



ESPERANZA MÁRQUEZ CHAMIZO\*

## APORTACIONES DEL ASUNTO COUSO AL DERECHO INTERNACIONAL ¿CAMBIO DE PARADIGMA EN LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA O CIERRE EN FALSO?

SUMARIO: 1. Introducción: el contexto. - 2. Los requisitos de la protección diplomática a la luz del caso *Conso*. - 2.1. El hecho ilícito. - 2.2. El agotamiento de los recursos internos. - 3. Protección diplomática ¿Un acto discrecional? - 4. Las aportaciones del caso *Conso* relacionadas con la responsabilidad patrimonial del Estado. - 5. ¿Existe un nuevo derecho a la protección diplomática? La solución del Tribunal Supremo. - 6. Conclusiones y reflexiones finales.

### 1. *Introducción: el contexto*

El 20 de marzo de 2003 una fuerza multinacional liderada por Estados Unidos inició la invasión de Iraq, aunque sus preparativos empezaron muchos meses antes<sup>1</sup>. Las acciones militares se prolongaron hasta el mes de mayo siguiente<sup>2</sup>. Un sector de la doctrina consideró

---

\* Profesora asociada del Área de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho, Universidad de Málaga.

<sup>1</sup> R. PANIAGUA REDONDO, *La ocupación militar de Iraq: En contra del Consejo de Seguridad y del Derecho Internacional*, en M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA y A. SALINAS DE FRÍAS (coord.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, pp. 985-1000. El profesor Paniagua sitúa el inicio de los preparativos a lo largo de la administración Clinton. Considera que, en el ámbito de Naciones Unidas, la fase preparatoria se inició con el discurso que pronunció el presidente Bush ante la Asamblea General el 12 de septiembre de 2002, p. 987. El análisis de la cronología (pp. 986-991) refiere el contenido de la cumbre de Las Azores y la reacción de la Federación Rusa y del Movimiento de Países No Alineados, así como de la Liga de los Estados Árabes (p. 993). Las Resoluciones 678 (1990), 687 (1991) y 1441 (2002) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que supuestamente justificaron la intervención no autorizaban el uso “de todos los medios necesarios” según explica el autor (p.998).

<sup>2</sup> Sobre la intervención en Iraq podemos encontrar abundantísima producción doctrinal, por todas A. GALINSOGA JORDÁ, *El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional*, en A. GALINSOGA JORDÁ (coord.), *El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El caso Conso*, Lleida, 2013, pp. 25-124. El autor fue designado como perito en el procedimiento judicial iniciado en España a raíz de la muerte de *Conso*. Puede seguirse el relato de los hechos que recoge en p. 67 de la obra citada. Se acerca Galinsoga a otra intervención militar cercana en el tiempo, el caso de Afganistán que tuvo lugar en 2001 (pp. 60-64), considerando que en este supuesto la intervención militar fue ajustada a derecho (p. 62). En relación a Iraq en 2003 (pp. 53-60) indica que la “Resolución conjunta para la autorización del uso de la fuerza militar contra Iraq” tomada por el Senado y la Cámara de

esta intervención como parte de una “guerra contra el terrorismo” estimulada desde los sucesos que tuvieron lugar en septiembre de 2001<sup>3</sup>. La dimensión militar de la ocupación se prolongó hasta el 5 de julio de 2004<sup>4</sup> fecha en que las autoridades iraquíes solicitaron ayuda al Consejo de Seguridad y a la comunidad internacional. La dimensión civil se extendió hasta las elecciones del 30 de enero de 2005. La Resolución 1546 (2004) de 8 de junio<sup>5</sup> afirmó que la ocupación de Iraq cesaría el 30 de junio de 2004, fecha prevista para el traspaso de poderes

---

Representantes de los Estados Unidos el 10 de octubre de 2002 no hacía referencia alguna a la legítima defensa (pp. 64-65). A la misma conclusión sobre Afganistán llega Hinojosa Martínez al afirmar que esta intervención respetaba el Derecho Internacional: «A modo de conclusión, puede señalarse que, a pesar de las novedades que incorporó la invocación de la legítima defensa para justificar la intervención armada en Afganistán tras el 11-S, existen sólidos argumentos para defender, con carácter general, la legalidad de la intervención. La operación militar fue respaldada por el Consejo de Seguridad, unas veces de manera directa y otras veces de forma indirecta». No justifica el autor, por el contrario, la operación militar en Iraq. Refiere que «[M]ientras la intervención en Afganistán gozó de un alto grado de consenso internacional, la invasión de Iraq trajo consigo uno de los cismas más graves que se han producido entre las grandes potencias en el seno del Consejo de Seguridad, que quedó muy dañado en su papel preeminente como gestor del sistema de seguridad colectiva previsto en la Carta»; véase L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *Iraq y Afganistán una comparación desde el Derecho Internacional*, en *Análisis del Real Instituto Elcano* (ARI), n.º 10, 2008. En esta dirección apunta el profesor Mariño Menéndez en F. M. MARIÑO MENÉNDEZ, *La tortura y los tratos inhumanos en el conflicto iraquí*, en A. GALINSOGA JORDÁ (coord.), *El conflicto de Iraq*, cit., pp.335-346; concretamente en p. 337. El profesor Iglesias Velasco insiste en la ilicitud de la invasión en A. IGLESIAS VELASCO, *El Iraq posterior a Sadam Hussein tras la invasión de 2003*, en A. GALINSOGA JORDÁ (coord.), *El conflicto de Iraq*, cit., pp. 405-431; concretamente en pp. 413-414. Sobre la ocupación puede consultarse también el análisis del profesor Robert Kolb que cuestiona «hasta qué punto es posible reformular o hacer excepciones a la aplicación del derecho relativo a la ocupación -que se basa en la conservación del *statu quo* en un territorio ocupado hasta la restauración de la soberanía legítima como expresión de la autodeterminación de la población local-, a fin de permitir la reconstrucción del Estado ocupado bajo el paraguas de una operación internacional apoyada, en alguna medida, por las Naciones Unidas», véase R. KOLB, *La ocupación en Iraq desde 2003 y los poderes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, en *International Review of the Red Cross*, 2008, El conflicto en Iraq II, marzo 2008, pp. 13-34, concretamente pp. 13-14. Sobre la ilegalidad de la acción militar llevada a cabo en Iraq, puede consultarse también J. M. FARAMIÑAN GILBERT, *Ratio belli versus ratio iuris* (sobre la guerra de Iraq), A. SALINAS DE FRÍAS y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (coord.), *Soberanía del Estado*, cit., pp. 415-430 y A. PIGRAU SOLÉ, *Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso Guatemala a la Ley Orgánica 18/2003 de cooperación con la Corte Penal Internacional*, en A. SALINAS DE FRÍAS y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (coord.), *Soberanía del Estado*, cit., pp. 1059-1083; concretamente p. 1082.

<sup>3</sup> E. SANTIAGO ROMERO, *El caso Conso ante la jurisdicción española*, en A. GALINSOGA JORDÁ (coord.), *El conflicto de Iraq*, cit., pp. 557-578; concretamente p. 573.

<sup>4</sup> A. GALINSOGA JORDÁ, *El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional*, cit., pp. 70-71.

<sup>5</sup> «El Consejo de Seguridad (...) 2. Observa con satisfacción que, también para el 30 de junio de 2004, se pondrá fin a la ocupación, la Autoridad Provisional de la Coalición dejará de existir y el Iraq reafirmará su plena soberanía», así consta expresamente en el texto de la Resolución del Consejo de Seguridad 1546 (2004), de 8 de junio de 2004 [S/RES/1546 (2004)], disposición que puede consultarse en [https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/RES/1546\(2004\)](https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/RES/1546(2004)). Esta página web y el conjunto de las citadas en este trabajo han sido consultadas por última vez el 21 de junio de 2022. La transición política de Iraq se abordó en la Resolución 1511 (2003) de 16 de octubre del mismo órgano [S/RES/1511(2003)], disponible en [https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/RES/1511\(2003\)](https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/RES/1511(2003)) que justificaba su actuación en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Partía de la reafirmación de la soberanía y la integridad territorial de Iraq. Establecía que la Autoridad Provisional de la Coalición (la Autoridad) se haría cargo, con carácter temporal, de las funciones, atribuciones y obligaciones específicas estipuladas en virtud del Derecho Internacional aplicable. Se refería a la Resolución 1483 (2003) del Consejo de Seguridad, de 22 de mayo de 2003 [S/RES/1483 (2003)], material que se encuentra disponible en [https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/RES/1483\(2003\)](https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/RES/1483(2003)). Las atribuciones de la Autoridad cesarían cuando un gobierno representativo y reconocido internacionalmente, establecido por el pueblo del Iraq, prestase juramento y asumiese las funciones de la Autoridad referida.

de la Autoridad Provisional de la Coalición al Gobierno Provisional de Iraq<sup>6</sup>. En este contexto, el 8 de abril de 2003, un carro de combate, -el *Abrams M1*- disparó contra el Hotel Palestina. Pertenece a la Tercera División de Infantería Acorazada de los Estados Unidos, 2ª Brigada, Regimiento de Blindados 64, Compañía A<sup>7</sup>. Un obús segó la vida de José Couso Permuy y de un cámara de Reuters, el ucranio Taras Protsyuk, mientras informaban sobre la intervención militar en Iraq. Los responsables del Pentágono habían concentrado a los reporteros presentes en Bagdad en tres hoteles -Palestina, Al Rasheed y Al Mansur- dispuestos a tal efecto<sup>8</sup>. El proyectil impactó en la planta 15 del Hotel Palestina, en la esquina de la suite que usaba la agencia Reuters. Los cascos dañaron el piso inferior, donde el cámara español J. Couso estaba grabando. Las sedes de “Al Yazira”, la televisión de Abu Dhabi y el Hotel Palestina se encontraban a quinientos metros de distancia, fueron todas ellas atacadas por la 3ª División de Infantería del Ejército de los Estados Unidos<sup>9</sup>.

Debe recordarse en este punto que los dos únicos periodistas que han muerto a manos de tropas estadounidenses son Juanxu Rodríguez y José Couso<sup>10</sup>. En la guerra en Iraq, desde su comienzo, habían fallecido 23 periodistas, 5 de ellos en 2004 y 10 a causa del fuego de las fuerzas armadas norteamericanas<sup>11</sup>. Siguiendo a Galinsoga no debe obviarse que, en el contexto de los conflictos armados, los periodistas cumplen la función de testigos de la

---

<sup>6</sup> En el párrafo 17 del preámbulo de esta última decisión, el Consejo de Seguridad tomaba nota del compromiso de todas las fuerzas que protagonizaron la intervención en Iraq de promover el mantenimiento de la seguridad y de la estabilidad en el Iraq y de actuar de conformidad con el Derecho Internacional, incluidas las obligaciones dimanantes del Derecho Internacional humanitario, y su obligación de cooperar con las Organizaciones Internacionales competentes. Al respecto recuerda Kolb que los actos adoptados unilateralmente por las fuerzas de ocupación tenían el carácter de Derecho interno a los efectos del artículo 3 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos, en R. KOLB, *La ocupación en Iraq*, cit., p. 24.

<sup>7</sup> L. TORRES BOURSALT, *El ‘Asunto José Couso’: La sanción de los crímenes internacionales en los sistemas nacionales y los mecanismos de cooperación*, en A. R. CUERDA RIEZU y F. JIMÉNEZ GARCÍA (coord.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid, 2009, pp. 237-262. Leopoldo Torres Boursault fue Fiscal General del Estado y posteriormente letrado de la acusación en el caso Couso. Para el autor «[E]fectivamente, la muerte de Couso se inscribe en el marco de la priorización del factor “seguridad” sobre los valores y principios de la Libertad, que han sufrido un progresivo deterioro a partir del atentado contra las Torres Gemelas» ..., p. 237. Torres Boursault, relata los hechos aludidos en la querrela presentada, el Sargento Gibson fue la persona que disparó desde el carro de combate. En los informativos de las 20.30 horas emitidos por Telecinco el día 8 de mayo, el propio Gibson reconoce haber realizado el disparo. Su inmediato superior, el capitán Philip Wolford, responsable de la unidad de blindados de la Compañía A, fue quien autorizó el disparo, según manifiesta en una entrevista a «*Le Nouvel Observateur*», cuando un artillero de uno de los tanques le manifestó que alguien les observaba con unos prismáticos desde el Hotel Palestina. La persona que ordenó disparar contra el Hotel fue el teniente coronel Philip de Camp, superior del capitán Philip Wolford y responsable del Regimiento de Blindados 64, al que pertenecía la compañía A, según reconoció en una entrevista concedida en “*Los Angeles Times*” del día 11 de abril, p. 239.

<sup>8</sup> G. JAR COUSELO, *La muerte de José Couso, ¿un crimen de guerra?*, Informe exhaustivo al cumplirse dos años de la desaparición del periodista español en Bagdad, en *Cuadernos de periodistas: Revista de la Asociación de la Prensa de Madrid, Cruz Roja Española*. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, 2005, pp. 56-100. Pueden consultarse pp. 58 y 61.

<sup>9</sup> L. TORRES BOURSALT, *El ‘Asunto José Couso’*, cit., p. 239.

<sup>10</sup> Un análisis de la cuestión desde la perspectiva de los medios de comunicación podemos encontrarla en C. MORERA HERNÁNDEZ, *Periodistas españoles caídos en ‘combate’: ‘víctimas’ de distintas coberturas*, en *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, Madrid, 2014, enero-junio, pp. 505-522. La autora concluye que las guerras no son iguales para los medios, como tampoco parecen serlo las muertes que de ellas se deriven. Los conflictos que han tenido lugar en Oriente Medio han recibido un tratamiento diferente y superior al de guerras en Latinoamérica, África o la antigua Yugoslavia. Afirma, respecto a Couso, que su muerte fue estigmatizada, en pp. 518-519.

<sup>11</sup> G. JAR COUSELO, *La muerte de José Couso*, cit., p. 72.

comunidad internacional<sup>12</sup> y de colaboradores de la justicia, consiguen evitar muchos crímenes porque sus autores saben que peligran su impunidad<sup>13</sup>. La Sentencia de 11 de diciembre de 2019 de la Audiencia Nacional aludirá a estos valores para sustentar su argumentación como se referirá más adelante.

La familia de José Couso consideró lo ocurrido un crimen de guerra, exigió una investigación internacional<sup>14</sup> y anunció la presentación de una querrela contra las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América, el Ministro de Defensa español y el presidente del gobierno J. M<sup>a</sup>. Aznar. Planteó la posibilidad de solicitar una compensación a los Estados Unidos de América y un juicio a los culpables<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> La Resolución 2222 (2015) del Consejo de Seguridad, adoptada el 27 de mayo de 2015 (S/RES/2222 [2015]) destaca su dedicación como una suerte de “mecanismo de alerta temprana”. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/153/84/PDF/N1515384.pdf?OpenElement>.

<sup>13</sup> A. GALINSOGA JORDÁ, *El conflicto de Iraq*, cit., pp. 79 y 620-621. David C. Hall analiza el conflicto de Iraq partiendo de la consideración de que el nuevo paradigma de la administración Bush consideraba la lucha contra el terrorismo como un nuevo tipo de guerra, en D. C. HALL, La presidencia imperial, en A. GALINSOGA JORDÁ (coord.), *El conflicto de Iraq*, cit., pp. 223-247, concretamente pp. 224-225. Manifiesta este autor que los militares y políticos norteamericanos aprendieron en Vietnam el poder de las imágenes. Por ello durante la guerra del Golfo de 1991 y luego las de Afganistán e Iraq, no iban a permitirse imágenes comprometedoras. El Ejército y la Administración Bush contaron en su empeño con el apoyo casi total de los medios de comunicación, así surgió la figura del periodista empotrado (*embedded*). Para el autor esto es algo que no debemos olvidar cuando nos preguntemos cómo es que el Hotel Palestina -y, por tanto, José Couso- se convirtieron en objetivos militares. En la misma dirección apunta el historiador Jaime Clemente Sampietro al analizar la guerra asimétrica. Puede consultarse J. CLEMENTE SAMPIETRO, Las víctimas del conflicto iraquí, en A. GALINSOGA JORDÁ (coord.), *El conflicto de Iraq*, cit., pp. 297-334. Afirma el autor que una de las consecuencias más importantes que tiene la guerra asimétrica sobre la población civil es la desaparición de la presencia de los medios de comunicación, refiere que «[L]a libre circulación de periodistas en Iraq podía reproducir el modelo de Vietnam. El peso político y mediático de las víctimas en los ejércitos de los países más desarrollados podían hacer perder una guerra» ..., p. 306. En palabras del profesor Galinsoga los conflictos armados son la fuente principal de las violaciones de derechos humanos, el trabajo de los periodistas deviene imprescindible y su tarea puede ser heroica.

El riesgo que asumen los periodistas y la preocupación de la comunidad internacional se plasmó en el texto de la Resolución 1738 (2006) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 23 de diciembre de 2006 relativa a la protección de los civiles en los conflictos armados, así como en la Declaración de Medellín adoptada en el marco de la UNESCO en 2007, también en A. GALINSOGA JORDÁ, *El Derecho Internacional Humanitario y su aplicación al caso Couso (Hotel Palestina, Bagdad [Iraq], o abril de 2003)*, en A. GALINSOGA JORDÁ (coord.), *El conflicto de Iraq*, cit., pp. 595-640; particularmente pp. 621-624. El Plan de acción de la ONU sobre la seguridad de los periodistas y la cuestión de la impunidad incide en esta línea; véase: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/SafetyOfJournalists/Pages/SafetyOfJournalists.aspx>.

Las Resoluciones de Naciones Unidas sobre la seguridad de los periodistas están disponibles en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/SafetyOfJournalists/Pages/resolutions.aspx>. Materiales consultados el 14 de febrero de 2022.

En el mismo sentido Fernández Liesa señala que Couso no fue el primero ni será el último periodista español fallecido en un conflicto armado, pero sí fue el único cuyo caso fue internacionalizado y judicializado. Recuerda el autor a otros profesionales de la prensa, fallecidos en diversas circunstancias, como Julio Anguita (7 de abril de 2003, Iraq), Ricardo Ortega (marzo de 2004, Puerto Príncipe, Haití), Julio Fuentes (Afganistán, 2001), Jordi Pujol (Sarajevo, 1992), Juantxu Rodríguez (Panamá, 1989). Puede consultarse en C. R. FERNÁNDEZ LIESA, *El asunto Couso en los tribunales nacionales y en las relaciones internacionales*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2011, pp. 145-160, específicamente en pp. 146-147.

<sup>14</sup> G. JAR COUSELO, *La muerte de José Couso*, cit., pp. 70 y 73. El autor señala que, en el informe anual de Reporteros sin Fronteras, publicado el 6 de enero de 2004, se pone de manifiesto que al Ejército de EE.UU. se le podía considerar responsable de la muerte de al menos cinco periodistas en Iraq, si bien sería difícil de probar ya que «en ningún caso una investigación digna de ese nombre ha aclarado las circunstancias de esos dramas».

<sup>15</sup> *Ut supra*, p. 75.

Por su parte Telecinco solicitó al embajador de Estados Unidos en España la apertura de una investigación y al Ministerio de Asuntos Exteriores la presentación de una queja diplomática ante el gobierno de Estados Unidos, así como que se informase a la familia sobre las gestiones que se llevasen a efecto y los resultados de las mismas.

En un primer momento, el gobierno español anunció que intentaba “recabar información” sobre lo sucedido, sin confirmar la presentación de queja diplomática alguna. El Pentágono atribuyó el disparo a la necesidad de defenderse tras el ataque de francotiradores, desde el Hotel, y el mando norteamericano en Qatar lo justificó por la declaración del edificio como ‘objetivo militar’ dos días antes. Así, el 12 de agosto de 2003 el gobierno de Estados Unidos enviaba a los gobiernos de Ucrania y de España el informe<sup>16</sup> con los resultados de la investigación sobre las muertes de los dos periodistas. Se argumentaba que el disparo fue realizado «en defensa propia y en conformidad con las reglas de combate. Los soldados del carro de combate actuaron siguiendo informaciones sobre la presencia en el Hotel de un francotirador que coordinaba el fuego por parte iraquí», por lo que se exculpaba a las tropas de la 3ª División de cualquier responsabilidad<sup>17</sup>.

La familia de Couso rechazó de manera rotunda dicha versión. La repercusión de los hechos se puso de manifiesto en las iniciativas parlamentarias que no tuvieron ningún resultado aunque hicieron evidente la pasiva actitud de la Administración del Estado<sup>18</sup>. Se

---

<sup>16</sup> Según la profesora Crespo Navarro, el informe concluía que el proyectil fue disparado contra el Hotel en defensa propia. El gobierno de Estados Unidos envió también informe al Juzgado de Instrucción, un extracto del cual fue publicado en prensa; p. 205, véase nota 19 en E. CRESPO NAVARRO, *La naturaleza de la protección diplomática en el caso 'Couso': la compleja relación entre Derecho internacional y Derecho interno*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2020, n.º 2, pp. 197-234.

<sup>17</sup> G. JAR COUSELO, *La muerte de José Couso*, cit., p. 87.

<sup>18</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Año 2003, VII Legislatura, n.º 244. Sesión plenaria n.º 235, 9 de abril de 2003. Número de expediente 172/000271, pp. 12529-125230. En su intervención el Ministro de Defensa afirmó que «además de periodistas había fedayines y había equipos del Ministerio de Información iraquí» en el Hotel Palestina, dando credibilidad a las explicaciones de las autoridades militares de Estados Unidos. Calificó la muerte de Couso de “gravísimo error”. Sobre la adecuación al Derecho Internacional del conflicto que tenía lugar en Iraq véanse pp. 12530-12532. Documentación también disponible en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L7/CONG/DS/PL/PL\\_244.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/PL/PL_244.PDF).

*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Año 2003, VII Legislatura, n.º 246. Sesión plenaria n.º 237, 29 de abril de 2003. Números de expedientes 162/000722, 162/000724 y 162/000725, pp. 12614-12623. En el debate parlamentario constaba el malestar ante la ausencia de investigación y la relevancia de los testimonios de testigos directos de los hechos. Se postulaba que el Estado español no lo podía mirar como un espectador, y tenía la obligación internacional de la protección diplomática de sus ciudadanos. Documentación disponible en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L7/CONG/DS/PL/PL\\_246.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/PL/PL_246.PDF).

*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Año 2003, VII Legislatura, n.º 247. Sesión plenaria n.º 238, 30 de abril de 2003. Número de expediente 172/000275, pp. 12648-12649, 12728 y 12731. El Ministro de Defensa calificó nuevamente la muerte de José Couso en circunstancias terribles como un “gravísimo error”, manifestó que se había solicitado reiteradamente información del gobierno de los Estados Unidos a nivel militar, petición que se formalizó a nivel diplomático para obtener nuevos datos. El representante del gobierno admitió que en el caso Couso era de aplicación el artículo 79 del Protocolo I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, concretamente en p. 12731, en [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L7/CONG/DS/PL/PL\\_247.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/PL/PL_247.PDF).

*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Año 2003, VII Legislatura, n.º 620. Sesión plenaria n.º 251, 18 de junio de 2003. Número de expediente 180/002004, pp. 13443-13444. Documentación disponible en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L7/CONG/DS/PL/PL\\_260.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/PL/PL_260.PDF). Se recriminaba al gobierno que no se hubiese prestado ninguna ayuda a la familia Couso, que no se promoviese ninguna investigación y que no se hubiera exigido ninguna responsabilidad al gobierno norteamericano.

*Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, Congreso de los Diputados. 19 de junio de 2003. Serie D, n.º 554, Control de la acción del Gobierno. Asunto de referencia 184/055317, p. 225; Asunto de referencia 184/055324, pp. 226-227; Asunto de referencia 184/055326, pp. 227-228; Asuntos de referencia 184/055558, 184/055662 y

inició el procedimiento penal con la presentación de la querrela el 27 de mayo de 2003, que finalizó con la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 797/2016 del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2016<sup>19</sup>.

Una de las cuestiones más evidentes para cualquiera que se acerque al estudio del asunto Couso es su extensión en el tiempo. Desde la presentación de la querrela el 27 de mayo de 2003 hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2021 muchas vicisitudes han influido en el procedimiento, ahora en tramitación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>20</sup>. Desde su inicio se constató la reticencia de los Estados Unidos a investigar los hechos o facilitar el trabajo de las autoridades españolas, cuando no la presión desde todos los frentes imaginables<sup>21</sup>. No fue posible convencer a los implicados de que instruir el asunto Couso expresaba *per se* la independencia del poder judicial del Estado

---

184/055560 pp. 240-242; Asunto de referencia 184/055739, pp. 277-278. Disponible en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L7/CONG/BOCG/D/D\\_554.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/D/D_554.PDF). El 1 de mayo de 2003, en el curso de la conferencia de prensa conjunta, el Secretario de Estado estadounidense explicó que los soldados americanos que trataban de liberar la zona de Bagdad en la que se encontraba el Hotel Palestina fueron atacados gravemente, con riesgo para sus vidas, por lo que cumplieron con su obligación de responder. Se informaba igualmente sobre la repatriación de los fallecidos.

*Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, Congreso de los Diputados. 23 de octubre de 2003. Serie D, n.º 609, Control de la acción del Gobierno. Asunto de referencia 184/062414, p. 153. Documentación disponible en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L7/CONG/BOCG/D/D\\_609.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/D/D_609.PDF). Se reproducen las anteriores manifestaciones respecto al fallecimiento de Couso.

*Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, Congreso de los Diputados. 27 de mayo de 2004. Serie D, n.º 23, Control de la acción del Gobierno. Asunto de referencia 184/000007, p. 8. Esta documentación está disponible en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L8/CONG/BOCG/D/D\\_023.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/D/D_023.PDF). Se alude al informe elaborado por la organización internacional Reporteros Sin Fronteras, referido en otros apartados de este trabajo. Se deja constancia de la petición de información adicional a las autoridades norteamericanas.

<sup>19</sup> Sentencia n.º 797/2016, de 25 de octubre de 2016, Sección I, Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, Ponente: Carlos Granados Pérez, ECLI:ES:TS:2016:4621.

<sup>20</sup> Application n.º 2327/20, David Couso Permuy against Spain, loggeg on 23 December 2019. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%222327/20%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-204531%22%5D%7D>.

<sup>21</sup> C. R. FERNÁNDEZ LIESA, *El asunto Couso*, cit., pp. 156-159. Sobre la política de Estados Unidos R. PANIAGUA REDONDO, *La ocupación militar de Iraq*, cit., p. 987 y D. C. HALL, *La presidencia imperial*, cit., pp. 224-225, entre otros. En relación a la justificación de la actuación de las fuerzas armadas estadounidenses E. CRESPO NAVARRO, *La naturaleza de la protección*, cit., p. 205, véase nota 19. Torres Boursault refiere que la colaboración de las autoridades de Estados Unidos se concretó en una carta del entonces Secretario de Estado Colin Powell de 21 de abril y un Comunicado emitido por el Comando Central de los Estados Unidos (CENTCOM), recibido en el Ministerio español de Asuntos Exteriores el 11 de agosto de 2003. Se informaba de los resultados de una pretendida investigación sobre el fallecimiento de D. José Couso, que atribuyó el disparo a la necesidad de las fuerzas armadas de defenderse de ataques enemigos efectuados desde el edificio que resultó ser el Hotel Palestina; en L. TORRES BOURSULT, *El 'Asunto José Couso'*, cit., p. 242. Sobre las presiones para sustraer la investigación de los hechos a los órganos judiciales españoles puede consultarse, entre otros muchos, E. ORIHUELA CALATAYUD (coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*. Navarra, 2016, p. 30. Referencias a las presiones diplomáticas para recortar la jurisdicción española encontramos en A. BAUTISTA HERNÁNDEZ, *¿Crisis de la Jurisdicción Universal? Avances y retrocesos en la aplicación de la Jurisdicción Universal por los Tribunales Españoles tras la reforma de 2009*, en A. SÁNCHEZ VALENCIA (coord.), *Investigaciones en Ciencias Jurídicas: desafíos actuales del Derecho*, Málaga, 2014, pp. 77-89, concretamente en p. 83; también M. GUINOT MARTÍNEZ, *La reforma del Principio de Justicia Universal y el delito de tráfico de drogas*, Valencia, 2018, pp. 191-193 y 319 y en J. CHINCHÓN ÁLVAREZ, *Del intento por acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctimas y del Derecho Internacional: examen crítico de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal*, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 4, n.º 5, 2014, pp. 161-173, concretamente pp. 164-165 y 172.

concernido por la muerte del periodista, al margen de cuestionar la intervención en Iraq o la actividad exterior de Estados Unidos tras el 11 de septiembre<sup>22</sup>.

El vigente Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal de 20 de septiembre de 1990<sup>23</sup> no se aplicó, sin que su incumplimiento derivase en reacción alguna por parte española<sup>24</sup>. La Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) no estuvo al servicio de la cooperación penal internacional, sino que puso todas las trabas posibles a la tramitación de las órdenes decretadas por el Juzgado Central de Instrucción<sup>25</sup>. El ejercicio de la jurisdicción penal extraterritorial no contó con ningún resorte que posibilitara su funcionamiento.

## 2. Los requisitos de la protección diplomática a la luz del caso Couso

El abogado de la familia Couso presentó, el 2 de abril de 2004, una reclamación por daños y perjuicios contra el Ministerio de Asuntos Exteriores, por valor de 405.862 euros. Como se ha referido con anterioridad, el IV Convenio de Ginebra y el Protocolo I de 1977<sup>26</sup> otorgan protección expresamente a las personas civiles, incluidos los «periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en zona de conflicto armado». Al ser Convenios que España ratificó y publicó y que están vigentes en nuestro país desde 1952 y 1989 respectivamente, su incumplimiento perjudicó gravemente a la familia Couso. Se exigía responsabilidad patrimonial a la Administración del Estado por funcionamiento anormal de

---

<sup>22</sup> Puede consultarse sobre este punto L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *Poder imperial y Derecho Internacional. La pax americana*, en A. SALINAS DE FRÍAS y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (coord.), *Soberanía del Estado*, cit., pp. 1293-1310; concretamente pp. 1300-1305.

<sup>23</sup> Instrumento de ratificación del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, hecho en Washington el 20 de noviembre de 1990. BOE n.º 144, de 17 de junio de 1993. Disponible también en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1993-15744](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1993-15744).

<sup>24</sup> Como se referirá posteriormente, la solicitud de auxilio judicial internacional presentada directamente al Fiscal General de los Estados Unidos de América, cursada el 21 de abril del 2004 para el esclarecimiento de los hechos no obtuvo resultados. El 6 de junio del 2005 se instó nueva solicitud de auxilio judicial para que se recibiera declaración en calidad de imputados y con asistencia letrada a los militares implicados. Obviamente, a la vista de lo actuado, tal investigación no pudo tener tal carácter, pues, desde luego, no había contado con los múltiples testimonios obrantes en la causa e informes periciales y demás diligencias practicadas, ni aún con el testimonio de la sargento Sra. Kinne, que sin duda habría de aportar en el expediente norteamericano información decisiva para el curso del procedimiento, J. F. THOMAS MULET, *Razones de Estado y proceso justo*, en A. GALINSOGA JORDÁ (coord.), *El conflicto de Iraq*, cit., pp. 579-594; concretamente p. 583.

<sup>25</sup> C. R. FERNÁNDEZ LIESA, *El asunto Couso*, cit., pp. 156-158. Explica el autor que el artículo 3 del Estatuto de INTERPOL prohíbe taxativamente toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial. Se requiere el consentimiento del Estado de la nacionalidad de los investigados para la tramitación de órdenes relacionadas con crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad. Interpol respaldó la negativa de Estados Unidos a que miembros de sus fuerzas armadas fuesen juzgados por tribunales internacionales o por tribunales de otros Estados. El Estatuto de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) fue aprobado por la Asamblea General de la Organización en su 25ª reunión (1956-Viena). Puede consultarse en <https://www.interpol.int/es/Quienes-somos/Marco-juridico/Documentos-juridicos>.

<sup>26</sup> IV Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949, artículo 4 y artículo 79 del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, reseñados con anterioridad. BOE n.º 246, de 2 de septiembre de 1952 y BOE n.º 177, de 26 de julio de 1989 respectivamente.

servicios públicos, ya que Couso no había recibido la adecuada protección diplomática por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores, organismo competente para llevar a efecto la protección de los españoles en el exterior<sup>27</sup>. Dicha petición fue desestimada por silencio administrativo, por lo que el 1 de septiembre de 2005 se interpuso recurso contencioso administrativo, admitido mediante providencia dictada el 14 de septiembre de 2005.

La demanda se formalizó el 21 de noviembre siguiente, solicitando que se condenase a la Administración General del Estado a abonar una indemnización por importe de 317.130,37 euros, por lo que consideraba un funcionamiento anormal de la Administración del Estado. Cuando el expediente estaba pendiente de señalamiento para votación y fallo, fue suspendido el trámite mediante Auto dictado el 4 de septiembre de 2008<sup>28</sup>, a la espera de resolución definitiva en la causa penal que por la muerte de Couso se tramitaba, dado el carácter preferente de dicho proceso. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictó la Sentencia n.º 797/2016, de 25 de octubre que clausuró la jurisdicción penal al rechazar la jurisdicción de los tribunales españoles sobre los hechos investigados. Concluyó que la limitación realizada por el legislador en el modelo de jurisdicción universal preexistente no constituía una violación de la IV Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949<sup>29</sup>. La suspensión del procedimiento contencioso administrativo se levantó mediante providencia dictada el 18 de julio de 2019<sup>30</sup>.

La Abogacía del Estado se opuso argumentando la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática. Justificó la ausencia de responsabilidad patrimonial en las exigencias fijadas en la jurisprudencia de los tribunales españoles vertida con ocasión de reclamaciones anteriores<sup>31</sup>. En decisiones precedentes se había considerado indemnizable el daño causado a un nacional español por un acto de represalia de un tercer Estado frente a un acto previo de la Administración española. Igualmente se basó la posición de la Administración General del Estado en la ausencia del agotamiento de la vía de los recursos internos así como en la compensación recibida por la familia Couso en virtud de lo estipulado en el Real Decreto 8/2004, de 5 de noviembre<sup>32</sup>.

La Sección IV de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional en la Sentencia de 11 de diciembre de 2019<sup>33</sup>, estimó el recurso interpuesto por la familia Couso en 2005. Consideró que concurrían los requisitos necesarios para el ejercicio de la protección diplomática frente a Estados Unidos. La reclamación de responsabilidad patrimonial se sustentaba en que el gobierno de España omitió el ejercicio de la protección diplomática de modo eficaz para lograr que las autoridades de Estados Unidos proporcionaran la debida reparación por estos hechos. El gobierno se limitó a aceptar las contradictorias explicaciones

<sup>27</sup> G. JAR COUSELO, *La muerte de José Couso*, cit., p. 93.

<sup>28</sup> Así se refiere en el Antecedente de Hecho Cuarto de la Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019, Sección IV de la Sala de lo Contencioso Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, n.º de recurso: 494/2005. Ponente: Ignacio de la Cueva Aleu, ECLI:ES:AN:2019:4391.

<sup>29</sup> Consideramos necesario señalar que, tal y como puso de relieve la familia Couso en su recurso de amparo - Sentencia 80/2019, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 2019- no existía ningún otro procedimiento judicial abierto por las conductas criminales que causaron la muerte de José Couso Permuy.

<sup>30</sup> Sobre el curso de este procedimiento debe consultarse B. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Protección diplomática y responsabilidad patrimonial del Estado: A propósito del caso Couso*, en *Revista Española de Estudios Internacionales*, n.º 39, junio 2020. Respecto al inicio de la vía contenciosa véase p. 21. Material disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7461810>.

<sup>31</sup> Fundamento de Derecho Cuarto, Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019.

<sup>32</sup> Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad. BOE n.º 271, de 10 de noviembre de 2004.

<sup>33</sup> Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019, doc. cit. en nota 28.



estadounidenses, sin atender las diversas solicitudes de actuación emanadas del Congreso de los Diputados para que se requiriese a las autoridades implicadas una investigación independiente de los hechos<sup>34</sup>.

Esta decisión fue impugnada por la Abogacía del Estado en recurso de casación. La Sección V de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo el pasado 9 de julio de 2021<sup>35</sup> desestimó el recurso interpuesto contra la Sentencia de 2019 confirmando los pronunciamientos de la Audiencia Nacional.

### 2.1. *El hecho ilícito*

Partimos de la nacionalidad de la reclamación y de la conducta correcta del perjudicado. Los elementos de la protección diplomática diseñados por el Derecho Internacional<sup>36</sup> quedan adecuadamente reflejados en ambas decisiones judiciales. Por lo que se refiere a la comisión del hecho ilícito, resorte imprescindible para activar el mecanismo de la protección diplomática, tanto la Audiencia Nacional<sup>37</sup> como el Tribunal Supremo<sup>38</sup> asumen la conclusión formulada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Éste afirmó que «es obligado señalar que la muerte causada violentamente de un profesional de la información cuando estaba en el ejercicio de sus funciones, en las circunstancias 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»<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019.

<sup>35</sup> Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021, Sección V de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, n.º de recurso: 3030/2020. Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy, ECLI:ES:TS:2021:3026.

<sup>36</sup> Se analizan adecuadamente en los Fundamentos de Derecho Séptimo, Octavo y Undécimo de la Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019. Se trae a colación el diseño de los mismos plasmado en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la protección diplomática incorporado en la Resolución A/62/67, de 6 de diciembre de 2007, DOC A/62/67, material que se encuentra disponible en: [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/62/67&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/62/67&Lang=S). Los prolegómenos a dicho texto los encontramos en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones (1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), Documentos Oficiales, Asamblea General 61º período de sesiones. Suplemento n.º 10 (A/61/10). El trabajo relativo a la protección diplomática en pp. 24-105. Disponible para su consulta en: <https://digitallibrary.un.org/record/583937?ln=es>.

Una concienzuda reflexión sobre el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en materia de protección diplomática podemos encontrar en B. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Protección diplomática*, cit., pp. 3-10. Puede consultarse también H. TORROJA MATEU, *El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática*, Barcelona, 2007, pp. 71-104, concretamente pp. 80-85; E. CRESPO NAVARRO, *El Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática: la protección de las personas físicas*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, pp. 221-238 y E. CRESPO NAVARRO, *La naturaleza de la protección diplomática*, cit., p. 208. Las alusiones de la sentencia de la Audiencia Nacional al Proyecto no distinguen adecuadamente entre el articulado que codifica normas asentadas y las formulaciones que no tienen este carácter, como el artículo 19 de dicho texto que refiere prácticas recomendadas a los Estados. Para la profesora Vázquez «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», B. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Protección diplomática*, cit., p. 9.

<sup>37</sup> Fundamentos de Derecho Octavo al Undécimo de la Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019.

<sup>38</sup> Fundamento de Derecho Cuarto y Séptimo, Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021.

<sup>39</sup> Sentencia n.º 797/2016, de 25 de octubre de 2016, Fundamento de Derecho Primero.

Las actuaciones procesales de la familia Couso partían de la consideración de la condición de persona internacionalmente protegida<sup>40</sup> de José Couso y de la ilicitud del ataque de las fuerzas armadas estadounidenses que efectuaron ataques indiscriminados contra la población civil<sup>41</sup>, premisa ineludible del ejercicio de la protección diplomática. La respuesta del Estado español ante el daño causado a su nacional consistió en una gestión verbal ante las autoridades estadounidenses cuyo resultado se concretó en la carta del Secretario de Estado Powell de 21 de abril de 2003. No se instó la depuración de responsabilidades a los causantes del daño mediante una investigación eficaz -como solicitó el Congreso de los Diputados<sup>42</sup>- ni se reclamó indemnización alguna para la familia del periodista fallecido. Para las víctimas, este proceder omisivo de las autoridades españolas dejando de ejercitar la protección diplomática, constituía un funcionamiento anormal de la Administración que causó graves perjuicios a los demandantes, circunstancia que no tenían el deber de soportar. El orden penal asumió el abandono de la posibilidad de condenar a los responsables de la muerte de Couso, al tiempo que admitía la existencia de un hecho ilícito internacional.

El hecho internacionalmente ilícito se analiza atinadamente validando las apreciaciones fácticas de los órganos de la jurisdicción penal que aceptaron los hechos en los que se fundaba la querrela inicial, independientemente del resultado final de un extenuante proceso penal desarticulado por la aprobación de una reforma legislativa. La Audiencia Nacional parte de que la conocida Ley Orgánica 1/2014<sup>43</sup> dejó fuera de la jurisdicción española unos hechos que pueden ser encuadrados en la categoría de ilícito internacional y atribuidos a las fuerzas armadas estadounidenses<sup>44</sup>.

Por lo que respecta a calificación jurídico penal, en el ordenamiento jurídico español los hechos encajan en el delito tipificado en el artículo 611 del Código Penal<sup>45</sup>. El relato judicial destacaba que a las autoridades militares de Estados Unidos les constaba que el Hotel Palestina estaba repleto de periodistas y descartaba que pudiesen ser confundidos con

---

<sup>40</sup> Se remite la Sala al IV Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, y al artículo 79 del Protocolo I adicional a los mencionados Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977. Este precepto incluye entre las personas civiles protegidas a los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado, a las cuales se les dispensa la protección establecida en los artículos 50 y siguientes del IV Convenio.

<sup>41</sup> Esta conducta, recordemos, se prohíbe en el artículo 51 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Estados Unidos, por mor de lo estipulado en el artículo 91 del mismo cuerpo legal, tenía la obligación de indemnizar el daño producido.

<sup>42</sup> Sobre las iniciativas parlamentarias anteriormente referidas, véase B. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Protección diplomática*, cit., pp. 18-20; y en E. CRESPO NAVARRO, *La naturaleza de la protección diplomática*, cit., pp. 204-206.

<sup>43</sup> Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. BOE n.º 63, de 14 de marzo de 2014.

<sup>44</sup> El Fundamento de Derecho Décimo, Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019, repasa las disposiciones convencionales que se ocupan de la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I adicional a los anteriores.

<sup>45</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE n.º 281, de 24 de noviembre de 1995. El Código Penal español en su artículo 611 castiga al que, con ocasión de un conflicto armado realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla. El artículo 608 del mismo cuerpo legal define que se entenderá por personas protegidas la población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977. El artículo 611.1 de dicha norma castiga con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, al que, con ocasión de un conflicto armado realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla.

ojeadores<sup>46</sup>. Finalmente se adhiere la resolución de 2019 a la conclusión del Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de octubre de 2016 ya referida: la muerte causada violentamente de un profesional de la información cuando estaba en el ejercicio de sus funciones, constituye un ataque no justificado por parte de fuerza armada a población civil. El Tribunal no deja de lado la ocasión de poner en la palestra la escasa colaboración, cuando no evidente obstrucción, de las autoridades de Estados Unidos para el esclarecimiento de los hechos. Concluye acertadamente que los hechos investigados en el proceso penal y alegados en la demanda de responsabilidad patrimonial presentaban la apariencia de un ilícito internacional imputable a las fuerzas de los Estados Unidos<sup>47</sup>.

La existencia del hecho ilícito -requisito ineludible para el ejercicio de la protección diplomática- fue cuestionada por la Abogacía del Estado<sup>48</sup> para impugnar la decisión de la Audiencia Nacional. Argumentaba que, al no haber concluido la vía penal con una sentencia firme condenatoria, no podía admitir la Sala de instancia la existencia del presupuesto central de la protección diplomática. El Tribunal Supremo rechazó esta afirmación<sup>49</sup> y acertadamente declaró que los hechos son calificados como ilícitos por y desde el Derecho Internacional Público. La condena penal interna que hubiera tenido lugar en España para el Estado responsable de la lesión, en nuestro caso Estados Unidos, sería irrelevante, no habría de ser tenida en consideración por este último. No obstante, no puede obviarse el fallecimiento de José Couso; a pesar de que el procedimiento penal no finalizó con una sentencia de condena, tal circunstancia no puede justificar la ausencia de ejercicio de protección diplomática. Insiste el órgano enjuiciador en que la primera actuación del Estado del que es nacional el perjudicado «ha de ser precisamente, una vez apreciada a efectos meramente internos esa concurrencia de la ilicitud internacional del hecho, tratar de hacer valer ante el Estado generador del daño los argumentos para dicha consideración». El fundamento de la protección es el hecho internacionalmente ilícito cometido por un Estado contra el ciudadano de otro Estado, y que no se quiere o no se puede reparar por los propios recursos internos del Estado infractor<sup>50</sup>. España podía dejar de ejercer su jurisdicción penal mas no

---

<sup>46</sup> Fundamento de Derecho Noveno, Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019.

<sup>47</sup> Fundamento de Derecho Undécimo, Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019 de la Audiencia Nacional y Fundamento de Derecho Cuarto, Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021 del Tribunal Supremo. Esta última, adentrándose en los conceptos esenciales del Derecho Internacional consuetudinario, en el ámbito de la responsabilidad internacional alude al Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional y contenido en la Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, 56º período de sesiones, aprobada por la Asamblea General en su 85ª sesión plenaria [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)], Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, A/RES/56/83. Disponible para su consulta en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/478/00/PDF/N0147800.pdf?OpenElement>. En este supuesto nos encontramos con otro trabajo codificador que plasma normas consuetudinarias que forman parte de nuestro ordenamiento y cuyo incumplimiento compromete la responsabilidad del Estado.

<sup>48</sup> Fundamento de Derecho Séptimo, Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021. El argumento del Abogado del Estado es descartado por el Tribunal Supremo aplicando igualmente normativa interna; por razones procesales no pueden cuestionarse los hechos aceptados por la Sala de la Audiencia Nacional en el proceso de casación de la instancia superior.

<sup>49</sup> Los razonamientos jurídicos que construye la Sentencia del Tribunal Supremo se exponen con una innecesaria complejidad, pero su afirmación respecto a la ilicitud de los hechos es concluyente. Aunque se repara parcialmente el daño sufrido por la familia Couso, la construcción jurídica de esta nueva percepción de la protección diplomática, para la profesora Crespo Navarro presenta claros oscuros, véase E. CRESPO NAVARRO, *La Sentencia de 9 de julio de 2021 del Tribunal Supremo en el caso Couso. Una interpretación errónea de la discrecionalidad estatal en el ejercicio de la protección diplomática*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2022, pp. 241-251.

<sup>50</sup> Fundamento de Derecho Cuarto, Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021.

quitar un ápice de ilicitud a la conducta de los militares de Estados Unidos, y aún menos, dejar de proteger a las víctimas.

Cabe deducir que los pronunciamientos del Tribunal Supremo en el orden contencioso respecto a la ilicitud de la actuación de las fuerzas armadas estadounidenses convalidan la posición del Tribunal Supremo en su pronunciamiento de 25 de octubre de 2016. Éste destacó «*la escasa cooperación judicial prestada por las autoridades de Estados Unidos para el esclarecimiento de los hechos*» pues reiteradamente se negó a practicar las diligencias solicitadas por el Juzgado de Instrucción. La inobservancia del vigente Tratado de Asistencia Jurídica en Materia Penal de 20 de noviembre de 1990<sup>51</sup>, dejaba constancia de una conducta susceptible de generar responsabilidad internacional.

---

<sup>51</sup> Estados Unidos había alegado el artículo 3 del Tratado de Asistencia Mutua para eludir la cooperación solicitada desde España. En providencia notificada el 17 de febrero de 2006 se pidió al Ministerio de Justicia de España que instara del Departamento de Justicia de Estados Unidos las oportunas explicaciones respecto a las comisiones rogatorias reiteradamente remitidas y no cumplimentadas, al no considerar aplicables ninguna de las excepciones a la asistencia judicial previstas en el artículo 3 del Tratado referido. El artículo 1 del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal, respecto al objeto del mismo establece lo siguiente: «1. Los Estados contratantes, se prestarán asistencia mutua, de conformidad con el presente Tratado, en cuanto se refiere a las investigaciones y procedimientos en materia criminal seguidos en cualquiera de ellos. 2. La asistencia comprenderá, en particular: a) la recepción de testimonio o declaraciones; b) la facilitación de documentos, antecedentes y elementos de prueba; c) la notificación de documentos; d) la localización o identificación de personas u objetos; e) el traslado de personas detenidas a los efectos de prestación de testimonio u otros; f) la ejecución de órdenes de registro y embargo; g) la inmovilización de activos; h) las diligencias relativas a embargos e indemnizaciones; i) iniciar procedimientos criminales en el Estado requerido; j) cualquier otra forma de asistencia no prohibida en la legislación del Estado requerido. 3. La asistencia se prestará con independencia de que el hecho que motiva la solicitud de asistencia sea o no delito en el Estado requerido. Sin embargo, si la asistencia se solicitase a los fines del apartado h) del párrafo 2, será necesario que el hecho que da lugar al procedimiento fuese constitutivo de delito y estuviese castigado por la legislación de ambos Estados contratantes con una pena de privación de libertad por un período superior a un año. 4. El presente Tratado se entenderá celebrado exclusivamente con fines de asistencia jurídica mutua entre los Estados contratantes. Las disposiciones del presente Tratado no generarán derecho alguno a favor de los particulares en orden a la obtención, eliminación o exclusión de pruebas o a la obstaculización en la cumplimentación de una solicitud». El artículo 3, en relación a los límites de la asistencia refiere: «1. La Autoridad Central del Estado requerido podrá denegar la asistencia, si: a) La solicitud se refiere a un delito tipificado en la legislación militar y no en la legislación penal ordinaria; o b) la cumplimentación de la solicitud pudiera atentarse contra la seguridad u otros intereses esenciales del Estado requerido».

Fernández Liesa pone de relieve las dificultades de la cooperación internacional en asuntos de esta naturaleza y las reticencias de Interpol a tramitar las órdenes decretadas por el Juzgado Central de Instrucción. Refiere que se justificó la inactividad de Estados Unidos en las previsiones del Estatuto de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) que fue aprobado por su Asamblea General en su 25ª reunión (1956-Viena). Esta documentación puede consultarse en <https://www.interpol.int/es/Quienes-somos/Marco-juridico/Documentos-juridicos>. El artículo 3 del Estatuto de INTERPOL establece la rigurosa prohibición de toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial. La nueva política de la Organización adoptada en junio de 2010, según refiere Fernández Liesa, requería el consentimiento del Estado de la nacionalidad de los investigados para la tramitación de órdenes relacionadas con crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad. La obstrucción a la investigación propiciada por Interpol dio cobertura a la negativa de Estados Unidos a que miembros de sus fuerzas armadas fuesen juzgados por tribunales internacionales o por tribunales de otros Estados. El autor menciona las presiones diplomáticas que incidieron en el devenir de este complicado y tortuoso procedimiento penal. Relata que el 22 de octubre de 2010 el Juez Pedraz se dirigió al Comisario Jefe de Interpol España al objeto de localizar a los imputados. La Oficina de Interpol respondió el 3 de noviembre de 2010 que no había podido efectuar las difusiones dado que los formularios automáticos ofrecidos por Interpol obligan a la inserción de la fecha de nacimiento de los citados, C. R. FERNÁNDEZ LIESA, *El asunto Couso*, cit., pp. 156-158.

Debe considerarse más que justificada la afirmación del Tribunal Supremo en 2016. El Departamento de Justicia de Estados Unidos en su contestación a los requerimientos del Juez Pedraz alegó la falta de competencia de la jurisdicción española al tratarse, no de una acción ilícita, sino de un error o equivocación al producirse el disparo contra un supuesto objetivo militar concreto como acción de autodefensa, por lo que no hubo una acción militar indiscriminada ni desproporcionada que pudiera incluirse en los supuestos previstos en el artículo 1 del Tratado. El auxilio judicial internacional se había solicitado el 21 de abril de 2004<sup>52</sup> a través del cauce previsto en el Tratado de 1990. Sería posteriormente reiterado el 6 de junio de 2005<sup>53</sup>, y, finalmente, no obtuvo ningún resultado. El 3 de febrero de 2006 se comunicó al Juzgado de Instrucción la negativa de las autoridades estadounidenses a practicar las diligencias solicitadas en virtud del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua vigente.

El informe remitido por el Departamento de Justicia norteamericano de fecha 26 de junio de 2006 -con base en el cual rechazaron la asistencia judicial- señalaba que se había realizado una "exhaustiva y detallada investigación" del incidente<sup>54</sup>. Ante tan frustrante panorama el 5 de febrero de 2007 la familia Couso se entrevistó con el Ministro de Justicia para plantear la posibilidad de denunciar el Tratado de Asistencia Jurídica concertado con Estados Unidos en 1990<sup>55</sup> así como para solicitarle que facilitase la investigación judicial iniciada a su instancia<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> J. F. THOMAS MULET, *Razones de Estado y proceso justo*, cit., p. 581. El autor manifiesta que «en este particular caso, nuestra personal opinión es que, en cambio, en el saco de los intereses gubernamentales pesó más la necesidad de restablecer la sintonía de las relaciones bilaterales entre ambos Estados (resquebrajadas a raíz de la retirada unilateral española de sus tropas en Iraq)». Thomas Mulet alude al comunicado de la asociación «Hermanos, Amigos y Compañeros de José Couso» respecto a las actuaciones en la Audiencia Nacional. La solicitud de auxilio judicial internacional presentada directamente al Fiscal General de los Estados Unidos de América cursada el 21 de abril del 2004, tenía por objeto recabar del Departamento de Estado, del Departamento de Defensa y del Departamento de Justicia testimonio íntegro de la documentación relativa a los hechos investigados. Se solicitaba que el Departamento de Defensa y el de Justicia expidieran certificación acreditativa, o negativa, en su caso, sobre si se encontraba en curso alguna investigación o procedimiento judicial, sea en vía administrativa o disciplinaria, ante la jurisdicción penal ordinaria o ante la militar, tanto de los Estados Unidos, como por las autoridades militares instaladas en Iraq, con expresión de los órganos administrativos o jurisdiccionales intervinientes, informando sobre la naturaleza del procedimiento tramitado, legislación aplicable e identidad de las personas investigadas.

<sup>53</sup> El 6 de junio del 2005 se instó nueva solicitud de auxilio judicial para que se recibiera declaración en calidad de imputados y con asistencia letrada al Sargento Thomas Gibson, perteneciente a la Compañía "A" del Regimiento de Blindados n.º 64 de la Tercera División de infantería Acorazada del Ejército de los Estados Unidos de América; al Capitán Philip Wolford, al mando de la Unidad de Blindados de la Compañía "A" del Regimiento de Blindados n.º 64 de la Tercera División de infantería Acorazada del Ejército de los Estados Unidos de América; y al Teniente Coronel Philip de Camp, al mando del Regimiento de Blindados n.º 64 de la Tercera División de infantería Acorazada del Ejército norteamericano. Alternativamente se instaba autorización para el desplazamiento de una comisión judicial española hasta territorio estadounidense para la ejecución de esas declaraciones. Al respecto véase L. TORRES BOURSAULT, *El 'Asunto José Couso'*, cit., p. 246. Puede consultarse toda la información en <https://prnoticias.com/2005/06/07/declaracion-de-los-militares-que-mataron-a-couso/>. El 3 de noviembre de 2005 la familia Couso tuvo conocimiento de que el Fiscal General del Estado y otros miembros de la Fiscalía de la Audiencia Nacional se habían reunido con sus homólogos estadounidenses, puede consultarse en J. F. THOMAS MULET, *Razones de Estado y proceso justo*, cit., p. 582.

<sup>54</sup> *Ut supra*, p. 583.

<sup>55</sup> J. F. THOMAS MULET, *Razones de Estado y proceso justo*, cit., p. 584. El artículo 20 del referido texto establecía su duración indefinida, permitiendo a las partes su denuncia mediante notificación escrita por vía diplomática. La denuncia surtiría efecto a partir del último día del sexto mes siguiente al de la notificación.

<sup>56</sup> El Juez instructor solicitó la filiación de los militares estadounidenses inculcados a la Embajada estadounidense en España a fin de proceder a su búsqueda y captura, pero la representación diplomática norteamericana no la facilitó, J. M. SÁNCHEZ PATRÓN, *La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para*

Se cierra el análisis de la ilicitud que se inició con la presentación de la querrela el 27 de mayo de 2003 con el posicionamiento de la Audiencia Nacional en 2019. La Sección II de la Sala de lo Penal de dicho órgano judicial en 2006 dio credibilidad a los argumentos esgrimidos por Estados Unidos y asumidos por el Ministerio Fiscal respecto a la falta de jurisdicción de la justicia española para enjuiciar los hechos acontecidos en el curso de un conflicto internacional<sup>57</sup>. La solución en vía contenciosa de la demanda de la familia Couso en 2019 rechazó ese planteamiento y asumió los pronunciamientos vertidos por el Tribunal Supremo en 2016 en el procedimiento penal. La Audiencia Nacional se adhería a la consideración como hecho ilícito de la conducta de las fuerzas armadas estadounidenses en los acontecimientos que causaron la muerte de Couso. Esta argumentación sería validada por el Tribunal Supremo como ha quedado expuesto.

## 2.2. *El agotamiento de los recursos internos.*

En relación al agotamiento de los recursos internos como elemento esencial para el ejercicio de la protección diplomática, la Audiencia Nacional recuerda su cumplimiento no exige que se sigan vías judiciales que hayan de resultar inútiles. Trae a colación

---

*investigar y enjuiciar crímenes de guerra: el "caso Couso", en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, n.º 14, 2007, p. 20.*

<sup>57</sup> Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección II), de 8 de marzo de 2006. Puede consultarse su referencia en J. QUEL LÓPEZ, *Jurisprudencia en materia de Derecho Internacional Público*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2007, vol. I pp. 239-241 y en J. SANTOS VARA, *Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2006 enero-junio, pp. 4-5. Destaca el profesor Sánchez Vara que la Audiencia Nacional aprovecha la ocasión para expresar la discutible opinión de que sería conveniente llevar a cabo una reforma legislativa que estableciera limitaciones al ejercicio de las acciones penales destinadas a perseguir los crímenes de guerra ante los órganos judiciales españoles, p. 5.

En el Auto, la Audiencia Nacional relataba que se obtuvo información acerca de la existencia de efectivos iraquíes que disparaban contra las tropas de Estados Unidos desde el Hotel Palestina. En su Fundamento Jurídico Sexto se concluía que no hubo intencionalidad, ni por tanto dolo. El disparo no se calificaba como un acto indiscriminado sin proporción con la ventaja militar que podía proporcionar, se pretendía inducir a la conclusión de que, al no ser hechos penalmente ilícitos, no había razón alguna para analizar la jurisdicción de los tribunales españoles. Sobre esta cuestión, véase J. M. SÁNCHEZ PATRÓN, *La competencia extraterritorial*, cit., p. 9. Thomas Mulet relata como en esa fecha el Fiscal General del Estado, Conde-Pumpido, había remitido una carta al Embajador de Estados Unidos en España para agradecer la respuesta del Departamento de Justicia de Estados Unidos a la petición de auxilio judicial instada desde España, mostrando su satisfacción por la decisión adoptada por la Audiencia Nacional, en J. F. THOMAS MULET, *Razones de Estado y proceso justo*, cit., p. 583.

Debe recordarse que este pronunciamiento fue impugnado en casación. Se dictó la Sentencia del Tribunal Supremo 1240/2006, Sala de lo Penal, Sección I, de 11 de diciembre de 2006. Número de Recurso: 829/2006, Ponente: Luis Román Puerta. ECLI:ES:TS:2006:7627. Es evidente para Ollé Sesé que en los Fundamentos Jurídicos Séptimo y Décimo Segundo de esta resolución el Tribunal Supremo reconoció que los Estados signatarios de la Convención de Ginebra «deben buscar a los criminales de guerra y llevarlos ante sus propios tribunales, asumiendo su jurisdicción extraterritorial para juzgarlos, con independencia del lugar donde ocurrieron los hechos y su nacionalidad», M. OLLÉ SESÉ, *La jurisdicción universal en España por crímenes internacionales de primer grado*, en A. MARTÍNEZ JIMÉNEZ (dir.), *Derecho Penal Internacional. Evolución histórica, régimen jurídico y estudio de casos*, Navarra, 2022, pp. 339-378, concretamente p. 355. La intención de la Audiencia Nacional de archivar las actuaciones se sustentaba en la existencia del error de las fuerzas armadas en la identificación de un observador o un francotirador en el Hotel Palestina, criterio del cual se apartó la Sentencia del Tribunal Supremo. Esta última decisión justificó la imposibilidad de decretar la conclusión del sumario sin la necesaria toma de declaración a los imputados. Sobre la cuestión de la jurisdicción incide especialmente el Fundamento Jurídico Quinto. Al respecto, véase L. TORRES BOURSAULT, *El 'Asunto José Couso'*, cit., p. 247 y G. SOLER SOLÉ, *Los crímenes de guerra ante las jurisdicciones españolas*, en A. GALINSOGA JORDÁ (coord.), *El conflicto de Iraq*, cit., pp. 543-556, concretamente pp. 551-552 y 554.

oportunamente los razonamientos del Dictamen 1496/1991, de 30 de enero de 1992, supuesto en que el Consejo de Estado afrontó la viabilidad procesal de un caso similar<sup>58</sup>.

Dicho informe se pronunció sobre la reclamación contra los Estados Unidos de América en ejercicio de la protección diplomática respecto a Juan txu Rodríguez, supuesto en el que concluyó el Consejo de Estado, que resultaba fundado su ejercicio por España de la protección diplomática<sup>59</sup>. Certeramente señaló el Consejo que el cumplimiento de tal requisito no exige que se sigan vías judiciales que hayan de resultar inútiles.

Juan txu Rodríguez Moreno murió durante la invasión de Estados Unidos a Panamá el 21 de diciembre de 1989, abatido por disparos de soldados estadounidenses cuando cubría para el diario "El País" la invasión del estado centroamericano. La decisión de la administración estadounidense respecto a la reclamación de la familia del periodista fallecido se fundamentaba en la Ley de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Federal (*Federal Tort Claims Act*) que excluye expresamente la posibilidad de reclamar a los Estados Unidos por actos ocurridos en países extranjeros o por daños que se produzcan en combate. De otro lado, la Ley de Reclamaciones Militares (*Military Claims Act*), a cuyo amparo puede reclamarse por daños causados por las Fuerzas Armadas norteamericanas en el extranjero, también excluyó de su ámbito los daños sufridos en combate.

En el Antecedente Cuarto del Dictamen se afirma que de acuerdo con las leyes aplicables y el Reglamento de Reclamaciones del Ejército -AR 27-20-, el Ejército de los Estados Unidos no está autorizado para indemnizar daños materiales o personales ni muertes que resulten de acciones de combate. En el Antecedente Quinto, respecto al agotamiento de los recursos internos, se refiere que la familia del fallecido había agotado todas las vías legales disponibles para obtener una indemnización del gobierno de los Estados Unidos, por causar la muerte de Juan Antonio Rodríguez Moreno en Panamá. El Ejército había desestimado la reclamación basándose en que las fuerzas armadas de los Estados Unidos no estaban autorizadas a indemnizar en aplicación de la normativa referida.

Esta decisión era definitiva de acuerdo con el Código de los Estados Unidos, 10, artículo 2735. El Tribunal Federal de los Estados Unidos había desestimado en ese periodo varias demandas relativas a la actuación militar norteamericana en Panamá. La familia de Rodríguez Moreno consideró agotados los recursos internos, por lo que solicitó poner en marcha soluciones políticas basadas en «los largos lazos de amistad y colaboración de España y los Estados Unidos». El Consejo de Estado, a la vista de sus alegaciones, estimó pertinente el ejercicio de la protección diplomática.

Esta cuestionable solución jurisdiccional de las autoridades estadounidenses suscita interrogantes sobre la posible responsabilidad internacional que puede deducirse de actuaciones judiciales contrarias a las obligaciones internacionalmente vigentes.

El epílogo sobre la cuestión de la reparación a las víctimas en el conflicto de Panamá, lo encontramos en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de Estados Americanos<sup>60</sup>. Sobre estos hechos acaecidos en la invasión de

<sup>58</sup> Fundamento de Derecho Tercero, Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019.

<sup>59</sup> Se examina esta cuestión en relación al Dictamen del Consejo de Estado n.º 1496/1991, que se pronunciaba sobre la pertinencia de una reclamación contra los Estados Unidos de América en ejercicio de la protección diplomática del ciudadano español Juan Antonio Rodríguez Moreno. Se aprobó el 30 de enero de 1992, BOE.es-CE-D-1991-1496, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1991-1496>.

<sup>60</sup> Se trata del caso 10.573: José Isabel Salas Galindo y otros vs. Estados Unidos, Informe n.º 121/18, Caso 10.573. Fondo (Publicación), 5 de octubre de 2018, material que se encuentra disponible para consulta en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2018/USPU10573-ES.pdf>, igualmente puede consultarse en <https://www.diarioconstitucional.cl/2018/12/04/cidh-publico-informe-sobre-caso-jose-isabel-salas-alindo-y->

Panamá, el 6 de diciembre de 2017 la Comisión había adoptado el Informe de Fondo n.º 169/17, en cual recomendó a Estados Unidos reparar integralmente las violaciones de derechos humanos establecidas en el mismo, tanto en el aspecto material como inmaterial, incluyendo medidas de compensación económica y satisfacción. Así mismo instaba a la administración estadounidense a realizar una investigación de manera diligente, efectiva y dentro de un plazo razonable con el objeto de esclarecer plenamente los hechos, identificar todas las posibles responsabilidades e imponer las formas correspondientes de sanción respecto de las violaciones de derechos humanos declaradas en el referido informe. En ese sentido, la Comisión consideró que Estados Unidos debía crear, con la mayor brevedad, un mecanismo especial, por iniciativa propia e independiente de las iniciativas que pudiese tomar el Estado panameño, a fin de que se materializasen las reparaciones aplicables a cada grupo de víctimas. Teniendo en cuenta que las víctimas no se encontraban en la jurisdicción territorial de los Estados Unidos, la Comisión insistió en que se desplegasen todos los esfuerzos diplomáticos necesarios o de otra índole para la debida implementación de esta recomendación. Respecto de las víctimas fallecidas, la Comisión señaló que las reparaciones deberán ser reconocidas a sus familiares o herederos. A su vez, la Comisión recomendó disponer las medidas adecuadas de atención en salud física y mental para la rehabilitación de las víctimas que así lo requiriesen.

En marzo de 2018, Estados Unidos informó a la Comisión haber «tomado en consideración las recomendaciones no vinculantes establecidas [en el informe]» y reiteró su objeción a la forma en que la Comisión interpretó y aplicó el derecho sobre conflictos armados. Indicó que el único instrumento internacional relevante para los Estados Unidos, en cuanto a peticiones ante la CIDH, es la Declaración Americana, que no abarca normas consuetudinarias o convencionales relativas a conflictos armados.

El 10 de mayo de 2018, la Comisión aprobó su Informe de Fondo (Final) n.º 70/18 y lo remitió a Estados Unidos el 16 de agosto de 2018, solicitándole que informara sobre las medidas adoptadas para cumplir con las recomendaciones en el plazo de un mes. No se recibió respuesta. Toda vez que Estados Unidos no cumplió con las indicaciones contenidas en el Informe de Fondo, la Comisión aprobó el 5 de octubre de 2018, el Informe n.º 121/18 y decidió hacerlo público e incluirlo en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA. La Comisión, en cumplimiento de su mandato, anunció que continuaría evaluando el cumplimiento de las recomendaciones reiteradas en este Informe hasta que las mismas sean implementadas en forma total<sup>61</sup>.

Como se ha mencionado en el apartado anterior, puede observarse que se demanda una reacción ante la lesión de derechos originada por las fuerzas armadas de Estados Unidos. El posicionamiento claro de un organismo internacional como es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos certifica la calificación de ilícitos de los hechos que referimos y la primacía del Derecho Internacional sobre las estipulaciones de los ordenamientos internos y sobre las resoluciones de sus tribunales. Las obligaciones internacionales no pueden ser abrogadas por actos legislativos internos judicialmente secundados. Tal actuación generaría responsabilidad de internacional por un comportamiento contrario al Derecho Internacional directamente atribuible a un Estado.

---

otros-respecto-de-estados-unidos/ y Comunicado de prensa 258/18, 3 de diciembre, 2018 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, relativo al Informe n.º 121/18. Caso 10.573, José Isabel Salas Galindo y otros, respecto de Estados Unidos; en <https://twishort.com/2Rqnc>.

<sup>61</sup> Véase: <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-eeuu-tendra-indemnizar-familia-fotografo-juantxu-rodriguez-asesinado-1989-invasion-panama-20191220131236.html>.



Retomando las vicisitudes del caso Couso, la demandada Administración General española, argumentaba que no procedía el ejercicio de la protección diplomática porque la familia del periodista fallecido no agotó los recursos internos en sede judicial estadounidense<sup>62</sup> e insistía en la inexistencia del nexo causal necesario para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración<sup>63</sup>. Se ponía de manifiesto que la familia del fallecido obtuvo indemnizaciones de compañías aseguradoras y se cuestiona el importe de la indemnización solicitado. El Tribunal Supremo aprovechó la alusión al Dictamen referido para poner de manifiesto la contradictoria argumentación del recurso interpuesto por la Abogacía del Estado. Se pretende eximir a la Administración española del ejercicio de la protección diplomática por considerar incumplida la exigencia del agotamiento de los recursos internos al tiempo que la propia Administración no facilitó la costosa, y ciertamente estéril, actividad judicial de la familia Couso. El requisito cuya ausencia se esgrime para sostener que no procedía la actividad a favor de los lesionados ha sido propiciado por el Estado español<sup>64</sup>. Las alegaciones de la Abogacía del Estado fueron descartadas por el órgano enjuiciador.

---

<sup>62</sup> Fundamento de Derecho Cuarto, Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019.

<sup>63</sup> La Abogacía del Estado refería en apoyo de sus argumentos la Sentencia 3674/2002, de 12 de junio de 2002, Sección IV, Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional. ECLI:ES:AN:2002:3674. En este caso se dilucidaba la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por no ejercer la protección diplomática respecto a una española casada en España con ciudadano guineano en régimen de gananciales. Al nacional guineano se le expropia una finca, sin pago de la pertinente indemnización, en aplicación del ordenamiento guineano, por lo que se alegaba el perjuicio sufrido por la ciudadana española. La finca había sido incautada anteriormente a la empresa española CAIFER, que también fue desposeída de su propiedad sin indemnización alguna. La Audiencia Nacional consideró en su Fundamento de Derecho Quinto que «al no concurrir los requisitos exigidos para otorgar la protección diplomática, no puede entrar en juego la discrecionalidad del Gobierno para concederla o no, potestad que solo opera cuando convergen aquellos requisitos, procediendo en suma la desestimación del recurso». Se estimó que la lesión la sufrió el ciudadano guineano, a pesar de los efectos colaterales que dicha decisión pudiese tener sobre el patrimonio de su mujer, con quien tenía un régimen económico matrimonial de bienes gananciales. No parece que el argumento de la represalia fuese el fundamento último de la supuesta responsabilidad patrimonial, puesto que se descarta la concurrencia de los elementos de la protección diplomática, para empezar la nacionalidad de la reclamación. Se refiere igualmente la Abogacía del Estado a la Sentencia 6259/2004, de 6 de octubre de 2004, Sección IV de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Ponente: Celsa Pico, Lorenzo. ECLI ES:TS:2004:6259. La Sentencia resuelve el recurso de casación contra la resolución dictada el 12 de junio de 2002 referida. No se estimó el recurso al considerar el Tribunal Supremo que no se había probado el carácter ganancial de la finca expropiada ante los tribunales guineanos, ni agotados los recursos internos en ese foro jurisdiccional a fin de acreditar dicho extremo y argumentó que el perjuicio se causó al nacional guineano en aplicación del ordenamiento interno de dicho país. En este caso tampoco se asocia la responsabilidad patrimonial a actos de represalia, sino a la ausencia de los elementos requeridos para el ejercicio de la protección diplomática. El Tribunal Supremo confirmó la resolución de instancia de 2002 que en su Fundamento de Derecho Quinto afirmó que «al no concurrir los requisitos exigidos para otorgar la protección diplomática, no puede entrar en juego la discrecionalidad del Gobierno para concederla o no, potestad que solo opera cuando convergen aquellos requisitos, procediendo en suma la desestimación del recurso». Estas argumentaciones de la Abogacía de Estado se refieren en el Fundamento de Derecho Cuarto, Sentencia 4391/2019, de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 2019.

<sup>64</sup> Respecto la necesidad del agotamiento de los recursos internos en el Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021 del Tribunal Supremo, se afirma que «si tan necesaria se consideraba por la Administración esa pretendida necesidad de haber realizado dicha reclamación, bien se pudo, no asumir esa reclamación la Administración española, que no está incluida en la protección, pero si facilitar los medios para dicha reclamación».

### 3. Protección diplomática ¿Un acto discrecional?

Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo afirman el carácter discrecional de la protección diplomática<sup>65</sup>. La Abogacía del Estado parte de la inexistencia de normas internas que regulen la protección diplomática y alude a su carácter discrecional para sostener la ausencia de responsabilidad patrimonial del Estado, por considerar que no concurre la relación de causalidad necesaria entre el daño sufrido por la familia Couso y la actuación del Estado<sup>66</sup>. Según la Administración General del Estado la ausencia de regulación en el ordenamiento jurídico interno, implica acudir a las soluciones jurisprudenciales de nuestros tribunales. Estos han apreciado la responsabilidad patrimonial cuando el perjuicio sufrido por un nacional español tenía como origen -nexo causal- un acto de represalia ocasionado por un acto previo de la Administración española y además el lesionado no hubiese obtenido reparación por vía diplomática<sup>67</sup>.

La resolución de la Audiencia Nacional describe la protección diplomática como un procedimiento regulado por normas consuetudinarias, que no impiden que los ordenamientos internos de los Estados regulen *ad intra* las condiciones de su ejercicio<sup>68</sup>. No cuestiona la decisión de la Audiencia Nacional la protección diplomática como derecho del Estado desde el punto de vista del Derecho Internacional. Si un Estado viola el Derecho Internacional ha de admitir que el Estado soberano cuyos derechos han sido violados por su incumplimiento reaccione y ponga en marcha los mecanismos de la responsabilidad internacional y los procedimientos de reclamación que considere pertinentes. El ordenamiento jurídico español carece de una regulación específica de la institución que analizamos. Es en este punto cuando la Sala, aprovechando el vacío regulatorio, afirma «[A]hora bien, 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»<sup>69</sup>. El Estado de la nacionalidad de la persona perjudicada por el incumplimiento del Derecho Internacional de otro Estado es igualmente soberano para la regular la relación que tiene con sus nacionales en el ámbito del desarrollo de las actividades propias de la protección diplomática. Para ello han de respetarse los caracteres que el Derecho Internacional ha diseñado: nacionalidad de la reclamación, la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el agotamiento de los recursos internos y la conducta correcta del particular.

<sup>65</sup> Fundamentos de Derecho Cuarto y Duodécimo, Sentencia 4391/2019, de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 2019. Parte la Audiencia de la afirmación de que concurren los presupuestos exigibles para el ejercicio de la protección diplomática, ejercicio discrecional desde la perspectiva del Derecho Internacional. En el Fundamento de Derecho Décimo Quinto alude el Tribunal nuevamente el carácter discrecional de la institución analizada, si bien se pone el acento en la motivación debida de los actos administrativos.

<sup>66</sup> Fundamento de Derecho Cuarto, *ut supra*. El argumento de la Abogacía del Estado parte de que el ejercicio de la protección diplomática no constituye, según el Derecho Internacional, un deber del Estado, sino que éste goza de una amplia discrecionalidad para ejercitarla o no.

<sup>67</sup> La relación causal entre la lesión y el comportamiento de las autoridades españolas será abordada en otros apartados de este trabajo.

<sup>68</sup> Fundamento de Derecho Séptimo, Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019. El carácter discrecional de la institución según el diseño del Derecho Internacional no impide que los ordenamientos jurídicos internos articulen su regulación según afirma la Corte Internacional de Justicia en la Sentencia de 5 de febrero de 1970, Asunto de la *Barcelona Traction Light and Power Ltd.* (Bélgica v. España), *I.C.J. Reports* 1970, p. 3, para. 78-79. Disponible en: <https://www.refworld.org/cases,ICJ,4040aec74.html>. [25 April 2022].

<sup>69</sup> Fundamento de Derecho Duodécimo, *ut supra*.

La Audiencia Nacional busca argumentos para justificar la existencia de una obligación de ejercer la protección diplomática. Pretende justificar esta conclusión, desde el Derecho Internacional, en la redacción del artículo 19 del Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática elaborado por la Comisión de Derecho Internacional incorporado en la Resolución A/62/67, de 6 de diciembre de 2007<sup>70</sup>. Dicho precepto recomienda considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave, como ocurre en el asunto que nos ocupa<sup>71</sup>.

Desde el ordenamiento jurídico español, para sostener esta construcción interna de un pretendido derecho a la protección diplomática acude a los principios y valores constitucionales y a las resoluciones judiciales en materia de protección diplomática. Debe señalarse que la jurisprudencia española asume el ejercicio discrecional de la protección diplomática desde la perspectiva del Derecho Internacional. Ante la ausencia de normas internas que regulen su aplicación, la Sala de la Audiencia Nacional trae a colación el desarrollo jurisprudencial del principio de igualdad ante las cargas públicas<sup>72</sup> y los valores y

---

<sup>70</sup> Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 62/67, 6 de diciembre de 2007, DOC A/62/67, material disponible en: [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/62/67&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/62/67&Lang=S). Los prolegómenos a dicho texto los encontramos en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones (1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), Documentos Oficiales, Asamblea General 61º período de sesiones. Suplemento n.º 10 (A/61/10). El trabajo relativo a la protección diplomática en pp. 24-105. Este material se encuentra disponible para su consulta en: <https://digitallibrary.un.org/record/583937?ln=es>.

<sup>71</sup> Sorprende la contundente afirmación de la Audiencia Nacional respecto a que el contenido del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional puede considerarse la reafirmación definitiva de normas de Derecho Internacional consuetudinario, puesto que el propio texto del artículo citado define su contenido como “prácticas recomendadas”. El mencionado trabajo de codificación parte de la consideración de la protección diplomática como un derecho del Estado, no como una obligación. Según la profesora Vázquez Rodríguez el artículo 19 fue objeto de una reformulación que le otorga un carácter «inusual dado que contiene meras recomendaciones a los Estados» en el texto que se propone como eventual futura convención sobre protección diplomática, B. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Protección diplomática y responsabilidad*, cit., p. 8. Al respecto puede consultarse C. ESPÓSITO MASSICCI, *La responsabilidad patrimonial del Estado por la falta de ejercicio de la protección diplomática*, en *Aquiescencia*, blog sobre el Derecho internacional. Material disponible en: <https://aquiescencia.net/2020/06/24/la-responsabilidad-patrimonial-del-estado-por-la-falta-de-ejercicio-de-la-proteccion-diplomatica/#more-14949>.

<sup>72</sup> En el Fundamento de Derecho Decimoquinto de la Sentencia 4391/2019, se menciona la Sentencia 107/1992, 1 de julio de 1992 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional ya mencionada. Aludía al principio de igualdad ante las cargas públicas. En favor de la relevancia de las cargas públicas como factor que ha de modular la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática, también incidió el Consejo de Estado en su Dictamen n.º 54274 de 10 de abril de 1990. El Consejo analizaba la eventual formalización del ejercicio de la protección diplomática frente a Suiza en favor de una menor española. Su madre había sido incapacitada el 11 de noviembre de 1986 por los tribunales suizos y se le había denegado la custodia a sus tíos y a sus abuelos. El Dictamen fue favorable al ejercicio de la protección diplomática en favor de la menor. El material se encuentra disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-0-54274>. Se recuerda en el Considerando Segundo que para el Tribunal Supremo la protección diplomática es primariamente un derecho del Estado y no de los individuos, ninguna norma existe en el Derecho Internacional que imponga a un sujeto internacional su obligado ejercicio. El Consejo de Estado en el Considerando Tercero señala que la situación no es idéntica en el plano interno, en la relación Estado-individuo o protector-protégido: «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». El Derecho interno, 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) «no atenta de raíz a la inicial disponibilidad estatal en el planteamiento y ejercicio de la protección diplomática de que antes se hablaba, pero 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 siguiente Considerando el órgano consultivo argumentaba que la cuestión radicaría

principios constitucionales<sup>73</sup>. Puede deducirse que aun cuando la Administración española podía optar legítima, que no justamente, por no ejercitar la protección diplomática y no

---

en saber 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. Claramente se indica que los valores constitucionales vinculan a los poderes públicos también en el ámbito de las relaciones exteriores.

<sup>73</sup> En el Fundamento de Derecho Duodécimo de la Sentencia 4391/2019, refiere la resolución del Tribunal Constitucional 140/1995, de 28 de septiembre, Recurso de Amparo n.º 1.951/1991, ponente: Don Julio Diego González Campos. ECLI:ES:TC:1995:140; BOE n.º 246, de 14 de octubre de 1995. La controversia tiene su origen en un contrato de alquiler, con fecha 10 de febrero de 1988, celebrado entre una ciudadana española que alquiló un piso de su propiedad al Consejero diplomático de la Embajada de la República de Italia en Madrid. En noviembre de 1988 el arrendatario dejó de pagar las rentas estipuladas por lo que se presentó el oportuno procedimiento judicial. El Ministerio de Asuntos Exteriores concluyó en informe que la inmunidad de jurisdicción civil afectaba a las relaciones arrendaticias estipuladas en España por Agentes diplomáticos italianos acreditados. El Juzgado dictó Sentencia el 10 de julio de 1990, acogiendo la excepción de inmunidad formulada sin entrar a conocer del fondo del asunto. La apelación concluyó con la Sentencia de 10 de julio de 1991 que confirmó íntegramente la Sentencia de instancia. La demandante interpuso recurso de amparo que fue desestimado, alegaba la vulneración de los derechos fundamentales protegidos en los artículos 14, 24.1 y 2 y 33.1 y 3 C.E. Se formuló un voto particular. El Fundamento Jurídico Décimo afirmaba 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 pese a haberla solicitado, éste podrá eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los Juzgados y Tribunales españoles por la lesión sufrida en sus bienes y derechos».

Otra resolución es aludida por la Sala de la Audiencia Nacional a fin de sostener la existencia de un derecho subjetivo a favor del particular; a saber, la Sentencia 107/1992, 1 de julio de 1992, Tribunal Constitucional, Sala Segunda, ECLI: ES:TC:1992:107; BOE n.º 177, de 24 de julio de 1992. Se dictó en el Recurso de Amparo n.º 1.293/1990, Ponente: Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. El recurso de amparo se interpone contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de febrero de 1990 que declaró nulo el despido de una trabajadora de la Embajada de la República de Sudáfrica. Se condenó a la República de Sudáfrica a la inmediata readmisión de la trabajadora, con abono de los salarios de tramitación y al pago de la indemnización correspondiente. La Embajada demandada se negó a cumplir la condena, pretendía que se le aplicase la inmunidad de jurisdicción e ineludiblemente de ejecución. El Fundamento Jurídico Tercero afirmaba: «Además, dicho derecho a la ejecución, entendido *lato sensu* como derecho a la efectividad de la resolución judicial dictada, podría verse satisfecho a través de expedientes distintos de la ejecución forzosa sobre los bienes del Estado extranjero. Así, por ejemplo, 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 inexecución de la misma pudiera suponer un sacrificio especial para el justiciable contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas».

Un supuesto similar se resuelve en la Sentencia 18/1997, de 10 de febrero de 1997, Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo núm. 2.913/93. ECLI: ES:TC:1997:18; BOE n.º 63, de 14 de marzo de 1997). Se declaró nulo el despido acordado por la Embajada de Guinea Ecuatorial, que fue condenada a la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir hasta que la readmisión tuviera lugar. Se interpuso recurso contra la diligencia que archivó la ejecución de la sentencia sobre nulidad de despido. En su Fundamento Jurídico Octavo se afirma que «[E]l requerimiento dirigido al Ministro de Asuntos Exteriores [para localizar bienes de Guinea Ecuatorial en los que hacer efectiva la condena] concluyó con una nota verbal a la Embajada de la República de Guinea Ecuatorial que no tuvo respuesta alguna. (...) 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 (...) 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 continuarlas». Finalmente se otorgó el amparo frente a la actuación poco insistente de un Juzgado de lo Social ante el Ministerio de Asuntos Exteriores para que éste llevase a cabo las gestiones necesarias ante Guinea, a fin de lograr que se ejecutase una sentencia favorable al nacional español cuyo despido fue declarado nulo.

indisponerse con Estados Unidos por la muerte de Couso, su decisión en función de aspectos concretos de las relaciones internacionales no habría de ser soportada exclusivamente por la familia de Couso, añadiendo al irreparable daño sufrido nuevos perjuicios. De los pronunciamientos del Tribunal Constitucional colige la Sala 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».

Ante tan rotunda aseveración cabe preguntarse ¿la protección diplomática es un auténtico servicio público que deba prestar la Administración del Estado? El Tribunal Supremo reconoce que la vigencia de la protección diplomática vendría impuesta por la vía de la fuerza de la costumbre internacional. Para modular en el ámbito interno el carácter discrecional de la protección diplomática analiza su configuración como servicio público<sup>74</sup>. Parte de un concepto amplio de servicio público<sup>75</sup>, de tal forma que cuando la Administración desempeña una actividad administrativa prestacional que tiene atribuida “legalmente”, existirá funcionamiento de los servicios públicos y será posible apreciar la concurrencia de responsabilidad patrimonial, ya sea normal o anormal el desempeño de dicho servicio. La omisión de su prestación podría generar responsabilidad patrimonial a favor de los ciudadanos que están bajo su protección<sup>76</sup>.

Esta nueva caracterización de la protección diplomática como servicio público ha de ensamblarse en previsiones normativas vigentes en España. En primer lugar, igual que la Audiencia Nacional, refiere el Tribunal Supremo el artículo 21. 6º de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado<sup>77</sup> que, prescribe que el Pleno del Consejo de Estado debe ser consultado respecto a las reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática. En segundo lugar alude a las exigencias de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>78</sup> como postulados determinantes del

---

<sup>74</sup> La consideración de la protección diplomática como servicio público no aparecía explícitamente en la Sentencia de diciembre de 2019. Desde esta premisa, había de dilucidar el Tribunal Supremo si la ausencia de prestación del servicio público de protección diplomática implica el deber de indemnizar de la Administración del Estado y la viabilidad de una posible reclamación, al amparo del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas operativo en el ordenamiento jurídico español. El Tribunal Supremo en su Fundamento de Derecho Tercero vincula la posibilidad de que el Estado haya de hacer frente a su responsabilidad patrimonial a que, en el ejercicio de la protección diplomática, nos encontramos ante una actividad propia del gobierno, según el artículo 97 de la Constitución Española -al que ha de asesorar en esta materia el Consejo de Estado-. Su actividad es susceptible de generar una reclamación, puede inferirse que «se da carta de naturaleza a una auténtica obligación de la Administración de prestar dicha protección». En paralelo nos encontramos el correlativo derecho de los ciudadanos. Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto, Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021.

<sup>75</sup> El Tribunal utiliza el concepto de servicio público diseñado por su propia jurisprudencia, este «comprende toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo», considerándose que el artículo 106 de la Constitución obliga a concluir en ese criterio omnicomprensivo del servicio público a los efectos de esta responsabilidad.

<sup>76</sup> Fundamento de Derecho Tercero, Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021.

<sup>77</sup> Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, BOE n.º 100, de 25 de abril de 1980.

<sup>78</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOUE n.º 303, de 14 de diciembre de 2007. En su artículo 46, relativo a la protección diplomática y consular, refiere que «[T]odo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de este Estado». La protección diplomática plasmada en los documentos de la CDI se concreta en una reclamación formal de responsabilidad internacional ante la lesión de los derechos de una persona física o jurídica, contra un Estado presuntamente infractor al que se le insta a cesar en su comportamiento contrario al Derecho Internacional y a reparar el daño causado.

contenido de la normativa interna, a pesar de que sus prescripciones aluden a la asistencia consular o diplomática. Por último, señala el artículo 2. j de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado. Este prescribe que uno de los objetivos de la Política Exterior de España lo constituye la asistencia y protección a sus ciudadanos. El Tribunal argumenta que se incluyen en esta genérica expresión tanto la protección consular como la protección diplomática que se materializa una vez producida la lesión. En nuestro derecho constituye un servicio público cuyo alcance, contenido y efectos no se encuentra determinado en texto legal alguno<sup>79</sup>. La Administración española debe asumir, entre sus funciones prestacionales, la asistencia y protección de los ciudadanos españoles en el extranjero, finalidad esencial de la protección diplomática.

El Tribunal Supremo concluye que las potestades atribuidas a la Administración han de ejercerse, ya sean discrecionales o regladas<sup>80</sup>. La discrecionalidad debe entenderse referida a la forma en que se ejerce: en el caso de que nos encontremos ante una potestad reglada la norma de atribución impone la opción que la Administración habrá de adoptar, mientras que en el caso de las potestades discrecionales la norma deja al criterio de la Administración optar, en decisión motivada, entre varias soluciones admisibles en Derecho según las características de cada supuesto. La discrecionalidad no equivale a una libertad absoluta de la Administración para adoptar una decisión, si la opción elegida por la Administración Pública se aparta de la finalidad que el ordenamiento asigna a la potestad legalmente conferida se incurriría en arbitrariedad<sup>81</sup>.

Caracterizada la protección diplomática como servicio público, su desempeño ¿puede generar la responsabilidad patrimonial de dicha Administración? Abundando en su planteamiento el Tribunal Supremo afirma que, puesto que en el ordenamiento jurídico español la Administración tiene conferida la potestad de la protección diplomática de los ciudadanos, no es una opción ejercerla o no, ha de ejercerla siempre que se den los presupuestos para ello. En virtud de lo anterior declara que en nuestro sistema normativo la protección diplomática constituye un “auténtico derecho” de los ciudadanos frente a la Administración española. Lo que si será discrecional, es el medio a través del cual se presta esa protección<sup>82</sup>. Cómo se concretará esa potestad es una cuestión que no se aborda, puesto que no estamos ante una obligación de resultado sino de medio, pero se concluye que en el caso Couso no hubo una respuesta aceptable. Un mero canje de notas entre la Administración española y la norteamericana, que dan por bueno el relato de esta última, no puede ser considerado como ejercicio de la protección diplomática adecuado justificable en la potestad discrecional del Estado. España debió impulsar una investigación objetiva de los hechos y, a resultas de esta, poner en funcionamiento los medios propicios para obtener la reparación del daño causado con la muerte de José Couso.

La necesaria motivación de la actividad administrativa permitirá discernir la idoneidad del medio elegido para ejercitar la prestación de la protección. En el asunto Couso la Administración omitió dicha motivación, por lo que el funcionamiento de los servicios

---

<sup>79</sup> Fundamento de Derecho Tercero, Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021. El Tribunal reconoce que la Ley 2/2014, 25 de marzo no define la protección diplomática, pero si la regula embrionariamente en el artículo 2, al referirse a la asistencia y protección a sus ciudadanos en el exterior como uno de los principios y objetivos de la Política Exterior de España cuya dirección es competencia exclusiva del gobierno según el artículo 97 de la Constitución.

<sup>80</sup> Fundamento de Derecho Cuarto, Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021.

<sup>81</sup> Fundamento de Derecho Séptimo, Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021.

<sup>82</sup> Fundamento de Derecho Cuarto, Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021.

públicos es considerado como “anormal”<sup>83</sup>. No debe obviarse que en la primera instancia la Audiencia Nacional condenó en costas a la Administración Pública recurrente<sup>84</sup> debido a que la reclamación por daños y perjuicios contra el Ministerio de Asuntos Exteriores formulada por la familia Couso fue desestimada por silencio administrativo. La falta de resolución expresa obligó a las víctimas del ilícito internacional a acudir al proceso para satisfacer su pretensión.

#### 4. *Las aportaciones del caso Couso relacionadas con la responsabilidad patrimonial del Estado*

El principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública española<sup>85</sup> y los elementos que la integran son analizados partiendo de pronunciamientos jurisprudenciales anteriores y de la normativa interna. El artículo 106.2 de la Constitución Española establece que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, entre los cuales se incluye la protección diplomática<sup>86</sup>.

Como es sabido, los elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública son la lesión patrimonial, el daño ilegítimo y el vínculo entre el acto dañoso y la actuación administrativa en uso de potestades públicas<sup>87</sup>. La Abogacía del Estado había argumentado que, aunque fuese procedente el ejercicio de la protección diplomática, su falta de ejercicio no supondría la responsabilidad de la Administración. Justificaba tal afirmación en los pronunciamientos judiciales previos de los tribunales españoles<sup>88</sup> que habían

---

<sup>83</sup> Fundamento de Derecho Séptimo, Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021. Al configurarse la prestación como una obligación de medios, será necesaria la motivación aun en el caso de que en un supuesto determinado se considerase imposible prestar la protección diplomática por inexistencia de medio diplomático ni de otros medios de solución pacífica de conflictos. El control de las potestades discrecionales de la Administración deberá realizarse, precisamente, por la vía de la motivación de la decisión adoptada. Fundamento de Derecho Quinto, Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021.

<sup>84</sup> Fundamento de Derecho Décimo Séptimo, Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019.

<sup>85</sup> Fundamento de Derecho Quinto, Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019.

<sup>86</sup> Estas previsiones constitucionales se desarrollan en los artículos 32 y 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE n.º 236, de 02 de octubre de 2015.

<sup>87</sup> El análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas no plantea especiales dificultades a la Sala de la Audiencia, puesto que han sido concretados en numerosas sentencias del Tribunal Supremo. Se refiere expresamente a la Sentencia 8689/1999, de 28 de enero de 1999, Sección VI de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, Ponente: Juan José González Rivas. ECLI:ES:TS:1999:8689. Se estimó el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado y reconoció la plena validez y eficacia a las Resoluciones dictadas por la Comisión Nacional del Juego de 25 de mayo de 1988 y 18 de agosto de 1989. Estas decisiones, que se estimaron lesivas por el particular recurrente, fueron impugnadas en recurso contencioso administrativo. La resolución de primera instancia declaró la nulidad de los actos administrativos antedichos y reconoció el derecho de la recurrente a obtener una indemnización. El Tribunal Supremo, por el contrario, dio por válidos los argumentos de la Abogacía del Estado, consideró que no concurrían los presupuestos necesarios para que surgiera la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, en cuya ausencia no era procedente el abono de indemnización alguna ni la anulación de las Resoluciones dictadas por la Comisión Nacional del Juego de 25 de mayo de 1988 y 18 de agosto de 1989.

<sup>88</sup> Para demostrar su tesis -el reconocimiento de responsabilidad patrimonial procede si el daño al ciudadano español se produce en virtud de un acto de represalia a un comportamiento previo de la administración española-, la Abogacía del Estado refiere la Sentencia 3674/2002, de 12 de junio de 2002, ya referida con anterioridad. Véase nota n.º 63.

reconocido tal responsabilidad en supuestos en los que el daño padecido por el particular se había originado en un acto de represalia de un Estado extranjero a una actuación previa de España.

Tal y como expuso en su demanda la familia del periodista fallecido, el pronunciamiento judicial de la Audiencia Nacional declaró que, en este supuesto, la posible responsabilidad patrimonial deviene de la ausencia de reacción de los poderes públicos españoles<sup>89</sup>, que debió articular los oportunos mecanismos de la protección diplomática frente a Estados Unidos para obtener una reparación. Su omisión impidió a la familia Couso obtener una compensación por la muerte del periodista. El hecho lesivo se concretó en la privación de la atención y actuación pertinentes por parte de España.

La Audiencia construye la existencia de una obligación de ejercicio de la protección diplomática sobre la interpretación de los valores constitucionales por el Tribunal Constitucional. Ante la omisión de la protección, el correlativo derecho subjetivo de los particulares a la protección diplomática ante hechos susceptibles de ser calificados como ilícitos internacionales, puede desembocar en un derecho a ser indemnizados, con fundamento en la responsabilidad patrimonial del Estado.

El esquema tradicional de la responsabilidad patrimonial es dejado de lado por la Sala de la Audiencia Nacional, no sin antes acudir a la jurisprudencia, esta vez, del Tribunal Supremo<sup>90</sup> como también había hecho la Abogacía del Estado. La relación causal que vincula

<sup>89</sup> Fundamento de Derecho Sexto. Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019.

<sup>90</sup> Alude a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 1974, Ponente: Excmo. Sr. D. Jerónimo Arozamena Sierra, Aranzadi Jurisprudencia, 1974, n.º 4.510, pp. 3454-3456. Sobre dicha resolución puede consultarse M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, *Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el Orden Interno*, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 1976, pp. 321-346. La difusión de determinadas noticias por TVE, que se estimaron como difamatorias, contra el Jefe del Estado de la República de Guinea Ecuatorial, provocó que las autoridades de dicha República impusieran distintas multas a varias sociedades y particulares españoles con bienes e intereses en aquel país. Posteriormente, los particulares interpusieron una demanda contra la Administración española solicitando indemnización de daños y perjuicios. El Tribunal estimó la demanda de responsabilidad y concedió la indemnización. En el Considerando Sexto se afirma que «la lesión patrimonial, entendida como detrimento injusto sufrido por el 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, no pudo obtener una reparación, 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 con base en el daño injusto sufrido por unos súbditos mercedores de la atención del Estado». En el siguiente Considerando el Tribunal señaló la ausencia de regulación positiva del derecho a la protección nacional ante represalias ilícitas que imponga al gobierno el ejercicio de la protección diplomática. Su omisión se pudo compensar con la indemnización solicitada. El Tribunal Supremo reconoció la responsabilidad patrimonial derivada de los daños infligidos por el Estado extranjero a los nacionales españoles como represalia a la difusión de las noticias emitidas. En el Considerando Octavo se declara que la lesión patrimonial sufrida justifica una indemnización «por conectarse en un ciclo de causación con hechos imputables al ámbito del quehacer público y causales en aquel proceso, al funcionamiento de los servicios públicos».

Menciona la Sentencia 7433/1986, de 29 de diciembre de 1986, Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo. ECLI:ES:TS:1986:7433. Ponente: D. Antonio Bruguera Mante. Se dirime la responsabilidad patrimonial del Estado español por el ametrallamiento de dos pesqueros españoles “El Mafran” y “Virgen de Idoya” en diciembre de 1979 mientras España y Mauritania negociaban un nuevo tratado de pesca. En el Fundamento Jurídico Cuarto la Sala afirma haber llegado al convencimiento de la patente responsabilidad del Estado español, afirmando que «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



la lesión sufrida por el particular con la actuación de las autoridades españolas no orbita sobre un acto de represalia de un tercer Estado, en el presente caso el daño fue causado por el ejército de los Estados Unidos<sup>91</sup> sin conexión causal alguna con la conducta de nuestras autoridades. El Tribunal Supremo respalda el cambio de sentido en la interpretación tradicional del nexo causal requerido para la existencia de la responsabilidad patrimonial<sup>92</sup>.

En virtud de los pronunciamientos de la jurisprudencia anterior, la Audiencia Nacional procede a la estimación del recurso y a la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado. El origen de la responsabilidad patrimonial deviene de la ausencia de reacción de la Administración española<sup>93</sup> y de la inexistente respuesta o explicación<sup>94</sup> a tan pasiva actitud. Para el Tribunal las circunstancias del asunto Couso hacían exigible que el Estado desarrollara su actividad diplomática más allá de la aceptación de las excusas de las autoridades estadounidenses, que sostenían que el ataque al Hotel Palestina estaba justificado y que tildaron la muerte del periodista español de lamentable accidente. Reitera la Sala de lo Contencioso la inutilidad de las iniciativas parlamentarias ya reseñadas en las que se constata la evidencia de la pasividad de la Administración del Estado. Los hechos ilícitos que ocasionaron la muerte de Couso -cuyas consecuencias se encuentran claramente definidas en el ordenamiento internacional<sup>95</sup>- demandaban que la Administración española desarrollara

---

responsabilidad es paladina de ella como ya declaró este Tribunal en su Sentencia de 2 de febrero de 1982, Sala Tercera». El Fundamento Jurídico Séptimo refiere que el 29 de noviembre de 1984, la Comisión Permanente del Consejo de Estado emitió Dictamen cuya conclusión mayoritaria fue la de que procedía declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.

El Tribunal Supremo se remite también a la Sentencia 1044/1998, de 17 de febrero de 1998, Sección IV, Sala de lo Contencioso, ECLI:ES:TS:1998:1044. Se inicia el expediente por la reclamación de ciudadanos españoles que adquirieron diversas tierras rústicas en el norte de Marruecos entre los años 1950 y 1952. Dichas tierras fueron expropiadas por el Estado marroquí el 2 de marzo de 1973. La Sala declaró en el Fundamento Jurídico Quinto que «[L]a responsabilidad patrimonial del Estado personalizada en la Administración, abarca la actividad desplegada en el ámbito de las relaciones internacionales, pues el reconocimiento de un ámbito de discrecionalidad a favor de la potestad de la dirección política del Gobierno, no es obstáculo al carácter indemnizable de los perjuicios singulares que puedan producirse a cargo de los particulares no obligados a soportarlos». En el siguiente Fundamento se refiere que la insuficiencia de la protección otorgada a los nacionales afectados podría derivar en una imputación de responsabilidad patrimonial.

Se trae a colación también la Sentencia 7925/2003, de 10 de diciembre de 2003, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Ponente D. Francisco González Navarro, ECLI:ES:TS:2003:7925. Una ciudadana española afincada en Cuba, vio confiscados los bienes que allí poseía como consecuencia de la revolución de 1 de enero de 1959. El gobierno español suscribió el 16 de noviembre de 1986, un Convenio con el gobierno cubano, resultado de su normal actividad negociadora en un proceso que se prolongó treinta años aproximadamente. En el Fundamento Jurídico Sexto se afirma que «la protección diplomática que llevan a cabo los servicios exteriores de un Estado en favor de sus nacionales no implica la existencia de un derecho de los mismos a ser protegidos conforme al derecho interno de ese Estado». 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. En este caso no puede argüirse que el daño causado tuvo su origen en un acto de represalia. Igualmente se remite a la Sentencia 6259/2004, de 6 de octubre de 2004, Sección IV de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ya reseñada al referir la jurisprudencia traída al caso por la Abogacía del Estado en su recurso de casación.

<sup>91</sup> Fundamento de Derecho Décimo Tercero, Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019.

<sup>92</sup> Fundamento de Derecho Quinto, Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021.

<sup>93</sup> Fundamento de Derecho Décimo Cuarto, Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019.

<sup>94</sup> Las autoridades ignoraron las iniciativas parlamentarias y la petición de la familia Couso se desestimó por silencio administrativo, como se refirió con anterioridad.

<sup>95</sup> El artículo 91 del Protocolo Adicional I estipula que la Parte en conflicto armado que viole las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o de sus Protocolos estará obligada a indemnizar si

la actividad necesaria para obtener la reparación e indemnización, en su caso, de los Estados Unidos. Cuál sea la “actividad necesaria” no es un extremo que se desarrolle en la Sentencia de la Audiencia Nacional, pero si queda de manifiesto que las conversaciones telefónicas y las explicaciones que constan en la documentación parlamentaria referida no constituyeron una respuesta adecuada ni suficiente.

##### 5. *¿Existe un nuevo derecho a la protección diplomática? La solución del Tribunal Supremo*

La cuestión que suscitó interés casacional es determinar el contenido, alcance y, en su caso, exigibilidad del ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado, así como el posible derecho subjetivo de los particulares a la misma, ante hechos susceptibles de ser calificados como ilícitos internacionales. El Tribunal Supremo considera que la protección diplomática es una institución de Derecho Internacional, estamos ante una relación jurídica que se desarrolla entre Estados. No puede obviarse que cada Estado es soberano para determinar cuándo haya de ejercer la protección diplomática y si los ciudadanos perjudicados pueden instar al Estado del que son nacionales su ejercicio cuando se den los presupuestos exigidos por el Derecho Internacional. La norma internacional regula el ejercicio de esa protección frente al Estado que ocasionó el perjuicio, no la actividad previa a dicho ejercicio<sup>96</sup>.

Reiteradamente se insiste en la Sentencia del Tribunal Supremo en la vigencia de la protección diplomática en nuestro ordenamiento interno como un auténtico derecho subjetivo<sup>97</sup> a la prestación de este servicio público por los medios que discrecionalmente decida la Administración Pública. La finalidad de la protección diplomática es el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por un hecho ilícito, conforme al Derecho Internacional, ocasionado directamente por otro Estado. La existencia de este hecho ilícito y la imposibilidad del perjudicado para obtener la reparación por los mecanismos previstos por el ordenamiento interno del Estado productor del daño, son el axis de esta “nueva” concepción de la protección diplomática. El nexo causal entre el daño sufrido por el nacional español y la actividad de la Administración española no se “exporta” a los actos de represalia de un tercer Estado, sino que depende exclusivamente de la acción u omisión de las autoridades competentes. La respuesta prestacional a este derecho dependerá de las

---

hubiere lugar a ello, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas; Instrumentos de Ratificación de los Protocolos I y II adoptados el 8 de junio de 1977, adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional, hechos en Ginebra el 8 de junio de 1977, BOE n.º 177, de 26 de julio de 1989.

Respecto a la indemnización de las víctimas en los conflictos armados debe recordarse el aludido Informe n.º 121/18, Caso 10.573. Fondo (Publicación), 5 de octubre de 2018 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, relativo a la cuestión de la reparación a las víctimas en el conflicto de Panamá por las violaciones de derechos humanos que tuvieron lugar en la invasión de dicho país. Estados Unidos ha de indemnizar a las víctimas civiles por la actuación de sus fuerzas armadas, una declaración contundente ante la reticente actitud de Estados Unidos.

<sup>96</sup> Fundamento de Derecho Cuarto, Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021.

<sup>97</sup> Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto, Sentencia 3026/2021, de 9 de julio de 2021. Recordemos que el Tribunal considera el artículo 2. 2. j de la Ley 2/2014, 25 de marzo, como regulación embrionaria de estas funciones prestacionales encuadrables en la protección diplomática.

circunstancias de cada caso y su idoneidad ha de plasmarse en la motivación de la opción elegida<sup>98</sup>.

Reconocido el derecho, cuando concurriendo los requisitos de la protección diplomática esta no se ponga en funcionamiento, procederá la reclamación, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración si los restantes caracteres de dicha responsabilidad se verificasen. La consecuencia ineludible es que la indemnización no se refiere al perjuicio ocasionado, sino a la mera pérdida de oportunidad de que con el ejercicio de la protección diplomática se pudiera haber obtenido reparación.

Superficial o cuestionable<sup>99</sup> puede considerarse la breve alusión a preceptos constitucionales relativos al derecho a la vida<sup>100</sup>, la protección de la familia<sup>101</sup> o la libertad de información<sup>102</sup> como pretendido anclaje o engarce de un derecho subjetivo a la protección diplomática, máxime cuando no se desarrolla suficientemente un razonamiento que se nos antoja fundamental para cimentar este “alternativo” diseño de la protección diplomática, como servicio público al que tienen derecho los ciudadanos españoles siempre que se den los requerimientos exigidos por el Derecho Internacional.

Este recién declarado derecho a la protección diplomática se ejerce frente a una obligación de comportamiento por parte del Estado, para intentar que los daños ocasionados por un ilícito internacional sean reparados por el Estado infractor. Podría suceder que no se llegue a conseguir compensación alguna, pero si la Administración española motiva -justifica- las gestiones por las que ha optado para llevar a efecto su obligación de servicio público ante el particular, se ha de considerar prestado el servicio. Si en algún supuesto fuese imposible prestar la protección diplomática por inexistencia de medio diplomático ni de otros medios

---

<sup>98</sup> Afirma el Ponente Olea Godoy que España debió impulsar una investigación objetiva de los hechos y, a resultas de esta, poner en funcionamiento los medios propicios para obtener la reparación del daño causado con la muerte de José Couso. No consideró admisible «omitir cualquier acción que no sea la de dar por buenas las escuetas explicaciones dadas por las autoridades del Estado que ocasionó el daño, sino la búsqueda de una valoración objetiva de los hechos, con las consecuencias que resultaran procedentes». El mero canje de notas entre la Administración española y la norteamericana, que dan por bueno un relato exculpatorio de cualquier responsabilidad para Estados Unidos, no puede ser considerado como ejercicio de la protección diplomática resultante de la discrecional potestad del Estado para su ejercicio. Al igual que la declaración por los Juzgados españoles respecto a la ilicitud del hecho internacional no es oponible a Estados Unidos tampoco España está obligada a aceptar sus explicaciones exculpatorias. Fundamento de Derecho Séptimo, Sentencia 3026/2021 de 9 de julio de 2021.

<sup>99</sup> Fundamento de Derecho Décimo Cuarto, Sentencia 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019. De confusa y sorprendente califica esta argumentación la profesora Crespo Navarro, aunque la considera «interesante como planteamiento de *lege ferenda* pero no como fundamento de una obligación jurídica del Estado de ejercer la protección diplomática de sus nacionales», E. CRESPO NAVARRO, *La naturaleza de la protección diplomática*, cit., pp. 211 y 231. La profesora Vázquez califica este argumento de piqueta argumental insuficientemente justificada desde el punto de vista jurídico, en B. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Protección diplomática y responsabilidad*, cit., concretamente p. 25.

<sup>100</sup> Artículo 15: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

<sup>101</sup> Se remite al artículo 39 de la constitución que inaugura los principios rectores de la política social y económica, y establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

<sup>102</sup> El artículo 20 reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. En el debate parlamentario se dejaba constancia de que en el conflicto de Iraq los periodistas ejercían una labor de trascendencia pública, transmitían información para que los ciudadanos destinatarios de ella formásemos nuestra opinión. Véase *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Año 2003, VII Legislatura, n.º 246. Sesión plenaria n.º 237, 29 de abril de 2003, cit., p. 12623.

adecuados, a la vista de las concretas circunstancias del caso, la motivación será igualmente necesaria.

## 6. Conclusiones y reflexiones finales

Las Sentencias de 11 de diciembre de 2019 de la Audiencia Nacional y de 9 de julio de 2021 del Tribunal Supremo pueden suscitar reacciones de desconcierto y críticas de muy diverso signo. Realizan un análisis correcto de los elementos de la protección diplomática según la concepción clásica del Derecho Internacional, que no impide que los Estados puedan limitar su característica discrecionalidad en sus ordenamientos internos. Acertadamente reconocen la discrecionalidad propia de la institución aun cuando su orden argumentativo y su sistemática hacen complicada su lectura. Ambas resoluciones ponen de manifiesto la dificultad de aplicar normas generadas al amparo del Derecho Internacional consuetudinario. Su integración e implementación en nuestro ordenamiento interno pasa por que el legislador dé contenido concreto a las exigencias derivadas de estas obligaciones generales. En ambas sentencias se aborda confusamente la interacción entre las distintas fuentes del Derecho Internacional. La protección diplomática no debe considerarse como una construcción doctrinal sino una institución jurídica internacional de carácter consuetudinario. Hubiera sido deseable una reflexión más atinada sobre el valor de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional como expresión de normas consuetudinarias, como exposición de los intereses e inquietudes de los Estados y como propuestas de *lege ferenda*.

La seguridad jurídica demanda una solución legislativa que respete los perfiles de la protección diplomática, dotando a nuestro ordenamiento de unas disposiciones que, respetando las obligaciones internacionales, modulen en lo posible la discrecionalidad característica de la institución, con el respeto a los valores del Estado de Derecho. El artículo 106 de la Constitución Española nos ofrece una pauta al referir que los tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Plasma la *constitucionalización* de la inexistencia de comportamientos de las Administraciones Públicas inmunes al control judicial. Queda muy lejos la afirmación del Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de noviembre de 1974 que caracterizaba a la protección diplomática como acto político no controlable, para configurarse legalmente, en virtud de las Sentencias referidas, como un servicio público que las autoridades competentes materializarán por los medios que discrecionalmente consideren procedentes en cada caso concreto, ante la ausencia de disposiciones expresas en el ordenamiento jurídico español. El cambio de tendencia de la Audiencia Nacional que ha respaldado el Tribunal Supremo se remite al deber o responsabilidad constitucional de proteger a los ciudadanos en el extranjero, a los valores y derechos cuya defensa estaba en juego en el asunto Couso y a las prescripciones de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, puesto que el vacío de regulación interna así lo ha permitido.

Como el resto de la actividad desarrollada por la Administración del Estado, la protección diplomática no puede quedar “extramuros” del control jurisdiccional, su ejercicio ha sido configurado como un servicio público, aunque no de resultado; más bien se trata de una obligación de comportamiento. Ante la comisión de un hecho calificado como ilícito por el Derecho Internacional, ocasionado directamente por otro Estado que cause lesión o

perjuicio a un ciudadano español, este tendrá derecho a la protección diplomática del Estado, para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados en el caso de que propio perjudicado no haya podido obtener la reparación por los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico del Estado que causó el daño.

El nexo causal imprescindible para que pueda articularse la responsabilidad patrimonial de la Administración en relación a la protección diplomática ha cambiado su centro de gravedad. Hasta la Sentencia de 11 de diciembre de 2019 se hacía depender la responsabilidad que había de asumir el Estado español ante el daño ocasionado a su nacional por otro Estado, en función de que la acción ilícita de este último constituía un acto de represalia por una actuación previa de las autoridades españolas, sin que se hubiese respondido ejercitando la protección diplomática o se hubiese llevado a efecto de forma insuficiente. Lo evaluable, en virtud de los pronunciamientos judiciales referidos, para discernir la existencia de la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es la omisión de la prestación de un servicio público, actividad de la Administración que podría contribuir a resarcir el daño causado. En caso de que concurren los demás perfiles diseñados por el Derecho Internacional y no se ejercite la protección estaremos ante un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración Pública, a tenor de la solución dada al pedimento de la familia Couso. Al hilo de lo anterior, la existencia de un derecho subjetivo a la protección diplomática no implica de forma automática el derecho a invocar la responsabilidad patrimonial. Cabe preguntarse si estamos ante un cambio de paradigma.

La Audiencia Nacional intenta modular la discrecionalidad de la respuesta de la Administración del Estado en ejercicio de la protección diplomática en virtud de los derechos reconocidos constitucionalmente; se justifica su argumentación por los hechos que originan el largo trasiego judicial del asunto Couso. Para evitar el expolio de la jurisdicción se ha dado contenido a la protección diplomática con los réditos que está puede obtener de la responsabilidad patrimonial del Estado. La relación entre protección diplomática y derechos fundamentales no aparece en la argumentación del Tribunal Supremo. Ciertamente la familia del fallecido es acreedora de un merecido reconocimiento a casi veinte años de procedimientos desplegados penal, administrativa y constitucionalmente con epílogo en Estrasburgo. El tratamiento la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de estos argumentos sobre derechos fundamentales podría haberse desarrollado con más rigor y profundidad. El respeto y la garantía de los derechos fundamentales es el criterio que ha de inspirar la actividad del Estado en todos los campos de su actuación, la humanización del Derecho Internacional implica replantear la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática. No debe dejarse de lado que el cierre penal del caso Couso no se fundamentó en la tipicidad o atipicidad de los hechos ocurridos en abril de 2003 -tácitamente admitidos por las contradictorias alegaciones de Estados Unidos-, sino que fue necesario modificar la jurisdicción y la competencia de nuestros tribunales para archivar un procedimiento en curso, cediendo a las presiones diplomáticas ya conocidas.

Cuando un particular invoca la responsabilidad patrimonial por cuestiones relacionadas con el ejercicio de la protección diplomática, la discrecional -que no arbitraria o graciable- respuesta de la Administración ahora definida como servicio público, debe ser motivada para que sea posible el control de los medios elegidos para proteger al nacional lesionado por otro Estado. La ausencia de motivación genera el funcionamiento, anormal -aunque irrelevante para el Tribunal Supremo- de los servicios públicos. Recordemos que a la familia Couso su petición de responsabilidad patrimonial le fue desestimada por silencio administrativo. Cabe plantearse si debería exigirse a la Administración una resolución expresa

para justificar su respuesta ante la lesión sufrida por su nacional cuando se decida legislar sobre la cuestión.

Ciertamente declarar que existe un derecho a la protección diplomática en el panorama actual suscita más inquietudes que certidumbres. No sabemos cómo puede concretarse esa protección, pero se puede afirmar que ante la muerte de Couso un intercambio de notas entre la Administración española y la norteamericana, que dan por bueno el relato de la última, *no es* una muestra de ejercicio de protección diplomática. En el caso de Juancho Rodríguez, la presentación de una nota verbal ante la Embajada americana *tampoco* podía calificarse como tal.

El daño causado por un ilícito internacional, un crimen de guerra que quedó impune ha orillado en una reflexión sobre el control de una potestad discrecional de la Administración en materia de relaciones internacionales. Con este final del asunto Couso ¿estamos ante un *leading case*? Cabe preguntarse si las resoluciones dictadas por los tribunales españoles sacando la protección diplomática de la égida de los actos discrecionales -con tintes políticos- para incluirla en el ámbito de los servicios, funcionarán a modo de vasos comunicantes en otras jurisdicciones. No sabemos si puede ser el resorte que active otros pronunciamientos de otros tribunales internos e impulse reacciones de instituciones internacionales en materia de protección diplomática, para poner en el centro de la institución a las víctimas. España con los “Juicios de Madrid” se situó en la vanguardia de la jurisdicción universal<sup>103</sup>. Puede que cierta pulsión por luchar contra la impunidad se hubiese quedado incrustada en los órganos judiciales españoles y nuevamente la aspiración de hacer justicia haya encontrado una rendija. ¿Ha muerto la razón de Estado?

---

<sup>103</sup> El artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial -BOE n.º 157, de 2 de julio de 1985- reconocía la competencia de nuestros tribunales para el enjuiciamiento de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional que, según los tratados o convenios internacionales, debieran ser perseguidos en España. En aplicación de dicho precepto se abrieron diferentes procedimientos a fin de investigar violaciones de derechos humanos cometidas en Chile, Argentina, Guatemala, China, Ruanda o el Sáhara Occidental, entre otros, en aplicación del principio de jurisdicción universal. En 1996, la Unión Progresista de Fiscales de España presentó ante la Audiencia Nacional, cuya sede está en Madrid, una demanda por genocidio, terrorismo, tortura, asesinato y otros cargos contra las juntas militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983, y contra el General Pinochet y otros miembros de la Junta Militar de Chile. El Sumario 1/98 tramitado por el Juzgado Central de Instrucción n.º 6 contra Pinochet, el más paradigmático de ellos, permitió la detención de Pinochet en Londres el 16 de octubre de 1998 aunque pudo regresar a Chile. En el momento de su muerte, el 10 de diciembre de 2006, Pinochet se encontraba bajo arresto domiciliario y se encontraban en tramitación numerosos procedimientos penales.