



Roj: **SAN 4391/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:4391**

Id Cendoj: **28079230042019100432**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **11/12/2019**

Nº de Recurso: **494/2005**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000494 /2005

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03536/2005

Demandante: Florinda y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

Dª. CARMEN ALVAREZ THEURER

Dª. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a once de diciembre de dos mil diecinueve.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **494/2005** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **DOÑA Florinda , en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad, Mateo y Juan Francisco** , representada por el Procurador D. Roberto Granizo Palomeque y asistida del Letrado D. Leopoldo Torres Boursault contra la desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial formula por la aquí recurrente, por los perjuicios patrimoniales derivados de la omisión de la protección diplomática del Estado, exigible a raíz del fallecimiento de su esposo y padre respectivamente, don Teodosio , ocurrido en Bagdad (Irak) el 8 de abril de 2003..

Siendo parte demandada la Administración General del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 1 de septiembre de 2005, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión mediante providencia de fecha 14 de septiembre de 2005, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Una vez recibido el expediente administrativo y en el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 21 de noviembre de 2005, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando:

<< (...) dando al recurso la tramitación prevenida por la Ley hasta dictar Sentencia por la que se condene a la Administración General del Estado, declarando su responsabilidad patrimonial por omisión de la prestación de la protección diplomática que correspondía a mi representada e hijos, por la muerte de su esposo y padre, respectivamente, y condenándola a abonar una indemnización por importe de 317.130,37 euros, más lo que corresponda por depreciación del valor del dinero desde la fecha de presentación de la reclamación administrativa, e intereses legales, con lo demás que en Derecho proceda. >>.

TERCERO. - La Abogacía del Estado contestó a la demanda, mediante escrito presentado en fecha 13 de febrero de 2016, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del recurso y subsidiariamente y en caso de estimarse no se acepte la cuantía reclamada.

CUARTO. - Acordado el recibimiento del pleito a prueba, y practicada la propuesta y admitida, se presentaron escritos de conclusiones; tras lo cual quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, momento procesal en que fue suspendido el trámite del recurso mediante Auto dictado en fecha 4 de septiembre de 2008 hasta que recayera resolución definitiva que diera por terminada la causa penal abierta.

Finalmente, y constanding acreditada la terminación de la causa penal, se alza la suspensión del procedimiento mediante Providencia dictada el 18 de julio de 2019, quedando los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo cual fue fijado para el día 4 de diciembre de 2019, fecha en que tuvo lugar.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso se interpuso frente a la desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial formula por doña Florinda , en nombre propio y de sus hijos menores Mateo y Juan Francisco , por los perjuicios patrimoniales derivados de la omisión de la protección diplomática del Estado, exigible a raíz del fallecimiento de su esposo y padre respectivamente, don Teodosio , ocurrido en Bagdad (Irak) el 8 de abril de 2003.

Antes que nada hemos de señalar que la compleja tramitación de las actuaciones penales seguidas por el fallecimiento del Sr. Teodosio ha determinado el correlativo retraso de la tramitación de este proceso.

En efecto, aunque las partes no fueron siempre de esta opinión, la Sala consideró que la decisión que pudiera adoptarse en el seno del proceso penal acerca de si existió o no un ilícito internacional podía condicionar el punto de partida para la resolución de este proceso, de manera que era necesario esperar a la conclusión del proceso penal -de carácter preferente- antes de dictar sentencia sobre la pretensión de responsabilidad patrimonial que el demandante anuda, como veremos, a la omisión por el Estado de la dispensación protección diplomática al demandante en tanto que afirmaba haber sido víctima de un ilícito internacional.

Pues bien, inicialmente, el Tribunal Supremo declaró que la jurisdicción española era competente para el enjuiciamiento de los hechos imputados a varios militares de los Estados Unidos, por lo que revocó el sobreseimiento en su día acordado por la Audiencia Nacional. Seguida la tramitación de la causa penal, y tras el dictado de dos autos de procesamiento revocados por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en sentencia núm. 691/2010, de 13 de julio, revocó el sobreseimiento libre y ordenó la prosecución de la instrucción para la práctica de las diligencias de investigación pendientes y las demás que resultaren procedentes para el esclarecimiento de los hechos investigados.

Reanudada la instrucción, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 dictó auto el 4 de octubre de 2011, por el que procesaba nuevamente a los tres militares norteamericanos, atribuyéndoles un delito contra la comunidad internacional del art. 611.1 CP en relación con el art. 608.3 CP, en concurso real con un delito de homicidio del art. 138 CP.



En este contexto se publicó y entró en vigor la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. Tras varias vicisitudes procesales la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó el sobreseimiento de la cauda en los términos de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, decisión que fue confirmada en casación mediante STS de sentencia núm. 797/2016, de 25 de octubre. En ella se precisa que el sobreseimiento provisional previsto en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, constituye una modalidad especial de sobreseimiento que no tiene que corresponderse con alguna de las previstas en la Ley de enjuiciamiento criminal y que se funda en la falta de jurisdicción. Si bien tiene efectos similares al sobreseimiento provisional, pues una vez archivado el procedimiento, si después se constata que concurren los requisitos para activar la jurisdicción española, el sobreseimiento perderá sus efectos y el procedimiento se reiniciará. Aun cuando en esta STS se acuerda el sobreseimiento en aplicación de la indicada reforma legislativa, el Tribunal Supremo afirma 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"*.

Frente a esta STS se interpuso recurso de amparo, considerando esta Sección que debía mantenerse la suspensión de las actuaciones en tanto se resolviese definitivamente acerca de si la causa penal debía continuar o el sobreseimiento acordado vulneraba o no los derechos fundamentales de la demandante. La resolución del recurso de amparo se pospuso hasta la decisión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, lo que tuvo lugar mediante STC 140/2018, de 20 de diciembre, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad. Finalmente, en aplicación de su doctrina, se desestimó el recurso de amparo deducido por la aquí actora mediante STC 80/2019, de 17 de junio, alzándose como consecuencia de ello la suspensión de la tramitación de este proceso.

SEGUNDO.- En la demanda se relata que la actora contrajo matrimonio con don Teodosio el 9 de octubre de 1993, de cuyo matrimonio nacieron dos hijos - Mateo y Juan Francisco -, menores de edad en la fecha del fallecimiento de don Teodosio a los 37 años de edad.

El 8 de abril de 2003, el Sr Teodosio cubría informativamente para la Cadena de Televisión Telecinco la ocupación de Bagdad por las fuerzas anglo-americanas, encontrándose en el balcón de la habitación 1.403 del DIRECCION000, a una altura de la planta NUM000. Sobre las 11.15 horas un carro blindado americano situado en las proximidades del Puente Al-Jumhuriya, en la orilla opuesta del Río Tigris, junto con otros dos blindados pertenecientes a la Compañía A del 4º Batallón de la Segunda Brigada del 64º Regimiento de Blindados de la División de Infantería Acorazada del Ejército de los Estados Unidos, disparó un proyectil de 120 mm sin que respondiera a ataque alguno previo desde el edificio. El proyectil causó la muerte del Sr. Teodosio y de otro periodista, así como heridos de diversa consideración.

La dotación del carro que efectuó el disparo estaba integrada por el Sargento Alexander, bajo el mando inmediato del Capitán Alfredo y estos, a su vez, siguiendo la cadena de mando, a las órdenes directas del Teniente Coronel Anton, Jefe del 4º Batallón, del Coronel Armando, Jefe de la Segunda Brigada y del General Avelino, comandante de la 3ª División de Infantería.

Se relata en la demanda que el Sargento Alexander informó por radio a sus superiores de que estaban siendo observados con unos binoculares desde un edificio situado en la otra orilla del río Tigris, y que transcurridos unos diez minutos, recibió orden de disparar por parte del Teniente Coronel Anton, a quien le había sido cursada la orden a través de la cadena de mando.

Se señala que el DIRECCION000 de Bagdad era un lugar en el que se concentraron desde hacía varios días más de un centenar de periodistas de diversos medios de comunicación y que este hecho era conocido por las autoridades militares norteamericanas a quienes se había notificado previamente esta localización a través del puesto de mando en Doha, Emirato de Qatar, y directamente al Pentágono en EE.UU.

La reclamación de responsabilidad patrimonial se sustenta 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 explicaciones americanas de carácter contradictorio, sin atender las diversas solicitudes de actuación emanadas del Congreso de los Diputados para que se pidiese a las autoridades americanas una investigación independiente de los hechos.

Por lo que se refiere a la cuantía de los perjuicios sufridos, reclama por todos los conceptos la cantidad de 405.826,58 euros. Esta indemnización es además compatible con los 140.000 euros reconocidos en el Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad, pues así lo dispone su art. 6.



Señala también que con posterioridad a la formulación de la reclamación administrativa percibió 84.057,71 euros y 4.674,50 euros, correspondientes a seguros de vida contratados con Santander Seguros y Reaseguros, Compañía Aseguradora, S.A. y de Seguros Génesis, de Seguros y Reaseguros, S.A., cantidades que se deberán deducir de la cantidad inicialmente reclamada en vía administrativa. Consecuentemente, el importe de lo reclamado es 317.094,37 euros.

TERCERO.- a) La demandante parte de que el Sr. Teodosio era una persona internacionalmente protegida a tenor de lo dispuesto en el IV Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. En concreto, el art. 79 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977, 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 arts. 50 y ss del propio protocolo adicional.

Entre las acciones de guerra prohibidas por el convenio y su protocolo están los ataques a la población civil. Más en concreto, el art. 51 del Protocolo dispone que no será objeto de ataque la población civil y que se prohíben los ataques indiscriminados, entre los que se encuentran los ataques que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto. Complementariamente, se impone la obligación a las partes contratantes de abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

Considera la demandante que el ataque al DIRECCION000 en el que se encontraba su esposo cubriendo la noticia de la toma de Bagdad constituyó un acto prohibido por la Convención y su Protocolo, toda vez que las autoridades americanas eran conocedoras de que la prensa internacional se encontraba precisamente en el hotel realizando las funciones propias de su profesión y que el ataque tuvo precisamente por objeto impedir la toma de imágenes de la toma de Bagdad.

Pues bien, la demandante sostiene que los Estados Unidos de América, como toda parte contratante, tenía la obligación de indemnizar el daño producido -la muerte del Sr. Teodosio - a tenor de lo dispuesto en el art. 91 del Protocolo, que obliga a las partes contratantes que violen el Convenio o el Protocolo a indemnizar si hubiere lugar a ello, siendo responsables de los actos cometidos por sus fuerzas armadas.

b) Una vez que la actora ha afirmado la existencia de una vulneración de la Convención y su Protocolo -de un acto ilícito-, que obligaba a los Estados Unidos a indemnizar el daño causado, se adentra en calificar las consecuencias de la conducta omisiva del Estado español por no ejercitar la protección diplomática en beneficio de sus nacionales -la demandante y sus hijos-. El Estado español se ha limitado en este caso a una gestión verbal ante las autoridades americanas que se tradujo en una insatisfactoria carta del Secretario de Estado Powell de 21 de abril de 2003, pero ni se ha exigido la depuración de responsabilidades a los causantes del daño, ni se ha reclamado la indemnización de los perjudicados por el fallecimiento del Sr. Teodosio para exigir, al menos, el mismo tratamiento que en otros supuestos tratados en el Dictamen del Pleno del Consejo de Estado de 30 de enero de 1992.

Considera, en fin, que este proceder omisivo de las autoridades españolas dejando de ejercitar la protección diplomática en favor de los causahabientes del Sr. Teodosio, constituye un funcionamiento anormal de la Administración que está conectada causalmente -de acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada- con los graves perjuicios materiales y morales derivados del fallecimiento del Sr. Teodosio que los demandantes no tienen el deber jurídico de soportar. Aunque se aceptase el carácter discrecional del ejercicio por el Estado de la protección diplomática, también los actos de esta naturaleza son controlables por la jurisdicción.

La conducta omisiva del Estado resulta reprochable, en opinión de la demandante, toda vez que concurren los tres requisitos necesarios para que el Estado hubiera ejercitado su potestad-deber de protección internacional: i) un vínculo jurídico entre la víctima y el Estado, cual es la nacionalidad española; ii) el agotamiento de los recursos internos en el país reclamado -EE.UU-, el cual ha de entenderse agotado o cumplido cuando la propia legalidad interna del país de referencia hace inviable toda reclamación por actos de guerra, como es el caso; y iii) la conducta correcta del perjudicado, requisito cuyo cumplimiento no se duda.

Por lo que se refiere a la cuantificación de la indemnización solicitada, la demandante acude al baremo aplicable a los accidentes de circulación con vehículos de motor -Resolución de 20 de enero de 2003, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones-, y cifra la cuantía en 317.130,37 euros: i) por aplicación el baremo de circulación corresponderían a la demandante 99.430 euros y 41.430 euros a cada uno de sus hijos, a lo que habrían de descontarse los 140.000 euros percibidos en aplicación del RDL 8/2004, de 5 de noviembre (182.290 euros en total); ii) 85.838,50 euros por la pérdida parcial de la prestación convenida con Santander Central Hispano, seguros y reaseguros, S.A., por el contrato de seguro para el caso de fallecimiento



(diferencia entre el capital asegurado y la cantidad pendiente de amortizar del préstamo hipotecario del que eran deudores y los 84.057,71 euros percibidos); iii) 14.016,87 euros por semejante pérdida de la prestación concertada en seguro de vida con la entidad Seguros Génesis, S.A., seguros y reaseguros (diferencia entre los 18.691,37 euros concertados para el caso de fallecimiento y los 4.674,50 euros percibidos de la compañía), y, finalmente, iv) 34.985 euros por el material profesional destruido en la misma acción.

CUARTO.- La Abogada del Estado, tras resumir los fundamentos de la demanda y los requisitos para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración, rechaza que en el presente caso concurra la relación de causalidad necesaria entre el daño sufrido y la actuación del Estado español.

La razón estribaría en 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. Y nuestro Ordenamiento interno carece de una regulación específica, por lo que cobra especial importancia la jurisprudencia recaída al respecto. En particular alude a la SAN de 12 de junio de 2002, de esta misma Sección, confirmada por la STS de 6 de octubre de 2004, en la cual se exige que el particular no haya obtenido la reparación por vía diplomática, que el daño proceda de represalias sufridas por ciudadanos exclusivamente españoles y que deriven de un acto de represalia por un acto previo de la Administración española. Tales requisitos no concurrirían en el presente caso toda vez que:

a) No procedía el ejercicio de la protección diplomática porque uno de sus requisitos es que el ciudadano ejercite los recursos procedentes ante el Estado infractor, lo que en este supuesto la demandante admite no haber intentado ni probado que serían ineficaces cualesquiera intentos al respecto por inmunidad de los militares causantes del daño en el sistema interno de los Estados Unidos.

b) Aunque se considerase procedente el ejercicio de la protección diplomática, su falta de ejercicio no conlleva necesariamente la responsabilidad de la Administración. Los supuestos en los que la jurisprudencia ha reconocido tal responsabilidad son casos en los que el daño padecido por el particular constituye una represalia del Estado extranjero a una actuación previa de España.

c) La demandante y sus hijos (entonces menores) ya han recibido una indemnización por parte del Estado, articulada a través Real Decreto-ley 8/2004, de

5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad. En él se atribuyó a la Sra. Florinda y sus hijos 140.000 euros (70.000 euros a la demandante y 35.000 euros a cada uno de los hijos).

Para el caso de que la Sala considerase que resulta procedente declarar la responsabilidad de la Administración, aduce que no son indemnizables las cantidades que la demandante reclama como consecuencia de no haber sido cubiertas por los seguros privados que tenía concertados el Sr. Teodosio debido a la exclusión de la póliza de los daños causados por riesgos de guerra. No existe aquí relación de causalidad con el daño y además la demandante aceptó las cantidades satisfechas por las aseguradoras renunciando a cualquier reclamación al respecto.

En lo que se refiere a la indemnización por muerte, la Abogada del Estado acepta la aplicación del baremo de circulación, pero postula que de la cantidad resultante se deduzcan los 140.000 euros ya abonados en aplicación del RDL 8/2004. La aplicación del baremo daría lugar a una indemnización de 87.990,30 euros al cónyuge y 36.662,63 euros a cada uno de los hijos (155.315,56 euros en total), por lo que, deducidos los 140.000 euros abonados, restaría una cantidad de 21.315,56 euros.

QUINTO.- Para abordar la cuestión suscitada bueno será recordar que el artículo 106.2 de la Constitución Española establece que los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

Del mismo modo el artículo 139.1 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece idéntico derecho, dentro del sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas: "1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. -2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas".

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas han sido concretados en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, por todas, la sentencia de 28 de enero de 1999 señala que:



"Un examen sucinto de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, permite concretarlos del siguiente modo:

- a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente.
- b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo.
- c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas.
- d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado".

SEXTO.- Conviene precisar desde un inicio que la demandante no solicita la declaración de responsabilidad patrimonial y la consecuente indemnización porque considere a la Administración responsable del fallecimiento del Sr. Teodosio, sino en razón de la conducta omisiva consistente en no ejercitar la protección diplomática frente a los Estados Unidos de América para que la demandante obtuviera la reparación que considera justa por el fallecimiento del Sr. Teodosio motivado por una conducta ilícita de los ejércitos de aquel país durante la toma de Bagdad el 8 de abril de 2003. Esta conducta omisiva le habría impedido resarcirse a cargo de las autoridades americanas de los perjuicios sufridos por la muerte de su esposo.

SÉPTIMO.- Nuestro punto de partida ha de ser el análisis de si resultaba o no procedente que el Estado español ejercitase la protección diplomática en favor de la demandante.

La protección diplomática es un procedimiento de aplicación del derecho internacional, en virtud del cual un Estado realiza en favor de uno de sus nacionales diversas acciones ante otro Estado que ha incurrido en un ilícito internacional a fin de que este último cese en un comportamiento ilícito cometido en la persona de uno de sus nacionales y, en su caso, repare el daño causado por su conducta constitutiva de ilícito internacional.

Se trata de un procedimiento regulado por normas consuetudinarias, aunque no es inusual su regulación en el seno de convenios internacionales para el caso del incumplimiento de las concretas obligaciones impuestas en ellos. Del mismo modo, nada impide que los Ordenamientos internos de los Estados regulen *ad intra* las condiciones de su ejercicio, si bien en España la única mención al respecto se contiene en el art. 21.6 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, según el cual el Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado, entre otros supuestos, en las *"reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional"*.

Pese a su carácter consuetudinario, la Comisión de Derecho Internacional ha procedido a su codificación, dando lugar a un proyecto de artículos sobre la protección diplomática, los cuales remitió a la Asamblea General de las Naciones Unidas con la recomendación de la elaboración de una Convención basada en dicho texto (Resolución A/62/67, de 8 de enero de 2008). Su artículo primero la define diciendo que *"la protección diplomática consiste en la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad"*.

Los requisitos tradicionalmente exigidos para que la protección diplomática pueda ser ejercitada por su titular, esto es, por el Estado del nacional perjudicado por el ilícito internacional, son los siguientes:

- a) La existencia de un ilícito internacional causante de un daño a un nacional del Estado que ejercita la protección diplomática.
- b) Que el ciudadano en cuyo favor se pretende ejercitar la protección internacional haya agotado los medios de reclamación internos del Estado infractor.
- c) Que el nacional a proteger haya adoptado una conducta adecuada al Derecho del Estado infractor, aunque este requisito ha sido relativizado por la doctrina.

OCTAVO.- En lo que a la existencia de un ilícito internacional se refiere, la Sala considera concurrente este requisito por recepción aquí de las apreciaciones fácticas efectuadas por nuestros órganos judiciales del orden penal en la causa seguida ante ellos por el fallecimiento del Sr. Teodosio. El hecho de que la evolución legislativa de las condiciones bajo las que se ejerce por nuestros tribunales la llamada jurisdicción universal haya determinado el sobreesimiento especial previsto en la disposición transitoria única 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 (no encuadrable ni en el sobreseimiento libre ni en el provisional - arts. 637 y 641LECrim-), excluye la eficacia de la cosa juzgada propia de las sentencias que ponen fin al proceso penal. Pero en absoluto impide que esta Sala asuma como propias las apreciaciones fácticas de los órganos de la jurisdicción penal como integrantes del presupuesto de hecho de la protección diplomática, toda vez que el ejercicio de esta última no exige que el ilícito internacional haya sido judicialmente declarado, sino que se esgriman unos hechos que integran razonablemente ese ilícito internacional. A los efectos que en este proceso importan, nos basta con constatar que los órganos de la jurisdicción penal apreciaron la concurrencia de unos hechos que, aun con el carácter claudicante propio de un auto de procesamiento y con independencia de su calificación jurídico penal que no nos corresponde declarar, pueden ser encuadrados en la categoría de ilícito internacional. Nos interesan, pues, los hechos apreciados, su atribución a las fuerzas armadas americanas y su caracterización como ilícito internacional, más que su calificación jurídico penal como delito del art. 611 CP y su concreta imputación a personas específicas que se efectúa en el auto de procesamiento.

NOVENO.- Pues bien, ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 se siguió el Sumario 27/2007 (Diligencias Previas núm. 99/2003) por el fallecimiento del Sr. Teodosio con ocasión de la ocupación militar de Iraq por parte de los Estados Unidos y otros países aliados. En la exposición fáctica del auto de procesamiento de 4 de octubre de 2011 se deja señalado que en la madrugada del día 8 de abril de 2003 las tropas americanas se encontraban situadas en la ribera del río Tigris, en un extremo del puente Al Jumhuriya, desde el que efectuaron disparos a varios edificios gubernamentales y otras posiciones militares iraquíes.

Continua el auto señalando que desde varios días antes al comienzo de la ocupación, la mayor parte de los medios de comunicación internacional se encontraban alojados en el DIRECCION000 de Bagdad, uno de los edificios más altos y emblemáticos de la ciudad, situado en la zona residencial habitada por población civil. A él se habían trasladado los periodistas por indicación del Pentágono estadounidense. El auto relata que una de las misiones encomendadas a las tropas de referencia era evitar que los medios de comunicación internacionales informaran de las operaciones militares en curso durante la toma de Bagdad. A tal fin bombardearon las sedes de dos televisiones árabes (Al Yazira y Abu Dhabi) situadas al este del puente, a unos 300 metros de los carros de combate.

Afirma el auto que para completar la operación, sobre las 11 horas, un carro de combate disparó un proyectil de 120 mm contra el DIRECCION000 (situado a unos 1.700 metros del puente) a la altura de la planta 15, donde se encontraba filmando el periodista español Teodosio, causándole la muerte a él y a otro periodista de la agencia Reuters. El carro de combate contaba con elementos de visión con los cuales se podía apreciar con total claridad a las personas que se encontraban en ventanas y balcones del hotel y los objetos que portaban.

Seguidamente el auto deja constancia del conocimiento por las tropas americanas de que en el DIRECCION000 se encontraban instalados los periodistas, llegando a esta conclusión a través de los testimonios y documentación acopiada en la causa: i) el Pentágono aconsejó a los periodistas que se trasladasen al DIRECCION000; ii) los medios de comunicación transmitieron a las embajadas, Pentágono y a Washington la posición GPS de Hotel; iii) los propios soldados llevaban una lista de objetivos prohibidos entre los cuales se encontraba el DIRECCION000, lo cual fue confirmado por un coronel de la 2ª Brigada de la 3ª División de Infantería y por una periodista que se encontraba en la 3ª División; iv) el Secretario de Estado Luis Manuel reconoció que sabía que el hotel estaba repleto de periodistas; v) el Coronel Jefe de la Brigada atacante y el propio Pentágono admitió el conocimiento previo en una entrevista; y, vi) periodistas alojados en el Hotel habían saludado a los militares americanos desde el mismo hotel el día anterior al ataque.

Finalmente el auto, siguiendo lo resuelto por el Tribunal Supremo en auto de 13 de julio de 2010, que revocó el sobreseimiento libre acordado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, descarta que los periodistas ubicados en el hotel pudieran ser confundidos con ojeadores, tiradores o grupos de tiradores del enemigo, porque la distancia hasta las tropas americanas era excesiva para ese cometido y porque los binoculares, flases y objetivos de los periodistas no podían ser confundidos una vez que las tropas americanas sabían que en el hotel se encontraban los periodistas.

La anterior apreciación fáctica y provisional propia del auto de procesamiento del juez de instrucción se vio corroborada años después cuando el Tribunal Supremo dictó sentencia de 25 de octubre de 2016, en la cual, tras el tortuoso curso procesal de esta cuestión, confirmó el sobreseimiento acordado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Sus fundamentos de derecho se inician con la declaración de 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 unataque 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"*.



DÉCIMO.- El Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977, establece un sistema de protección de las personas civiles en los casos de conflicto armado. En lo que ahora interesa, el art. 79 del Protocolo, se dedica a las medidas de protección de periodistas, señalando que:

"1. Los periodistas que realicen misiones profesionales peligrosas en las zonas de conflicto armado serán considerados personas civiles en el sentido del párrafo 1 del artículo 50.

2. Serán protegidos como tales de conformidad con los Convenios y el presente Protocolo, a condición de que se abstengan de todo acto que afecte a su estatuto de persona civil y sin perjuicio del derecho que asiste a los corresponsales de guerra acreditados ante las fuerzas armadas a gozar del estatuto que les reconoce el artículo 4, A.4) del III Convenio."

Previamente, el art. 51 del Protocolo establece que:

"no serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. (...) Se prohíben los ataques indiscriminados. Son ataques indiscriminados: a) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil."

Con carácter ejemplificativo se dispone que:

"se considerarán indiscriminados, entre otros, los siguientes tipos de ataque: b) los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista."

Si de las prohibiciones pasamos a las obligaciones formuladas en positivo, el art. 57 establece que *"las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil."* A tal fin se dispone que:

"Quienes preparen o decidan un ataque deberán:

i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos;

ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil;

iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;

b) un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;

c) se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan."

A todo ello ha de añadirse que el Protocolo establece como norma fundamental de actuación, que impregna la interpretación de sus disposiciones, que *"a fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares."*

UNDÉCIMO.- A partir de los hechos anteriores, sustancialmente coincidentes con los relatados en la reclamación de responsabilidad patrimonial y en la demanda, y del régimen jurídico descrito, cabe concluir sin mayor esfuerzo y con el limitado efecto de integrar el presupuesto para que surja la pretendida responsabilidad patrimonial, que la muerte del Sr. Teodosio presentaba la apariencia de un ilícito internacional imputable a las fuerzas de los Estados Unidos. Por lo demás, el propio Consejo de Estado, en su dictamen 1496/1991, de 30 de enero de 1992, que analizó un supuesto muy semejante al actual (muerte del periodista español don Anibal en Panamá), sostuvo que *"no cabe duda de que existe un principio general del Derecho internacional Humanitario que prohíbe que la violencia bélica se dirija contra personas civiles como era don Anibal. De este modo, es fácil*



concluir que su muerte causada por fuerza armada norteamericana constituyó un ilícito internacional imputable a los EE.UU."

Frente a tal ilícito la demandante cumplió igualmente con el requisito del agotamiento de los medios de reclamación frente a las autoridades americanas, pues tal requisito se entiende también cubierto ante la inexistencia de recursos internos disponibles o cuando este sea ineficaz porque no brinde una posibilidad razonable de obtener la reparación por el Estado cuya responsabilidad se invoca. Así, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el caso Panevezys- Saldutiskis (C.P.J.I., Serie A/B, número 76, p. 18), declaró que *"puede no ser necesario recurrir a los tribunales internos si éstos no tienen jurisdicción para dar reparación"*.

Pues bien, aunque el cumplimiento de este requisito no es cuestionado especialmente en la contestación a la demanda, lo estéril de una reclamación jurisdiccional de reparación en el sistema judicial interno de los Estados Unidos fue ya puesto de manifiesto por el Consejo de Estado en el referido dictamen 1496/1991, de 30 de enero de 1992, en el cual el órgano consultivo consideró *"fundado el ejercicio por España de la protección diplomática ante los Estados Unidos de América en razón del fallecimiento de don Anibal."* Razonaba entonces el Consejo de Estado que según la información disponible:

<<el ordenamiento constitucional de los Estados Unidos no otorga a los Tribunales Federales jurisdicción para conocer de pretensiones indemnizatorias derivadas de daños causados por acciones bélicas. Así resulta con particular claridad de la Sentencia de 30 de abril de 1991 del Tribunal de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia, dictada en el caso Maricela McFarland et al. v. Richard

B. Cheney et al. Dicha Sentencia desestimó una demanda en la que se habían acumulado diversas pretensiones, y dos de ellas estaban basadas en hechos muy semejantes a los que causaron el fallecimiento de don Anibal . El fundamento de la desestimación puede describirse de modo sintético y expresivo diciendo que para el Tribunal la demanda planteaba una cuestión política no justiciable.

La doctrina de las "cuestiones políticas", formulada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, establece un criterio para la distribución de competencias entre los órganos constitucionales norteamericanos sobre determinadas materias.

Dicho criterio da lugar a una delimitación parcial del ámbito de la jurisdicción de los Tribunales Federales, del que se excluyen pretensiones como la deducida por los padres del Sr Anibal >>.

DUODÉCIMO.- Hasta aquí hemos razonado que concurrían los requisitos exigibles para el ejercicio de la protección diplomática. Ahora bien, la solicitud de responsabilidad patrimonial que se nos pide que declaremos se sustenta en que el Estado no la ejercitó, oponiéndose por la Abogacía del Estado que tal ejercicio es discrecional por la Administración y no un deber jurídico que pueda ser incumplido.

Ciertamente mediante el ejercicio de la protección diplomática el Estado toma para sí la causa de su nacional haciendo suyo el agravio sufrido por éste. Como expresara la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina (1924), *"al asumir la causa de uno de sus súbditos y poner en marcha, en su nombre, una acción diplomática o una acción judicial internacional, un Estado hace valer, en realidad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar las normas de Derecho internacional en la persona de sus súbditos"*. Consecuencia de esta configuración es que el ejercicio de la protección diplomática reviste carácter discrecional para el Estado. Así, la Corte Internacional de Justicia, en el asunto Barcelona Traction, 1970, declaró que *"un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida en que le parezca necesario, pues es su propio derecho lo que el estado hace valer"*, de manera que *"si las personas físicas o morales en cuyo nombre actúa consideran que sus derechos no estén suficientemente protegidos, no tienen recurso de conformidad con el Derecho internacional."*

Conviene precisar que las afirmaciones acabadas de realizar lo son con la óptica del Derecho internacional, esto es, de las relaciones entre Estados en tanto que excluyen al particular concernido como sujeto con capacidad para reaccionar como sujeto de derecho internacional. Ahora 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. En tal sentido el Tribunal Supremo ha declarado que *"la ausencia de una previsión expresa en nuestra norma suprema no ha sido óbice para que el Tribunal Supremo manifestase en su sentencia de 29 de diciembre de 1986 que la protección de los nacionales españoles en el extranjero constituye un cometido esencial del Estado conforme a la Constitución"* (STS de 6 de octubre de 2004, cas. 6164/02). Aun cuando son pocos los Estados que incorporan la obligación del Estado de ejercer la protección, sí conviene dejar constancia aquí de dos cuestiones:

a) En primer término que la institución de la protección diplomática está siendo objeto de ciertos reajustes en los últimos años, admitiendo la existencia de una verdadera obligación para el Estado de ejercitar la protección diplomática en favor de su nacional si concurren los requisitos para ello. Así, la Comisión de Derecho



Internacional de la ONU (CDI) rechazó inicialmente la posibilidad de establecer una obligación al respecto para los Estados, pero finalmente, a propuesta de varios de ellos, la CDI incorporó al proyecto de convención, recibido por la Asamblea General mediante Resolución A/62/67, de 8 de enero de 2008, una recomendación al respecto en su art. 19, según el cual *"un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos debería:*

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

Si bien los artículos sobre protección diplomática no se han plasmado en un tratado, la doctrina internacionista destaca que hoy son considerados la reafirmación definitiva de normas de derecho internacional consuetudinario sobre esta cuestión, tal como se desprendería del modo en el que son citados por la Corte Internacional de Justicia en la causa *Diallo (Causa Ahmandou Sadio Diallo - República de Guinea c. República Democrática del Congo)*.

b) En segundo término que no existe en nuestro Ordenamiento una predeterminación de la fuente normativa de la que surja la obligación del Estado de ejercer la protección diplomática, de modo que, en ausencia de previsiones legales específicas, esta puede nacer de la necesidad de hacer efectivos los valores y principios constitucionales, integrados o interpretados con o desde los tratados internacionales sobre los valores en juego y los principios de derecho internacional a los que el Estado (todo él) debe acomodar su actuación.

Tal es el sentido de la doctrina constitucional en los escasos pronunciamientos al respecto. En el más relevante de ellos, STC 140/1995, de 28 de septiembre (ponente Sr. González Campos), tras analizar los diferentes mecanismos al alcance de los particulares frente al incumplimiento atribuible a otro Estado (impago de renta arrendaticia por un Agente diplomático), entre los que se encontraban los específicos previstos en el Convenio de Viena de 1961 y también la protección diplomática, el Tribunal Constitucional concluye que *"si los poderes públicos no adoptaran las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática cuando la misma seaprocedente (STC 107/1992 , fundamento jurídico 3º), 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 (art. 106.1 C.E.). Lo que también posibilita, aunque indirectamente, la satisfacción judicial de los derechos e intereses de los particulares por esta vía, pese a que no esté exenta de desventajas para aquellos."*

La misma concepción de la protección diplomática se desprende de la STC 18/1997, de 10 de febrero, en la cual se otorga el amparo frente a la actuación poco insistente de un Juzgado de lo Social ante el Ministerio de Asuntos Exteriores para que éste desarrollara las actuaciones precisas ante otro Estado a fin de lograr la ejecución de la sentencia favorable a uno de nuestros nacionales.

En estas dos resoluciones de nuestro más alto Tribunal subyace que el punto de partida de sus afirmaciones es que el Estado tiene, al menos bajo ciertas condiciones y supuestos, la obligación de desenvolver su actividad cerca del Estado incumplidor de sus obligaciones a fin de lograr la satisfacción del derecho de sus nacionales.

DÉCIMO TERCERO.- Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la STS, de 6 de octubre de 2004 (cas. 6164/02), última de las dictadas sobre esta materia, recordaba que *"la ausencia de una previsión expresa en nuestra norma suprema no ha sido óbice para que el Tribunal Supremo manifestase en su sentencia de 29 de diciembre de 1986 que la protección de los nacionales españoles en el extranjero constituye un cometido esencial del Estado conforme a la Constitución."*

Ha de aceptarse que los casos analizados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo guardan una diferencia con el presente que impide su aplicación mecánica, pues se trataba en ellos de perjuicios causados por un Estado a nuestros nacionales en represalia a las conductas desenvueltas por España. Se daba por tanto una conexión causal entre la actividad de nuestras autoridades y el perjuicio infligido por otro Estado a un ciudadano español, perjuicio que no se habría intentado reparar a través del ejercicio de la protección diplomática o lo había sido de modo inadecuado. Por el contrario, en el supuesto que nos ocupa, el fallecimiento del Sr. Teodosio fue causado por el ejército de los EE.UU. sin conexión causal alguna con la conducta de nuestras autoridades, pues el Sr. Teodosio era un periodista que se encontraba realizando su actividad profesional cuando sobrevino su fatal fallecimiento.

Lo acabado de reseñar no impide que del conjunto de las resoluciones del TS extraigamos algunas conclusiones que trascienden del caso concreto:

a) La STS de 16 de noviembre de 1974, parte de la inexistencia de un *"verdadero derecho a la protección diplomática que imponga al Gobierno propio por modo inexcusable la puesta en ejercicio del dispositivo indemnizatorio a nivel de Estados"*, concluyendo que la respuesta a una solicitud en tal sentido sería un acto político excluido del control jurisdiccional. No obstante, el TS reconoce la existencia de responsabilidad

patrimonial, pero con base en que las consecuencias dañosas infligidas por el Estado extranjero a los nacionales españoles derivaron, como represalia, de la actuación de nuestros poderes públicos, los cuales, no obstante, no fueron compensados mediante el ejercicio de la protección diplomática.

b) La STS de 29 de diciembre de 1996 resolvió también una reclamación de responsabilidad patrimonial por el apresamiento de buques españoles por las autoridades mauritanas mientras se negociaba un acuerdo pesquero y su posterior hundimiento. Lo que aquí interesa es que el Tribunal Supremo sustentó la declaración de responsabilidad patrimonial no sólo en la conducta negligente de nuestras autoridades al informar sobre las posibilidades de que nuestros pesqueros artesanales pescasen en determinados caladeros, sino también en la falta de gestiones efectivas encaminadas a la recuperación de los pesqueros y a la adecuada protección de los nacionales, que *constituye "un cometido esencial del Estado conforme a la Constitución"*. De forma concluyente afirma que *"la responsabilidad no emana únicamente de la acción que produce el daño, sino también de la omisión cuando no se hace aquello que se ha de hacer; y cuando la pasividad es de la Administración que guarda silencio y está inactiva cuando debe hablar y actuar, su responsabilidad es paladina de ella, como ya declaró el Tribunal Supremo (Sala Tercera) en su Sentencia de 2 de febrero de 1982"*.

Importa retener por tanto que la protección diplomática se constituye en una obligación del Estado cuyo incumplimiento, en determinadas circunstancias, puede generar su responsabilidad, aunque en el caso específicamente contemplado exista una causa concurrente para declararla.

c) La STS de 10 de diciembre de 2003, desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por algunos a quienes el Estado de **Cuba** privó de sus bienes en las mismas condiciones que a sus nacionales, se refiere a la protección diplomática como potestad-deber en dos ocasiones, perfilándola como una obligación de medio que, en el caso, fue desenvuelta hasta alcanzar un acuerdo indemnizatorio para el conjunto de los perjudicados.

d) La STS de 17 de febrero de 1998, rec. 7562/92, razona que *"la responsabilidad patrimonial del Estado, personalizado en la Administración, como sujeto gestor del presupuesto, abarca la actividad desplegada en el ámbito de las relaciones internacionales, pues el reconocimiento de un ámbito discrecional en favor de la potestad de dirección política del Gobierno no es obstáculo al carácter indemnizable de los perjuicios singulares que puedan producirse a cargo de particulares no obligados a soportarlos."* Más en concreto, en su fundamento de derecho sexto acepta la posibilidad de que se derive responsabilidad por la insuficiencia de la protección otorgada a los nacionales afectados, si bien el discurso de la sentencia no se desenvuelve en este terreno dados los términos en los que se trabó el debate procesal.

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

El fallecimiento del Sr. Teodosio tuvo lugar en unas circunstancias ya reseñadas que constituyen un ilícito internacional, tal como por lo demás afirmó la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la STS de 28 de octubre de 2016, a la que ya hemos hecho referencia. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 91 del Protocolo Adicional, *"la Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas."* Pues bien, la Administración española estaba obligada a desenvolver la actividad necesaria para promover ante el Estado infractor la reparación del daño causado de modo ilícito, lo que no hizo ni en los momentos subsiguientes al fallecimiento del Sr. Teodosio ni hasta la fecha.

Por otra parte, el ilícito internacional de referencia afectaba, además, a un bien jurídico de primer orden como es el derecho a la vida, de manera que si, como hemos dejado expuesto, uno de los cometidos esenciales del Estado es la protección de sus nacionales, la obligación del Estado de dispensar dicha protección alcanzaría grado superlativo de acuerdo con la relevancia constitucional del derecho a la vida ex art. 15 CE en relación con el art. 10.2 CE y los convenios internacionales sobre su protección.

Tampoco cabe desconocer que la obligación de dispensar protección diplomática a los familiares del Sr. Teodosio engarza con el específico deber impuesto en el art. 39 CE, según el cual *"los poderes públicos*



aseguran la protección ... jurídica de la familia". Se trata de una obligación impuesta en el art. 53.3 CE que, si bien ha de ser prestada a través de los cauces que el Ordenamiento prevé, nos emplaza a que informe nuestra práctica jurisdiccional. Y en el presente caso, a la vista de que la familia del Sr. Teodosio no disponía de cauce jurisdiccional practicable ante los tribunales americanos para obtener la reparación que merecía (*vid supra* lo expuesto sobre el agotamiento de la vía judicial), se evidencia que la protección diplomática se revelaba como el cauce idóneo y exigible para que nuestras autoridades cumplieran el mandato impuesto por el art. 39 CE ya citado.

Pero además, con independencia de cuál fuera la relación contractual del Sr. Teodosio con la cadena de televisión a la que prestaba sus servicios, la actividad concretamente desarrollada suponía el ejercicio de la libertad de información - art. 20.1.d) CE- que, según ha afirmado desde sus inicios la doctrina constitucional refiriéndose a todas las libertades recogidas en el art. 20.1 CE (STC 104/1986, de 17 de julio), << no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan "el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático" (Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1982, de 31 de marzo)>>. Tal doctrina se ha venido reiterando, además de en relación con la integración de tipos sancionadores, en otras sentencias posteriores como la STC 206/1990, de 17 de diciembre, en la cual se remarcaba que "no debe olvidarse que el art. 20 C.E., además de los derechos subjetivos de expresión e información garantiza el derecho de todos a recibir información, y tiene una dimensión de garantía de una institución fundamental cual es la opinión pública libre, que trasciende a lo que es común y propio de otros derechos fundamentales". En el mismo sentido la reciente STC 86/2017, de 4 de julio. Consecuentemente, también esta dimensión objetiva de la libertad de información militaba en favor de la dispensa de la protección diplomática como forma de protección de la indicada libertad garantizando la indemnidad de su ejercicio.

DÉCIMO QUINTO.- A lo anterior no es obstáculo el ya mencionado carácter discrecional de la dispensa de la protección diplomática que opone la Abogada el Estado. Ello por dos tipos de razones:

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

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

Estaríamos entonces en el caso de la responsabilidad por el funcionamiento normal de la Administración que los particulares no tendrían obligación jurídica de soportar.

DÉCIMO SEXTO.- En lo que se refiere a la cuantificación de la responsabilidad patrimonial no debemos perder de vista que el perjuicio sufrido por la demandante que se deriva de la omisión del ejercicio por el Estado de la dispensa de protección diplomática no se identifica con el daño producido por el fallecimiento del Sr. Teodosio, sino con la pérdida de la ocasión de que mediante las gestiones diplomáticas cerca de las autoridades estadounidenses la demandante hubiera obtenido una compensación adecuada a los estándares utilizados en supuestos similares. La protección diplomática no dispensada consiste en una prestación de medio y no de resultado, de manera que existe un grado de incertidumbre notable acerca del éxito de la reclamación internacional y, en su caso, de su cuantificación. De ahí que lo que ha de valorarse es precisamente la pérdida de la ocasión de conseguirla.

Importa destacar en este punto la doctrina de la pérdida de oportunidad surgida en el campo de la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración sanitaria, que es su campo propio de actuación, aunque no el único. En esos casos se indemniza la posibilidad de que mediante una intervención distinta quizás se hubiera interrumpido el curso causal, esto es, que una actuación distinta del agente (activa u omisiva) quizás hubiera hecho que las cosas sucedieran de otro modo, o que al menos el daño sobrevenido hubiera sido menor. En el caso que aquí analizamos partimos de la existencia cierta del evento dañoso e ilegítimo ya producido -el fallecimiento del Sr. Teodosio- que la actuación administrativa omitida no habría evitado ni minorado en sus



efectos. La responsabilidad patrimonial de la Administración surge por el incumplimiento de su obligación de desarrollar una actividad a la que las circunstancias del caso compelen, pero con un resultado incierto.

Por lo demás, nuestro derecho positivo no ha sido ajeno a la ponderación de circunstancias inciertas a fin de determinar la procedencia de fijar indemnizaciones. Así, el art. 112.2 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, al regular la indemnización procedente en casos de estimación de reclamaciones, establecía, en su redacción originaria, que *"para que proceda la indemnización se exigirá que se haya probado que ha habido infracción de lo dispuesto en la presente ley y que el reclamante hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato si no se hubiera cometido tal infracción."*

DÉCIMO SÉPTIMO.- A partir de lo anterior, podemos tomar como referencia que en los supuestos de incertidumbre sobre el curso causal y el resultado que se habría producido si la actuación administrativa hubiera sido distinta, se opta en la jurisprudencia por la moderación de la indemnización que resultaría procedente si se hubiera actuado (SSTS de 23 de enero, 22 de mayo y 19 de junio de 2012 entre otras). Partiremos para ello de datos que consideramos seguros, siempre moviéndonos dentro de los límites de la concreta cuantía reclamada en aras del respeto de las exigencias de congruencia.

En el dictamen del Consejo de Estado núm. 1496/1991, se aborda un supuesto que ya hemos dicho que guarda grandes semejanzas con el presente, pues en el caso allí analizado se trató del fallecimiento de un fotógrafo español en Panamá a consecuencia de disparos de las Fuerzas Armadas norteamericanas, las cuales confundieron la lente alargada del aparato fotográfico que portaba con un arma antitanque de tipo ligero.

El informe, que obra en el procedimiento y ha sido esgrimido por la actora como término de comparación, concluye reflejando la práctica norteamericana en este tipo de supuestos como representativa de las expectativas de éxito en el ejercicio de la protección diplomática. Se reseña que la práctica reciente entonces (derribo de una línea aérea iraquí por un crucero norteamericano el 3 de julio de 1988) era ofrecer una indemnización graciable de 250.000 dólares por cada víctima que percibiera un sueldo por trabajo a tiempo completo y de 100.000 dólares por cada una de las demás víctimas.

El día del fallecimiento del Sr. Teodosio estas cantidades serían equivalentes a 234.521,576 euros en relación con la demandante y 93.808,6304 euros respecto de cada hijo del Sr. Teodosio (0,9381 euros/dólar; <https://www.cambioeuro.es/cambio-historico-dolar-2003/>). Parece razonable aceptar que la indemnización estándar en el año 2003 en que falleció el Sr. Teodosio , sería al menos de este orden, es decir, 422.145,00 euros en total. Pues bien, los 182.290 euros que al tiempo de presentar la reclamación solicitaba la demandante por aplicación el baremo de circulación (422.145 euros en total), representan el 43,18 % de la indemnización global que podríamos considerar usual en 1988. Teniendo esto en cuenta, la Sala considera que los 422.145 euros reclamados son una equilibrada minoración en razón de la incertidumbre de la indemnización que razonablemente podría obtener la demandante de las autoridades estadounidenses mediante el ejercicio de la protección diplomática en su favor.

Esta cantidad será actualizada a la fecha del dictado de esta sentencia conforme al índice de precios al consumo tal como se interesa en el suplico de la demanda y establecía el art. 141.3 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común, a la sazón vigente. Para esta actualización se tomará como fecha de inicio el día del fallecimiento del Sr. Teodosio -8 de abril de 2003- y como término final el del dictado de esta sentencia.

Rechazamos en cambio la procedencia de indemnizar por la minoración de las cantidades percibidas de las entidades aseguradoras, ya que traen causa de contratos de seguros privados que excluían de su cobertura el riesgo de guerra. Y, por otra parte, la expectativa indemnizatoria a obtener de los EE.UU contemplaba una cantidad global por perjudicado y por todos los conceptos, incluidos los daños materiales.

DÉCIMO OCTAVO.- Resta por analizar si de la indemnización aquí acordada habría de descontarse, tal como postula la Abogada del Estado, la cantidad satisfecha en aplicación del Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad, esto es, 140.000 euros. A ello se opone la demandante esgrimiendo que el art. 6 del citado Decreto-Ley establece la compatibilidad entre la indemnización que pretende y la prestación percibida al amparo de la indicada norma. Dicho artículo establece que *"las indemnizaciones otorgadas conforme a las disposiciones de este real decreto ley serán compatibles con las pensiones, ayudas, compensaciones o resarcimientos que se hubieran reconocido o pudieran reconocerse en el futuro al amparo de las previsiones contenidas en la normativa de aplicación en cada caso. Las indemnizaciones y ayudas previstas en este real decreto ley serán incompatibles con las previstas en la normativa sobre víctimas del terrorismo"*.



La Sala no comparte la postura de la Abogada del Estado pese a que en el Decreto-Ley 8/2004 han de distinguirse dos ámbitos netamente diferenciados:

a) De una parte *"se establece un sistema de indemnizaciones cuando se produzca la muerte o daños físicos o psíquicos a los militares españoles, miembros de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y personal al servicio de las Administraciones que participen en una operación de mantenimiento de la paz, de asistencia humanitaria o en otras de carácter internacional que hayan sido aprobadas específicamente por el Gobierno a estos efectos. Las indemnizaciones tendrán carácter extraordinario y se concederán por una sola vez."* (arts. 1 y 2). La disposición adicional primera, bajo la rúbrica *"otros beneficiarios"*, extiende el sistema de indemnizaciones a quienes debidamente autorizados acompañan a las tropas y a *"los periodistas españoles acreditados individual y específicamente por el Ministerio de Defensa o, en el supuesto de operaciones integradas exclusivamente por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, por el Ministerio del Interior, para el desarrollo de su actividad profesional en el ámbito de las operaciones a las que nos hemos referido"*.

Este sistema de indemnizaciones comprende la regla de la compatibilidad incorporada al art. 6 ya transcrito.

b) Por otro lado, y al margen del sistema general y abstracto de indemnizaciones previstas *pro futuro* para los casos de fallecimiento y lesiones de quienes participan en las operaciones militares descritas, se reconocen unas pensiones extraordinarias de clases pasivas a favor de una lista nominal beneficiarios que fallecieron en acto de servicio por España (disposición adicional segunda); unas indemnizaciones de 140.000 euros a una lista de personas fallecidas o inválidas en circunstancias especiales con posterioridad a la entrada en vigor de la CE (disposición adicional tercera), agrupados según pertenecieran a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, diplomáticos y periodistas. Entre estos últimos está incluido don Teodosio .

Pues bien, estas prestaciones de pago único son claramente diferentes de las establecidas en el régimen general, de manera que si no fuera porque se incluye nominativamente al Sr. Teodosio como causante de prestación, la demandante no sería beneficiaria de prestación del sistema general. Ahora bien, la disposición adicional tercera que reconoce la prestación por el fallecimiento de, entre otros, el Sr. Teodosio , declara expresamente aplicable la regla de compatibilidad prevista en el art. 6, al fijar el término de un año para solicitar la prestación por *"las personas que, en los términos previstos en el artículo 6, se consideren con derecho a percibir las indemnizaciones como beneficiarios"*.

Consecuentemente, la indemnización que se deriva de la aplicación del Decreto-ley 8/2004, es compatible, por disposición legal, con la indemnización que aquí se reconoce a los beneficiarios del Sr. Teodosio . Ciertamente que la razón última del reconocimiento de una indemnización por el fallecimiento del Sr. Teodosio mediante una ley singular puede ser una alternativa al ejercicio de la protección diplomática en beneficio de quien fue víctima de un ilícito internacional, máxime si se repara en que el instrumento normativo utilizado no deja de ser un acto del Gobierno con valor de ley. Y en tal sentido podría razonarse que constituía la reparación alternativa al ejercicio de la protección diplomática, pero lo cierto es que el propio legislador llama, indirecta pero inequívocamente, a la aplicación del art. 6 del Decreto-Ley sobre la compatibilidad de la prestación de 140.000 euros con cualquier indemnización reconocida con base en el fallecimiento del Sr. Teodosio distinta de las previstas en la normativa sobre víctimas del terrorismo.

Por lo demás, el informe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores, emitido en el expediente de responsabilidad patrimonial el 31 de mayo de 2004 (registro de entrada 2 de junio de 2004), luego de negar la procedencia de declarar tal responsabilidad, sugirió la posibilidad de conceder una indemnización *ex gratia* por la muerte del demandante, señalando expresamente que *"debería acompañarse del compromiso escrito de los beneficiarios de la ayuda declarando que, en el caso de aceptar dicha indemnización ex gratia, renunciarán a cualquier acción administrativa o judicial contra el gobierno español por la muerte del Sr. Teodosio "*.

Sin embargo tal previsión no se incorporó en modo alguno al Real Decreto-Ley 8/2004, sino que, como acabamos de ver, se somete al mismo régimen de incompatibilidad establecido en el propio art. 6 ya mencionado, y que lo hace además reflexivamente a tenor de los antecedentes administrativos expuestos. Tampoco en el acto de reconocimiento de indemnización se contiene exigencia de renuncia alguna y esta se produjo *motu proprio*.

Ha de señalarse finalmente al respecto que la cuestión de si los 140.000 euros percibidos han de descontarse o no de la indemnización que acordemos, ha sido objeto del debate pese a lo equívoco del último fundamento de la demanda, en la cual se afirma que debería descontarse aquella cantidad pero al cuantificarla no lo hace, como tampoco en el suplico. Ninguna incongruencia se produce, por tanto, en la solución adoptada.



DÉCIMO NOVENO.- En materia de costas, a tenor de lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, en su redacción originaria, procede su imposición a la Administración demandada a la vista de que la falta de resolución expresa ha obligado a la demandante a acudir al proceso para satisfacer su pretensión.

Vistos los preceptos ya citados, así como los de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo núm. **494/2005**, interpuesto por el Procurador don Roberto Granizo Palomeque, en nombre de **DOÑA Florinda** , por sí y en nombre de sus hijos, entonces menores de edad, **DON Mateo Y DON Juan Francisco** , contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento don Teodosio , resolución desestimatoria por silencio que **ANULAMOS** por contraria al Ordenamiento Jurídico.

CONDENAMOS a la Administración General del Estado a indemnizar a Florinda en 99.430,00 euros; a don Mateo en 41.430 euros; y a DON Juan Francisco en 41.430 euros; actualizadas estas cantidades en el modo descrito en el fundamento jurídico décimo séptimo.

CONDENAMOS a la Administración demandada al pago de las **COSTAS**.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, que podrá prepararse en el plazo y forma previsto en el artículo 89 LJCA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.