio, la posibilidad de declarar esa responsabilidad, si bien subordinada al cumplimiento de unos requisitos entre los que se encuentra la concurrencia de un acto previo de la Administración española que ejerce de nexo causal con los perjuicios causados a los nacionales españoles por un tercer Estado. La obligación de evitar un perjuicio injusto, conforme al principio de igualdad ante las cargas públicas, es el argumento jurídico de fondo en estos supuestos.

La jurisprudencia del TC también proporciona elementos para el análisis. Hasta la fecha, este tribunal se ha pronunciado sobre esta cuestión con carácter incidental en recursos de amparo por vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela judicial de jueces y tribunales en el marco de litigios sobre la inmunidad de ejecución de Estados extranjeros.

⁷⁰ FJ. 4.

⁷¹ STS 1044/1998, de 17 de febrero, ECLI: ES:TS:1998:1044.

⁷² FJ. 5.

⁷³ Véanse los FJ. 5-7.

En la sentencia de 107/1992 el Tribunal ya apuntó el argumento de la reparación, al afirmar que *“cabría pensar en el recurso a la vía de la protección diplomática, en los casos en que la misma sea procedente con arreglo al Derecho internacional público, o, en último término, en una asunción por parte del Estado del foro del deber de satisfacer la obligación judicialmente declarada, cuando la inejecución de la misma pudiera suponer un sacrificio especial para el justiciable contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas”*⁷⁴.

Posteriormente, en la sentencia 140/1995, de 28 de septiembre, después de analizar algunos mecanismos al alcance de los particulares frente al incumplimiento atribuible a otro Estado como los previstos en el Convenio de Viena de 1961 el TC alude también al mecanismo de la protección diplomática y concluye que *“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, fundamento jurídico 3.º), 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 C.E.). 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”*⁷⁵. Así, reconoce que el Estado español tiene, en ciertas condiciones, la obligación de compensar a sus nacionales, cuando tengan que asumir un sacrificio especial contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas.

Al referirse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su día M. Díez de Velasco afirmó que *“la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en conjunción con el artículo 106 CE y el art. 139.1 LRJAPPAC, pueden ayudar (...) a determinar el derecho a una indemnización a favor del particular que ha visto lesionados sus derechos en ausencia de medidas adecuadas de los poderes públicos, incluida la protección diplomática, cuando se verificare el nexo causal entre la ausencia de su ejercicio y la lesión del particular”*⁷⁶.

Este es el bagaje jurisprudencial al que va a venir a añadirse la decisión de la Audiencia Nacional en el asunto Couso, aportando novedades significativas.

⁷⁴ STC 107/1992, de 1 de julio, ECLI:ES:TC:1992:107, FJ. 3.

⁷⁵ STC 140/1995, de 28 de septiembre, ECLI:ES:TC:1995:140, FJ. 10.

⁷⁶ DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 976. Sin perjuicio de esa valoración, este autor reconocía que *“las referencias a la protección diplomática en las dos sentencias del TC parecen fuera de lugar y de contexto”* (DÍEZ DE VELASCO, M., “Protección Diplomática e inactividad del Estado: la práctica española”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, T. I, Edifer, Madrid, 2005, p. 199).

IV. LAS ACTUACIONES DEL GOBIERNO DE ESPAÑA EN EL ASUNTO COUSO

Según lo relatado por la entonces Ministra de Asuntos Exteriores en el Congreso de los Diputados, tan pronto como tuvo noticias del fallecimiento del cámara de televisión mantuvo varias conversaciones telefónicas con el Secretario de Estado norteamericano al cual le solicitó información sobre lo sucedido. En contestación a la citada solicitud, el 21 de abril, Colin Powell, le dirigió una carta en la que explicó que “*los disparos contra el hotel Palestina se realizaron en una zona de guerra cuando las fuerzas norteamericanas respondían al fuego hostil*”⁷⁷ y se comprometía a mantener informado al Gobierno sobre cualquier otra circunstancia que se averiguase a este respecto. Además, la coalición que lideraba Estados Unidos manifestó que el citado hotel había pasado a considerarse como “objetivo militar” y que la decisión se había puesto en conocimiento de los periodistas que se ubicaban en el mismo. A su vez, justificaron su ataque en respuesta a los disparos previos que se habían efectuado por un francotirador ubicado en el citado hotel⁷⁸. La Ministra de Asuntos Exteriores decidió poner fin a la citada investigación oficial diciendo que el ejército de EE.UU. había actuado en defensa propia ante el peligro de que sus tropas fuesen atacadas. De esa manera, el Gobierno consideró que se trataba de un grave error y que “*el asunto no tenía la suficiente entidad para condenar los hechos y para condenar por estos hechos al Gobierno de los Estados Unidos*”⁷⁹.

Estimando que las explicaciones dadas por el Gobierno norteamericano habían sido contradictorias y negadas por los propios afectados y que la actitud del Gobierno era confusa e insuficiente, diferentes grupos políticos en el Congreso de los Diputados solicitaron al gobierno que realizase la investigaciones oportunas y necesarias a la vez que solicitaba atender las consecuencias derivadas para la familia de José Couso⁸⁰. Con

⁷⁷ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Año 2003, VII Legislatura, nº 260, Sesión plenaria nº 251, celebrada el miércoles, 18 de junio de 2003, p. 13444. Respuesta de la Ministra de Asuntos Exteriores al Diputado don Jesús Caldera Sánchez- Capitán, del Grupo Parlamentario Socialista: ¿Piensa el Gobierno pedir responsabilidades al Gobierno de los Estados Unidos por la muerte del periodista español José Couso, una vez conocido el informe del Comité para la protección de periodistas de Nueva York? (nº de expediente 180/002004.)

⁷⁸ Sin embargo, los testimonios de varios corresponsales nacionales y extranjeros negaron que se hubieran producido disparos previos y que, en consecuencia, las fuerzas armadas norteamericanas, no respondieron a una situación de riesgo, sino que el capitán P. Wolford dio luz verde al disparo sin que existiera ninguna amenaza y con el conocimiento de que el blanco era un hotel en el que se alojaban más de 300 periodistas. Además, varios periodistas aseguraron que no salían del hotel al considerarlo un sitio seguro frente al caos derivado del conflicto armado por lo que en ningún caso podría considerarse como objetivo militar, refutando por tanto las informaciones emitidas por el Gobierno de Estados Unidos.

⁷⁹ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 246 de 29/04/2003, p. 12614.

⁸⁰ El Grupo Parlamentario Socialista presentó una proposición no de ley sobre actuaciones del Gobierno en relación con la muerte de dos periodistas españoles en la guerra de Irak, que se debatió conjuntamente con la proposición no de ley del Grupo Parlamentario Mixto relativa a la investigación y sanción de los responsables de la muerte del periodista gallego, y de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, asimismo el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, presentó una proposición no de ley relativa a las medidas que el Gobierno debe poner en marcha tras la muerte de dos periodistas españoles en la guerra de Irak y, por último, el Grupo Parlamentario Mixto, presentó otra sobre la actitud del Gobierno español ante el asesinato de periodistas y la vulneración de la Convención de Ginebra en la guerra de Irak. En ese sentido, el Sr. Rodríguez Sánchez consideró que “*no es solución promover el abandono de la zona por parte de los periodistas, dar explicaciones insuficientes y contentarse con no*

el cambio de ejecutivo se retomó el debate sobre esta cuestión en el Congreso de los Diputados⁸¹ y en un primer momento, la respuesta del nuevo gobierno fue que “*ya ha cursado instrucciones a la Embajada de España en Washington para que solicite a las autoridades norteamericanas información adicional a la transmitida en su día por el Departamento de Estado y el Mando Central*”⁸². A pesar de lo anterior, este Gobierno tampoco llevó a cabo ninguna investigación, si bien durante su mandato se aprobó el Real Decreto de 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad, donde se concedió una indemnización con carácter retroactivo a la familia de José Couso por el fallecimiento del periodista⁸³.

V. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL 4391/2019, DE 11 DE DICIEMBRE DE 2019: UN PASO MÁS EN LA PROTECCIÓN DEL PARTICULAR

La sentencia resuelve el recurso contencioso administrativo que interpuso la familia Couso contra la Administración General del Estado como consecuencia de la desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados de la omisión de la protección diplomática del Estado a raíz del

condenar los sucesos y hacer un seguidismo total de la política informativa de Estados Unidos. Señorías, es curioso observar cómo los representantes del poder en el Estado español son más solidarios con los oligarcas del exterior que con sus propios conciudadanos, con los nacionales del Estado español. En ese sentido, la Proposición no de ley del Grupo Parlamentario Socialista, sobre actuaciones del Gobierno en relación con la muerte de dos periodistas españoles en la guerra de Irak, nº de expediente 162/000721, que se debatió conjuntamente con la proposición no de ley del Grupo Parlamentario Mixto, relativa a la investigación y sanción de los responsables de la muerte del periodista gallego, José Couso, y de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas durante la agresión armada a Irak nº de expediente 162/000722, asimismo, con la proposición no de ley del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, relativa a las medidas que el Gobierno debe poner en marcha tras la muerte de dos periodistas españoles en la guerra de Irak nº de expediente 162/000724 y, la iniciativa del Grupo Parlamentario Mixto sobre la actitud del Gobierno español ante el asesinato de periodistas y la vulneración de la Convención de Ginebra en la guerra de Irak nº de expediente 162/000725). El resultado de la votación fue de 291 votos emitidos, 125 a favor, 165 en contra y una abstención, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados nº 246 de 29/04/2003, pp. 12614-12624. Con posterioridad se han presentado otras que también han caducado o han sido rechazadas: Proposición no de Ley sobre actuaciones del Gobierno en relación con la muerte del periodista español don José Couso en la guerra de Irak, (162/000771), 17/07/2003; Proposición no de Ley de petición de investigación y juicio por el crimen al cámara de Tele 5 don José Couso, (162/000823), 25/11/2003, en este caso el resultado de la votación fue: votos emitidos, 318; a favor, 150; en contra, 168.

⁸¹ En esta ocasión se le preguntó si, *¿piensa el Gobierno español de una vez por todas promover una investigación seria e imparcial sobre las circunstancias que rodearon la muerte del cámara José Couso? ¿Va a pedir a la Administración Bush que abra una nueva investigación? ¿Piensa seguir aceptando las ya más que evidentes peregrinas explicaciones del Gobierno de EE.UU. sobre el asesinato del periodista gallego?*

⁸² *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, 27 de mayo de 2004, p. 8.

⁸³ Real Decreto de 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad, *BOE* nº 271, 10 noviembre 2004.

fallecimiento de José Couso. Mediante Auto de 4 septiembre de 2008, se suspendió el procedimiento a la espera de una resolución definitiva al procedimiento penal que se había abierto en paralelo para definir la competencia de los tribunales españoles a razón de la modificación de la normativa relativa a la justicia universal⁸⁴. Una vez que se acreditó la terminación de la causa penal a través de su archivo por el Tribunal Supremo en 2016, se levantó -mediante Providencia dictada el 18 de julio de 2019- la suspensión del procedimiento contencioso administrativo.

1. Los argumentos de las partes

Según la parte demandante, el periodista José Couso era una persona internacionalmente protegida por el IV Convenio de Ginebra de 1949 y por los artículos 51 y 79 Protocolo Adicional I al citado Convenio, aplicable a los conflictos armados de carácter internacional, por lo que su muerte constituyó un hecho internacionalmente ilícito que obligaba a Estados Unidos a reparar el daño producido. En cuanto a los requisitos para ejercer la protección diplomática exigidos en el derecho internacional, la demandante entendió probados la existencia del vínculo de nacionalidad, el agotamiento de los recursos internos y la conducta correcta de perjudicado llegando a la conclusión de que el proceder omisivo por parte de la Administración española constituía un funcionamiento anormal de la administración que les supuso graves perjuicios materiales y morales que los demandantes no tenían el deber jurídico de soportar.

Por su parte, la Abogacía del Estado rechazó la argumentación de la demandante por cuatro motivos principales: la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática; la jurisprudencia anterior de los tribunales españoles que exige que el daño causado se derive de un acto de represalia frente a un acto previo de la Administración española; la ausencia del agotamiento de la vía de los recursos internos y el hecho de que la familia ya había percibido una indemnización en base al Real Decreto 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad.

2. La Sentencia: la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado y su justificación

Demostrando un buen conocimiento de las características de la protección diplomática y sus requisitos en el derecho internacional⁸⁵, la decisión considera que en el caso concurrían los requisitos exigibles para el ejercicio de la protección diplomática, para lo que se detiene en particular en la calificación del acto atribuible a las fuerzas armadas de

⁸⁴ Sobre estas cuestiones, véanse: SÁNCHEZ PATRÓN, J. M., “La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para investigar y enjuiciar crímenes de guerra: el caso Couso”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 14, 2007; FERNÁNDEZ LIESA, C. R., “El asunto Couso en los Tribunales Nacionales y en las Relaciones Internacionales”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII, nº 2, 2011, pp. 145-169.

⁸⁵ Véase el FJ. 7.

los EE.UU. como hecho internacionalmente ilícito⁸⁶ pero se ve obligada a reconocer la discrecionalidad de la que goza el Estado para su ejercicio⁸⁷. No obstante, añade que “*tal 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 que el Estado ejercite en su favor la protección diplomática*”⁸⁸ y aunque admite que “*son pocos los Estados que incorporan la obligación del Estado de ejercer la protección*”⁸⁹, la sentencia se concentra en la tarea de encontrar argumentos a favor de tal derecho.

El primero lo encuentra en los trabajos de la CDI, señalando que:

“la institución de la protección diplomática está siendo objeto de ciertos reajustes en los últimos años, admitiendo la existencia de una verdadera obligación para el Estado de ejercitar la protección diplomática en favor de su nacional si concurren los requisitos para ello. Así, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI) rechazó inicialmente la posibilidad de establecer una obligación al respecto para los Estados, pero finalmente a propuesta de varios de ellos, la CDI incorporó al proyecto de convención, recibido por la Asamblea General mediante Resolución A/62/67, de 8 de enero de 2008, una recomendación al respecto en su art. 19, según el cual un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos debería: Considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave. Si bien los artículos sobre protección diplomática no se han plasmado en un tratado, la doctrina internacionalista destaca que hoy son considerados la reafirmación definitiva de normas de derecho internacional consuetudinario sobre esta cuestión, tal como se desprendería del modo en el que son citados por la Corte Internacional de Justicia en la causa Diallo (Causa Ahmadou Sadio Diallo - República de Guinea c. República Democrática del Congo)”⁹⁰.

El segundo lo busca en nuestro sistema interno, por entender 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, de modo que, en ausencia de previsiones legales específicas, esta 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*

⁸⁶ FJ. 8-11. En este punto, trae a colación el Dictamen del Consejo de Estado 1491/1991, de 30 de enero de 1992, relativo a la muerte de un periodista en Panamá; lo hace a los efectos de justificar la calificación como hecho internacionalmente ilícito y la inexistencia de recursos en el sistema judicial interno americano. Por lo demás, el caso no es comparable porque en aquella ocasión el Ministerio de Asuntos Exteriores solicitó el dictamen partiendo de que procedía el ejercicio de la protección diplomática y el Consejo fue de la misma opinión.

⁸⁷ FJ. 12.

⁸⁸ FJ. 12.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*.

que el Estado (todo él) debe acomodar su actuación”⁹¹. La AN concreta este enfoque en el análisis de la jurisprudencia del TC y del TS.

En cuanto al primero de estos tribunales, la Sala de lo Contencioso-Administrativo retiene las SSTC 140/1995 y 18/1997 y concluye de ellas que “*En estas dos resoluciones de nuestro más alto Tribunal subyace que el punto de partida de sus afirmaciones es que el Estado tiene, al menos bajo ciertas condiciones y supuestos, la obligación de desenvolver su actividad cerca del Estado incumplidor de sus obligaciones a fin de lograr la satisfacción del derecho de sus nacionales*”⁹². Respecto al TS, la sentencia invoca las SSTS de 16 de noviembre de 1974, 29 de diciembre de 1996, 10 de diciembre de 2003 y 17 de febrero de 1998, de las que deduce que “*la protección diplomática se constituye en una obligación del Estado cuyo incumplimiento, en determinadas circunstancias, puede generar su responsabilidad*”⁹³.

Todo lo anterior le lleva a concluir que:

*“La aplicación de la anterior doctrina al caso aquí enjuiciado conduce a la estimación del recurso y a la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado con el alcance que luego precisaremos, toda vez que las circunstancias del caso hacían exigible que el Estado desarrollara su actividad diplomática en favor de los perjudicados por el fallecimiento... Sin embargo, (y esto no ha sido puesto en cuestión en la contestación a la demanda) la Administración General del Estado se limitó a recibir y aceptar las explicaciones ofrecidas por la Administración de los Estados Unidos en el sentido de que el ataque al DIRECCION000 se encontraba justificado y que el fallecimiento... fue un lamentable accidente. No consta la realización de gestión alguna tendente, no ya al reconocimiento de la ilicitud del ataque (sobre lo que se lamenta la ya citada STS de la Sala Segunda), sino a la reparación de sus consecuencias patrimoniales de un modo razonable. Y ello pese a las muy numerosas peticiones que al respecto se formularon por diversos grupos parlamentarios según consta en el expediente administrativo. ... la Administración española estaba obligada a desenvolver la actividad necesaria para promover ante el Estado infractor la reparación del daño causado de modo ilícito, lo que no hizo ni en los momentos subsiguientes al fallecimiento... ni hasta la fecha”*⁹⁴.

3. Una valoración de los argumentos de la sentencia

Dejando apuntada la errónea equiparación de la existencia de un derecho subjetivo a la protección diplomática con el derecho a invocar la responsabilidad patrimonial del Estado, los argumentos que utiliza para declarar la responsabilidad patrimonial son discutibles. Por lo que se refiere a la previsión del art. 19 del Proyecto de artículos de la

⁹¹ Previamente, la sentencia había admitido 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 Estado*” (FJ. 7).

⁹² *Ibidem*.

⁹³ FJ. 13.

⁹⁴ FJ. 14.

CDI, ya hemos puesto de relieve más arriba que se trata de una práctica recomendada que no ha alcanzado la condición de norma consuetudinaria. En este sentido, no deja de ser contradictorio que primero la propia sentencia la califica como “recomendación”⁹⁵ y a continuación atribuye carácter consuetudinario a todos los artículos del Proyecto, citando para ello a la doctrina internacionalista -que como hemos visto se lo niega al art. 19, como previamente había hecho la propia CDI- y el asunto *Diallo*, en el que la CIJ no se pronunció sobre este concreto artículo⁹⁶.

En cambio, las citas de las sentencias del TC son pertinentes, por cuanto como hemos apuntado más arriba, pueden ayudar a apoyar el derecho del particular a una indemnización. Por el contrario, no sucede lo mismo con la jurisprudencia del TS, respecto de la cual la propia sentencia afirma:

*“Ha de aceptarse que los casos analizados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo guardan una diferencia con el presente que impide su aplicación mecánica, pues se trataba en ellos de perjuicios causados por un Estado a nuestros nacionales en represalia a las conductas desenvueltas por España. Se daba por tanto una conexión causal entre la actividad de nuestras 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 había sido de modo inadecuado. Por el contrario, en el supuesto que nos ocupa, el fallecimiento... fue causado por el ejército de los EE.UU. sin conexión causal alguna con la conducta de nuestras autoridades, pues... era un periodista que se encontraba realizando su actividad profesional cuando sobrevino su fatal fallecimiento”*⁹⁷.

Quizá consciente de la escasa entidad de sus argumentos, no deja de ser curioso que tras proclamar la estimación del recurso y declarar la responsabilidad patrimonial, en el mismo Fundamento jurídico la sentencia recurre a otros razonamientos complementarios

“Por otra parte, el ilícito internacional de referencia afectaba, además, a un bien jurídico de primer orden como es el derecho a la vida, de manera que si, como hemos dejado expuesto, uno de los cometidos esenciales del Estado es la protección de sus nacionales, la obligación del Estado de dispensar dicha protección alcanzaría grado superlativo de acuerdo con la relevancia constitucional del derecho a la vida ex art. 15 CE en relación con el art. 10.2 CE y los convenios internacionales sobre su protección. Tampoco cabe desconocer que la obligación de dispensar protección diplomática a los familiares... engarza con el específico deber impuesto en el art. 39 CE, (...). Se trata 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, (...) se evidencia que la protección diplomática se revelaba como el cauce idóneo y exigible para

⁹⁵ FJ. 12.

⁹⁶ En su Sentencia de 24 de mayo de 2007 en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República del Congo)*, la Corte se ocupó de la denominada protección por sustitución a la luz del art. 11 b) del Proyecto de artículos (véanse los apartados 86-93 de la Sentencia).

⁹⁷ FJ. 13.

que nuestras autoridades cumplieran el mandato impuesto por el art. 39 CE ya citado.

Además, el tribunal añade que “*la actividad concretamente desarrollada suponía el ejercicio de la libertad de información - art. 20.1.d) CE- que, según ha afirmado desde sus inicios la doctrina constitucional (...) significa "el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático" (...) Consecuentemente, también esta dimensión objetiva de la libertad de información militaba en favor de la dispensa de la protección diplomática como forma de protección de la indicada libertad garantizando la indemnidad de su ejercicio*”.⁹⁸

En esto estriba seguramente lo más novedoso de la sentencia que comentamos. A juicio de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), el derecho a la vida, la protección de la familia y la libertad de información son derechos y valores constitucionales cuya protección puede llevar a justificar el ejercicio de la protección diplomática y, en su defecto, la responsabilidad patrimonial del Estado. Seguramente esto explica la referencia a “*los valores y principios constitucionales*” a los que hace alusión antes de traer a colación la jurisprudencia del TC y del TS. Pero por loable que sea el deseo de reparar una injusticia material, no deja de ser una pirueta argumental insuficientemente justificada desde el punto de vista jurídico y añadida tras la decisión a modo de complemento. También resulta sorprendente que a continuación la sentencia añada dos razones más para salvar el obstáculo de la discrecionalidad:

“a) En primer lugar porque la Administración no ofrece justificación alguna sobre su conducta. Ni siquiera en el expediente de responsabilidad patrimonial que terminó sin resolución expresa, (...) Por más que el control de la actuación discrecional revista caracteres y límites específicos, es precisamente la motivación del acto uno de los elementos sobre los que puede gravitar el control jurisdiccional de la discrecionalidad, control que se hurta -o al menos se dificulta- por la ausencia de respuesta administrativa.

b) En segundo lugar porque si razones de política exterior (que al Gobierno corresponde dirigir ex art. 97 CE) hubieran aconsejado no desarrollar acción diplomática alguna en favor de los perjudicados por el fallecimiento... ellos no tendrían la obligación jurídica de soportar individualmente la política exterior desarrollada en favor del conjunto del Estado y, en definitiva, de la globalidad de los ciudadanos. La imposición a los demandantes de este sacrificio en exclusiva iría en contra del "principio de igualdad ante las cargas públicas" al que se refería la ya citada STC 107/1992, de 1 de julio, FJ 3 in fine, para descartar que la inejecución de una Sentencia deba ser soportada por los favorecidos por ella cuando el Estado no haya desarrollado la acción diplomática que cabe esperar. Estaríamos entonces en el caso de la

⁹⁸ FJ. 14.

responsabilidad por el funcionamiento normal de la Administración que los particulares no tendrían obligación jurídica de soportar”⁹⁹.

Culmina así el desorden argumental que caracteriza a esta sentencia. Sin entrar en la obviedad de la ausencia de motivación, inevitable porque la reclamación había sido desestimada por silencio administrativo, el apartado a) transcrito nos lleva a preguntarnos si se está exigiendo el requisito formal de la existencia de una resolución expresa en todos los casos en los que un particular invoca la responsabilidad patrimonial por cuestiones relacionadas con el ejercicio de la protección diplomática. Por su parte, el apartado b) contiene la justificación más clara que hasta ahora venía ofreciendo nuestra jurisprudencia en el tema que nos ocupa, el principio de igualdad ante las cargas públicas y sin embargo la Sentencia no lo incluye en el núcleo central del razonamiento que le lleva a su decisión, sino que solo lo trae a colación de forma secundaria para restarle valor a la característica de la discrecionalidad.

Todo lo anterior nos lleva a considerar que la construcción jurídica de la sentencia es discutible. Ante la escasa base jurisprudencial previa, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional podía haber optado por ir más allá y eliminar la exigencia de un previo acto de la Administración española provocador del hecho ilícito del Estado extranjero que hasta ahora el TS ha mantenido para estimar la responsabilidad patrimonial, lo que resulta excesivamente restrictivo. El principio de igualdad ante las cargas públicas y la necesidad de impedir perjuicios injustos al particular le proporcionaba la oportunidad. También podía haber desarrollado la incidencia de esos valores constitucionales que se limita a apuntar. Esto habría sido especialmente oportuno si tenemos en cuenta que la sentencia del TS que marca su doctrina en esta materia es preconstitucional. Sin embargo, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha preferido acudir a una argumentación menos consistente y deficientemente estructurada, en la que sus principales justificaciones, tanto las que cree encontrar en el derecho internacional como en la jurisprudencia española, carecen de base.

VI. ESPERANDO AL TRIBUNAL SUPREMO

La Abogacía del Estado ya ha presentado escrito de preparación del recurso de casación ante el TS. En él, la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática, la inexistencia de un derecho del particular a la misma y los condicionamientos establecidos en la jurisprudencia previa del Alto Tribunal figuran entre los motivos invocados¹⁰⁰. De esta forma, el caso Couso le ofrece la oportunidad de confirmar su doctrina anterior o dar

⁹⁹ FJ. 15.

¹⁰⁰ Escrito de preparación de recurso de casación, Abogacía del Estado, nº 639/2020, 24 de febrero de 2020. La Ministra de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación valoró negativamente la sentencia de la Audiencia Nacional, considerando que el fallo “*abre de una manera tan extensiva el derecho de protección consular (sic) que es inasumible para el Estado*”, Declaraciones de la Ministra de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, Arancha González Laya, *Europapress*, 03/03/2020. Disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-gobierno-recurre-sentencia-couso-porque-extiende-proteccion-consular-forma-inasumible-estado-20200303181426.html>. (última consulta: 12 de abril 2020).

un paso más, eliminando la exigencia del acto de la Administración española en la cadena causal que conduce al perjuicio sufrido por el particular.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha sido sensible a la singularidad del asunto Couso pero su construcción argumental presenta puntos débiles. Cabe esperar que el TS sepa encontrar el equilibrio entre la discrecionalidad de que debe gozar el gobierno en la dirección de la política exterior y la protección en el plano interno de los derechos de los ciudadanos que puedan resultar perjudicados por decisiones políticas adoptadas en aquel ámbito. En un Estado de Derecho, esta dimensión no puede ser desatendida. Cabe esperar también que lo haga mediante razonamientos jurídicos más consistentes y elaborados que los de la decisión aquí comentada. Con ello, seguiría perfeccionando la vía que abrió en un lejano año 1974.