LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA
DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
Xabier Arzoz Santisteban (coord.)
ISBN: 978-84-1381-918-1
Madrid, 2025
pp. 85-106
DOI: *10.37417/Efectividad-CDFUE/03*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

BUENA ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICA EXTERIOR: DESAFÍOS JURÍDICOS EN LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA[1]

Irene Purificación Lozano López

1. INTRODUCCIÓN

El espíritu de este trabajo es relacionar dos amplios términos jurídicos: buena administración y política exterior. Ambos conceptos tienen un mínimo común denominador: son dos nociones generales, de empírica definición, y, como razonaremos en el cuerpo del trabajo, sujetos a un posible control judicial.

Recientemente, se está produciendo lo que algunos han calificado como «revolución silenciosa»[2] en el seno de los tribunales de justicia españoles y europeos. Revolución consistente en un control de la discrecionalidad no solamente basado en el principio de interdicción de la arbitrariedad, sino también en un análisis más sutil y exigente relacionado, entre otros, con la exigencia de una motivación que, en palabras de Ponce Solé (2023: 171), «no solo exista y sea racional, sino además suficiente y congruente», en fin, una motivación que, como veremos más adelante, sea conforme al principio de buena administración.

Es precisamente a través de esta vocación de incrementar el control de la discrecionalidad donde podremos encontrar el punto de unión entre la buena administración y la política exterior. En particular, a través

[1] El presente trabajo ha sido desarrollado durante una estancia de investigación predoctoral en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg, Alemania.

[2] Ponce Solé (2023: 171).

de la sentencia del Tribunal Supremo 998/2021, de 9 de julio de 2021, relativa al asunto *Couso*, que abre la puerta a un mayor control de la discrecionalidad de un tradicional instrumento de la política exterior: la protección diplomática.

Si el proyecto resultara exitoso, esta conexión bien podría servir a los jueces a modo de apoyo para el control de la discrecionalidad en aquellos casos en los que cupiera hablar de cierto control jurisdiccional de la acción exterior.

Para abordar el estudio, hemos empleado la metodología clásica jurídica del estudio sustantivo de los conceptos y de la doctrina.

En primer lugar, delimitaremos el concepto fundamental «buena administración», para así perimetrar el marco jurídico y el área de nuestra investigación. Nuestro objetivo es otorgar de significado internacional público a «buena administración». Seguidamente, analizaremos la aplicación del derecho en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, para pasar después a introducir brevemente la institución de la protección diplomática. Por último, trataremos de encontrar la conexión entre la buena administración y la política exterior a través de la STS 998/2021, antes referida, con el fin de aportar unas conclusiones deductivas.

2. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN

Lo que hoy en día conocemos como derecho a una buena administración, cristalizado en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta, CDFUE), no es sino la codificación de un principio general del Derecho. Tal y como señala Viñuales Ferreiro (2014: 322), dicho principio fue utilizado frecuentemente por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y, posteriormente, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)[3]. Adicionalmente, se encontraba ya codificado en los ordenamientos jurídicos de ciertos Estados. Es el caso de Italia, por ejemplo, que en el art. 97 de su Constitución lo reconoce en el *buon andamento*.

El TJUE, en su jurisprudencia, realiza una diferenciación entre el *principio* de buena administración, según se concebía antes de la pro-

[3] Véase, entre otras, las SSTPI de 18 de septiembre de 1995, *Nölle*, T-167/94, ECLI:EU:T:1995:169; de 9 de julio de 1999, *New Europe Consulting y otros*, T-231/97, ECLI:EU:T:1999:146; de 6 de diciembre de 1994, *Lisrestal*, T-450/93, ECLI:EU:T:1994:290; de 31 de marzo de 1992, *Burban,* C-255/90 P, ECLI:EU:C:1992:153; y las SSTJUE de 15 de octubre de 1987, *Heylens*, 222/86, ECLI:EU:C:1987:442; de 18 de octubre de 1989, *Orkem contra Comisión de las Comunidades Europeas*, 374/87, ECLI:EU:C:1989:387; de 21 de noviembre de 1991, *TU München*, C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438.

mulgación de la Carta, y el *derecho* a una buena administración, tal y como se consagra en la misma.

La abogada general Kokott, en sus conclusiones en el asunto C-75/08, señaló que «del propio tenor literal del art. 41, apartado 1, de la Carta se desprende, al igual que del art. 253 TCE, que la obligación de motivación que allí se menciona solo se aplica a las instituciones de la Comunidad. Por tanto, no puede transponerse sin más a los órganos de los Estados miembros, ni siquiera cuando aplican el derecho comunitario»[4].

En un asunto posterior, señaló que:

> Además, como indica claramente el art. 41, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, las instituciones públicas han de cumplir sus obligaciones dentro de un plazo razonable, con arreglo al principio de buena administración, al que también han de atenerse los Estados miembros al aplicar el Derecho comunitario. Por ese motivo, los Estados miembros no pueden dilatar excesivamente la elaboración de sus planes de emergencia externos[5].

Igualmente, el TJUE se ha pronunciado acerca de la lectura literal del art. 41 de la Carta con relación a la restricción aplicativa del mismo a los Estados miembros:

> A este respecto, ha de señalarse que la Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Regione Siciliana, no menciona en absoluto que la referida remisión tenga como consecuencia excluir las normas nacionales relativas a la obligación de motivación en favor de los arts. 296 TFUE, párrafo segundo, y 41, apartado 2, letra c), de la Carta, que, por otra parte, van dirigidos, según su tenor literal, no a los Estados miembros, sino únicamente a las instituciones y órganos de la Unión[6].

Anteriormente, y refiriéndose a la implementación de una regulación europea por parte de un Estado miembro, había señalado refiriéndose al principio de buena administración que «dicho principio se opone a que una administración pública sancione a un operador económico que actúa de buena fe por el incumplimiento de unas normas de procedimiento cuando dicho incumplimiento se deriva del propio comportamiento de esa administración»[7], incluso si la administración es nacional[8].

---

[4] Conclusiones de la abogada general Kokott del 22 de enero de 2009, *Mellor*, C-75/08, ECLI:EU:C:2009:32, apdo. 25.

[5] Conclusiones de la abogada general Kokott de 10 de diciembre de 2009, *Comisión v. España*, C-392/08, ECLI:EU:C:2009:773, apdo. 16.

[6] STJUE de 21 de diciembre de 2011, *Cicala*, C-482/10, ECLI:EU:C:2011:868, apdo. 28.

[7] STJUE de 21 de junio de 2007, *Laub*, C428/05, ECLI:EU:C:2007:368, apdo. 25.

[8] Hofmann y Mihaescu (2013: 98).

De esta guisa, podemos distinguir dos elementos diferenciales a tener en cuenta entre la buena administración como principio y como derecho.

El primero de ellos afecta al ámbito subjetivo de aplicación. Desde su vertiente de principio general, y al igual que el resto de principios, la buena administración vincula tanto a las instituciones de la UE como a las de los Estados miembros, siempre que actúen aplicando el Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, desde su otra vertiente, la de derecho, *ex* art. 41, parece limitarse únicamente a la actuación de instituciones y órganos de la Unión Europea[9].

El segundo elemento diferencial es *ratione materiae*. El principio de buena administración, según la jurisprudencia mencionada de los tribunales de la UE, tiene un alcance material amplio, aplicable incluso a la elaboración de normas ejecutivas de contenido general y abstracto como, por ejemplo, los acuerdos internacionales de asociación[10]. Con esta óptica, se abordaron el asunto *Alliance for Natural Health*[11] y *Mosanto*[12], al señalar el TJUE que las decisiones de la Comisión debían seguir el principio de buena administración y diligencia debida.

El derecho a una buena administración del art. 41, por otro lado, tiene una utilización *ratione materiae* más limitada al aplicarse, tal y como se verá a continuación, a las decisiones individuales.

3. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

Habiendo desbrozado el significado jurídico del término, analizaremos con cierto detenimiento, al ser el más relevante para el asunto que nos ocupa, el contenido del art. 41 CDFUE.

---

[9] Sobre la limitación del alcance: Kristjánsdóttir (2013).

[10] Hofmann y Mihaescu (2013: 86).

[11] La organización *Alliance for Natural Health*, una organización que representaba a fabricantes y consumidores de suplementos alimenticios, argumentó que la Directiva 2002/46/CE, que establecía una lista de vitaminas y minerales permitidos en los suplementos alimenticios comercializables en la UE, vulneraba el principio de proporcionalidad, entre otros. El TJUE analizó si la Comisión Europea había seguido adecuadamente el principio de buena administración en la adopción de la directiva, concluyendo que, efectivamente, así lo había hecho. STJUE de 12 de julio de 2005, *Alliance for Natural Health*, asunto acumulado C-154/04 y C-155/04, ECLI:EU:C:2005:449.

[12] En el asunto *Mosanto*, la empresa multinacional Mosanto, dedicada a los productos agrícolas y biotecnológicos, impugnó la legalidad de una decisión de la Comisión Europea que incluía una sustancia activa en el anexo de un reglamento que regulaba los productos fitosanitarios. La empresa señalaba que la decisión de incluir dicha sustancia no había seguido el procedimiento requerido y no se había respetado el principio de buena administración. Finalmente, la decisión de la Comisión no fue anulada, pero el TJUE volvió a subrayar la obligación de la Comisión de actuar con diligencia, cuidado y respetando el principio de buena administración en la toma de decisiones. Véase STJUE de 8 de enero de 2002, *Mosanto*, C-248/99, ECLI:EU:C:2002:1.

3.1. El apartado 1 del art. 41 CDFUE

Es en el art. 41.1 CDFUE donde encontramos la primera diferencia —antes señalada— entre la buena administración como principio y como derecho, al limitar el campo de aplicación del derecho a, únicamente, las instituciones y órganos de la Unión.

Así lo ha señalado también el TJUE al indicar que, ciertamente, el art. 41 únicamente vincula a las instituciones de la UE, pero recordando en múltiples ocasiones que el principio de buena administración vincula también a los Estados miembros[13].

Sin embargo, y como se analizará más adelante, ciertos Ordenamientos Jurídicos y tribunales nacionales parecen optar por una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del art. 41, más cercana a la del principio que a la del derecho positivo.

El primer guion del apartado en cuestión confiere el derecho a un procedimiento imparcial, equitativo y a tiempo.

La amplitud de estos conceptos lo convierte en una suerte de derecho «paraguas», bajo el cual podrían llegar a encontrarse integrados un amplio número de distintos derechos[14]. Adicionalmente, da pie a dos interpretaciones: una amplia y una estricta. Como nos señala Craig, la primera podría incluir las cuestiones enumeradas por el Defensor del Pueblo de la UE en su Código de Buena Conducta Administrativa, como por ejemplo la no discriminación, la proporcionalidad, la objetividad, la independencia o la confianza legítima. Una interpretación más restrictiva incluiría derechos más discretos como el deber de las instituciones de considerar debidamente cada caso[15].

---

[13] SSTJUE de 13 de diciembre de 2012, *MM contra Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland and Attorney General*, C-277/11, ECLI:EU:C:2012:744; 8 de mayo de 2014, *HN contra Ministra de Justicia, Igualdad y Reforma Legislativa*, C-604/12, ECLI:EU:C:2014:302; 5 de noviembre de 2014, *Mukurabega*, C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336; 11 de diciembre de 2014, *Boudjlida*, C-249/13, ECLI:EU:C:2014:2431; 17 de julio de 2014, *YS v Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, C-141/12, ECLI:EU:C:2014:2081; 20 de septiembre de 2018, *UBS Europe*, C-358/16, ECLI:EU:C:2018:715; 8 de mayo de 2019, *PI contra Landespolizeidirektion Tirol*, C-230/18, ECLI:EU:C:2019:383.

[14] Lo cierto es la gran amplitud de ciertos derechos, entre ellos el de buena administración, conduce a la imposibilidad de su aplicación o invocación por particulares a no ser que se concreten en derechos, subsumidos en el primero, más definidos. Así lo señaló el abogado general Poiares Maduro en sus conclusiones en el asunto C-141/02 P: «El Tribunal de Justicia […] no se ha conformado con la existencia de derechos procesales vagamente definidos para reconocer un derecho a ejercitar una acción. En general, el Tribunal exige que los derechos invocados en apoyo de un recurso sean suficientemente "precisos". Así ocurre cuando los derechos individuales se derivan de un reglamento o pueden derivarse directamente de disposiciones del Tratado […]». *Vid*. conclusiones del abogado general Poiares Maduro de 14 de octubre de 2004, *Comisión contra T-Mobile Austria GmbH*, C-141/02 P, ECLI:EU:C:2004:723, apdo. 54.

[15] Craig (2021: 1125-1151).

3.2. El apartado 2 del art. 41 CDFUE

El art. 41.2. fue fruto tanto del desarrollo jurisprudencial del principio, tal y como hemos señalado con anterioridad, como del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en lo que se refiere a la obligación de motivación (art. 296 TFUE), el derecho a la reparación de los daños causados (art. 340 TFUE) y el derecho a dirigirse a las instituciones en una de las lenguas de los Tratados [art. 20.2.d) TFUE].

Se concretan aquí, aunque someramente y mediante una lista abierta, los derechos que han de entenderse incluidos[16] dentro del art. 41 de la Carta, a saber: el derecho a ser oído, el derecho al acceso al expediente y la obligación de la administración de motivar sus decisiones.

En lo que al derecho a ser oído se refiere, podemos destacar que viene siendo aplicado tanto a personas físicas, como jurídicas y que solamente alcanza a las decisiones individuales. No ostenta carácter absoluto, puesto que no se incluye en lo que al procedimiento legislativo se refiere. El límite, por tanto, viene dado por la naturaleza del acto: si tiene vocación de generalidad, y no directa e individual, el art. 41 de la Carta no puede ser alegado, ni vincula a las instituciones de la Unión[17].

---

[16] Precisamente la expresión «Este derecho incluye en particular […]», con la que comienza el art. 41.2, ha permitido al TJUE entender comprendidos en el art. 41 ciertos derechos y obligaciones que no parecerían pertenecientes a la esfera más inmediata de la buena administración. Es el caso de la obligación de confidencialidad a la que el TJUE sujetó a la Comisión en el asunto *Franchet y Byk v. Comisión*. Los demandantes, Franchet y Byk, invocaron el principio de buena administración para indicar que la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF, por sus siglas en inglés) había vulnerado su privacidad al publicar ciertos datos sensibles. El TJUE indicó que, en virtud del art. 41 de la Carta, «la administración debe, por una parte, evitar dar a la prensa informaciones sobre un procedimiento disciplinario que pudieran perjudicar al funcionario de que se trate y, por otra, adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, en el seno de la institución, toda difusión de informaciones que pudieran resultar difamatorias para aquel». Otro de los aspectos más relevantes del art. 41 es su vertiente de garante del derecho de defensa. En este sentido, la abogada general Kokott resaltó, refiriéndose al derecho de ciertas empresas a conocer las reflexiones y motivos que llevaron a la Comisión a tomar su decisión, que el derecho a una buena administración implica la conducción de «[…] un procedimiento justo. Sería totalmente incompatible con este principio esencial de justicia que las empresas afectadas, en definitiva, tuviesen que adivinar contra qué deben defenderse». Véase STPI de 8 de julio de 2008, *Franchet y Byk*, C-265/17, ECLI: EU:T:2008:257, apdo. 214; conclusiones de la abogada general Kokott de 25 de julio de 2018, C-265/17 P, ECLI: EU:C:2018:628, apdos. 42-43. También un estudio sobre las garantías al proceso en Marcos Martínez (2023).

[17] Así lo ha señalado reiterada jurisprudencia del TJUE. En particular, en el asunto *Atlanta* —previo a la aprobación de la Carta— en el que el demandante solicitaba reparación por los daños causados por un reglamento comunitario en el contexto del mercado del plátano, señalando que se había vulnerado su derecho a ser oído. El TJUE rechazó el argumento, indicando que dicho derecho se reconocía únicamente en actos individuales que afectaban

Adicionalmente, el TJUE ha llegado incluso a imponer el derecho a ser oído en aquellos procedimientos compuestos, en los que intervenía tanto la UE como un Estado miembro —como, por ejemplo, en el contexto del Derecho aduanero—, aun cuando tal cosa no estaba expresamente prevista en la citada norma[18].

Por otro lado, la obligación de motivación contenida en el art. 41.2, tercer guion, ya se recogía en el art. 296 TFUE[19]. En dicho Tratado, sin embargo, la obligación tiene un alcance mucho más amplio, al referirse a los actos jurídicos en general —incluyendo propuestas, iniciativas, recomendaciones, peticiones o dictámenes—, y no solamente a los actos emanados de la Administración. A pesar del más limitado alcance, se ha llegado a señalar que el art. 41 CDFUE podría llegar a ser interpretado de manera más amplia que el art. 296 TFUE, ya que podría incluir a las administraciones nacionales cuando actúan aplicando el Derecho de la Unión Europea[20].

El grado de motivación, por otro lado, dependerá de la naturaleza del acto *in se*, exigiéndose una mayor concreción cuando la medida impugnada sea de carácter individual[21] y se tome en el seno de una mayor discrecionalidad administrativa, que cuando el acto tenga carácter reglado.

Así, como indica Rodríguez Arana (2013: 52), la motivación será proporcional a la extensión e intensidad de la discrecionalidad desde la que opere la Administración Pública.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su art. 35, obliga a la motivación de, entre otros, los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos y los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, aunque no indica la extensión de esta ni regula su contenido. Quizás algo más acertado, a nuestro juicio, es el análogo

---

directamente al solicitante. Tras la entrada en vigor de la CDFUE, el TJUE ha visto reforzada su tesis a través de la redacción del art. 41.2, que indica expresamente que el derecho solo expande sus efectos sobre las medidas individuales. Véase al respecto SSTJUE de 14 de octubre de 1999, *Atlanta AG contra Comisión*, C-104/97 P, ECLI:EU:C:1999:498; 17 de marzo de 2011, *AJD Tuna Ltd contra Direttur tal-Agrikoltura u s-Sajd y Avukat Generali*, C-221/09, ECLI:EU:C:2011:153, apdo. 49.

[18] STJUE de 21 de enero de 1993, *Technische Universität München contra Hauptzollamt München-Mitte*, C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438.

[19] Así se indica en las «Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales», disponible en: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32007X1214%2801%29*.

[20] Craig (2021: 1129).

[21] En *Alemania contra Comisión*, el TJUE señaló que la Comisión no había motivado con suficiente detalle su decisión de rechazar una exención arancelaria sobre una cantidad específica de hectolitros de vino importado desde un tercer Estado. Véase STJUE de 4 de julio de 1963, *Alemania contra Comisión*, 24/62, ECLI:EU:C:1963:14.

art. 39.1 de la Ley alemana de Procedimiento Administrativo, que también obliga a la motivación de ciertos actos, pero profundiza en cuanto al contenido de dicha motivación. Así, indica que, en caso de decisiones discrecionales, la motivación debe contener no solamente los principales razonamientos jurídicos, sino también los criterios y motivos no jurídicos que la autoridad ha considerado en el ejercicio de sus facultades discrecionales[22].

El derecho a una buena administración, por consiguiente, incluye el derecho a una motivación adecuadamente razonada, máxime en aquellos casos en los que se estén ejerciendo potestades discrecionales.

3.3. El apartado 3 del art. 41 CDFUE

Encontramos en el apartado 3 del art. 41 una cláusula del tipo reparativo: la posibilidad de acceso por parte del ciudadano a una hipotética acción de indemnización por daños causados por las instituciones de la UE o sus agentes, en el ejercicio de sus funciones, y de conformidad con los principios generales comunes al Derecho de los Estados miembros.

Para determinar las condiciones en las que es posible acceder a la reparación del daño, debemos atender a la jurisprudencia previa[23], que nos indica que la exigencia probatoria dependerá del grado de discrecionalidad del acto.

De esta manera, a los actos administrativos discrecionales se les exige una infracción patente y suficientemente caracterizada de una norma legal superior para que nazca un derecho a reparación de daños.

---

[22] En castellano (traducción propia) indica que: «Un acto administrativo, ya sea escrito o electrónico, debe ir acompañado de una justificación. En la justificación, deben indicarse los motivos fácticos y jurídicos esenciales que llevaron a la autoridad a tomar su decisión. La justificación de las decisiones discrecionales también debe mostrar los criterios que la autoridad consideró al ejercer su discreción».

[23] Es en el asunto *Nölle* donde claramente se aprecia esta mayor exigencia aplicable a los actos con una mayor discrecionalidad, aun refiriéndose al principio de buena administración, y no al derecho, al tratarse de un asunto anterior a la aprobación de la Carta. La empresa Nölle impugnó una decisión del Consejo relacionada con la imposición de medidas *antidumping* sobre productos que dicha empresa importaba. Nölle argumentó, entre otras cosas, que el Consejo no se había atenido al principio de buena administración al no haber actuado de manera justa y transparente en la adopción de dichas medidas. El Tribunal de Primera Instancia recordó que, según reiterada jurisprudencia, en el contexto de los actos dotados de una amplia facultad de apreciación, la responsabilidad de la entonces Comunidad solamente nace si se han rebasado, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades. *Vid*. STPI de 18 de septiembre de 1995, *Nölle contra Consejo y Comisión*, T-167/94, ECLI:EU:T:1995:169. Véanse también SSTJUE de 5 de diciembre de 1979, *Amylum y Tunnel Refineries contra Consejo y Comisión*, asuntos acumulados 116/77 y 124/77, ECLI:EU:C:1979:273, p. 3497, y 5 de diciembre de 1979, *Koninklijke Scholten-Honig contra Consejo y Comisión*, 143/77, ECLI:EU:C:1979:274, p. 3583.

Cuando la discrecionalidad es muy reducida o prácticamente inexistente, por otro lado, no es necesaria tal prueba, al bastar con una mera infracción del Derecho comunitario sin necesidad de que reúna los caracteres de patente y suficientemente caracterizada[24].

Realizando una interpretación forense del precepto, el control del acto administrativo discrecional ha sido configurado jurisprudencialmente como un mecanismo de control por el que, para que el acto pueda ser impugnado por el individuo, se deben cumplir dos premisas. La primera es que el acto sea consecuencia de la infracción de una norma jurídica superior, es decir, entramos en el terreno normativo de la primacía de la norma. La segunda, que la infracción en la esfera jurídica del individuo no ha de ser ya simplemente sustancial, sino que se eleva la categoría dañosa a la de flagrante[25]. El criterio interpretativo tiene, a nuestro juicio, un valor técnico-funcional: evitar un abuso de reclamaciones no motivadas lo suficientemente, que pudiera ocasionar un daño o paralización de la normal actividad orgánica de las instituciones de la UE.

4. LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LOS ESTADOS MIEMBROS

Ciertamente, tanto el art. 41 CDFUE como la jurisprudencia del TJUE parecen coincidir al señalar que, mientras que el principio de buena administración puede tener una aplicación amplia, el derecho, tal y como aparece codificado, debería aplicarse únicamente a las instituciones europeas.

Ahora bien, en lo que a los tribunales nacionales se refiere, la interpretación muta y la distinción entre buena administración como principio y como derecho parece difuminarse.

Algunos de dichos tribunales nacionales de Estados miembros, incluidos los españoles, vienen interpretando el art. 41 CDFUE —el derecho, que no el principio— de manera expansiva, aplicándolo no solo a sus propias administraciones cuando aplican derecho europeo, sino también cuando dichas administraciones actúan en el marco del propio derecho interno[26].

---

[24] Craig (2021: 1143).

[25] *Ibid.*, p. 1144.

[26] En el asunto *Cicala*, antes referenciado, el juez nacional que planteó la cuestión prejudicial sostuvo que la obligación de motivación del art. 41.2.c de la Carta se aplicaba a las actividades de la administración italiana, tanto si aplicaba el Derecho de la Unión como si era en el marco de las competencias propias de la administración. *Ibid.*, nota pie de página 103.

Adicionalmente, ciertos Estados miembros han reconocido el efecto directo de la disposición[27]. Así ha ocurrido, entre otros, en Rumanía, donde el Tribunal Superior de Casación y Justicia señaló que, en virtud del art. 20 de la Constitución rumana[28], el derecho a una buena administración del art. 41 CDFUE es directamente aplicable[29].

También en Países Bajos los tribunales nacionales han manifestado una tendencia parecida. En 2019, actuaron de manera similar, aunque esta vez no usando directamente el art. 41 e invocando el más amplio y abstracto derecho al «buen gobierno», que incluye el derecho a una buena administración. El Tribunal Supremo de los de Países Bajos condenó al gobierno a reducir los gases con efecto invernadero, señalando que el Estado estaba obligado a cumplir con la debida diligencia[30].

En lo que a España se refiere, varios Estatutos de Autonomía, como el de Andalucía, Castilla y León, Cataluña o Illes Balears o Andalucía, han incluido el derecho a una buena administración entre sus disposiciones. La Ley gallega 1/2015, de Garantía de los Servicios Públicos y de la Buena Administración, recoge este derecho. Y lo desarrolla la Ley catalana 19/2014, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en su título V, capítulo II.

Sin embargo, nuestro texto constitucional no contiene ninguna referencia directa al principio. Esto, unido a la ya mencionada restricción de la aplicabilidad del art. 41 a las instituciones europeas, podría conducir a la conclusión de que, más allá de las puntuales disposiciones autonómicas, el derecho a una buena administración carece de impacto significativo en el panorama jurídico estatal.

Ahora bien, lo cierto es que el Tribunal Supremo español —especialmente en materia tributaria— ha realizado una tarea de aplicación de este derecho también a las instituciones nacionales. Así, en numerosas ocasiones lo ha identificado de manera inferencial en los arts. 9.3, 103 y 106 de la Constitución Española, así como en el art. 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público[31].

---

[27] *Newsletter ACA Europe*, núm. 27, abril de 2012, Informe general sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Seminario celebrado en La Haya el 24 de nov. de 2011), p. 137; Hofmann y Mihaescu (2013: 99).

[28] Relativo a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos: «Las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y a las libertades de los ciudadanos se interpretarán y aplicarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los convenios y los demás tratados de los cuales Rumanía sea parte».

[29] Sentencias del Tribunal Superior de Casación y Justicia de Rumanía de 20 de mayo de 2010, 2668/2010, y de 21 de enero de 2011, 118/2011.

[30] Sentencia del Tribunal Supremo de Países Bajos de 20 de diciembre de 2019, 19/00135, ECLI:NL:PHR:2019:887.

[31] La STS 1309/2020, de 15 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3279) señala que «es sabido que el principio de buena administración está implícito en nuestra Constitución

Nos resulta particularmente relevante la STS de 4 de diciembre de 2014[32], que, a su vez, se remite a las SSTS de 20 de diciembre y 15 de noviembre de 2012, al señalar que «el derecho a una buena administración está relacionado con una correcta motivación de las decisiones administrativas y el derecho a comprender dicha motivación. Motivación que debe mostrar la relación lógica de su contenido con la decisión adoptada».

Por otro lado, el TS ha ido incluso algo más allá en su definición y aplicación del principio de buena administración extrayendo del mismo, entre otros, un deber de diligencia[33]. Asimismo, y especialmente en el ámbito tributario, la Sala de lo Contencioso ha relacionado el derecho a una buena administración con, entre otros, la prohibición de enriquecimiento injusto o con el deber de anular de oficio ciertos actos basado en normas contrarias al Derecho de la Unión[34].

También el TJUE y el Tribunal General de la Unión Europea han realizado, en ocasiones, una lectura del derecho a una buena administración que sobrepasaba los límites de la literalidad del art. 41.

Es precisamente la expresión «Este derecho incluye en particular […]», con la que comienza el art. 41.2, la que ha permitido al tribunal europeo, y posteriormente a los tribunales nacionales, entender comprendidos en el art. 41 ciertos derechos y obligaciones que no parecerían pertenecientes a la esfera más inmediata de la buena administración.

(arts. 9.3, 103 y 106), ha sido positivizado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 41 y 42)». Indica también que «constituye, según la mejor doctrina, un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI referido a un modo de actuación pública que excluye la gestión negligente […] y que no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que impone a las Administraciones públicas, de suerte que el conjunto de derechos que de aquel principio derivan (entre ellos, la motivación, el tratamiento equitativo de los asunto y la buena fe), tiene plasmación efectiva y lleva aparejado un correlativo elenco de deberes exigibles». La STS 3699/2021, de 4 de noviembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:3878, por su parte, ha indicado que el principio de buena administración tiene una base constitucional y legal indiscutible con dos manifestaciones: deber y exigencia a la propia Administración, y derecho del administrado, que, como tal, puede hacerse valer ante la Administración. Para un estudio detallado de la doctrina de la Sala Tercera relativa a la buena administración, consúltese Fernández Farreres (2023).

[32] STS 6278/2014, de 4 de diciembre de 2014, ECLI: ES:TS:2014:6278.

[33] Esta interpretación realizada por el Tribunal Supremo español reforzaría nuestra posición acerca de que la locución buena administración ostenta de capacidad impermeable, es decir, la definición no puede ser categórica en tanto en cuanto el término acepta una capacidad de absorber otros principios como: eficiencia, eficacia, diligencia. La STS 1638/2017, de 7 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3971), señala que «la Administración pública no puede permanecer impasible y debe actuar con la diligencia debida propia del derecho a una buena administración».

[34] STS 1016/2020, de 16 de julio de 2020, ECLI: ES:TS:2020:2724.

Es el caso de, por ejemplo, la obligación de confidencialidad a la que el TJUE sujetó a la Comisión en el asunto *Franchet y Byk v. Comisión*[35], su vertiente de garante del derecho de defensa[36] resaltado por la abogada general Kokott, o la obligación de diligencia inherente al principio de buena administración indicada en el asunto *Masdar*[37].

5. SOBRE LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA POLÍTICA EXTERIOR. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

5.1. La protección diplomática

Habiendo realizado el anterior análisis acerca de la trayectoria del principio y derecho a la buena administración, nuestra próxima empresa será reflexionar sobre una posible aplicación en el campo de la política exterior[38] y, especialmente, en la protección diplomática a la luz de las recientes sentencias relativas al conocido como asunto *Couso*.

Tradicionalmente, las decisiones concernientes a la política exterior han tenido un carácter discrecional. Esto encontraba, y encuentra, su razón de ser en lo íntimamente delicadas que son las relaciones internacionales y en la imposibilidad de regular con detalle el comportamiento del ejecutivo en lo que a la política internacional se refiere. El efecto dominó, tan común en las relaciones internacionales, y la imposibilidad de prever la reacción de todos los agentes internacionales a una

---

[35] Los demandantes, Franchet y Byk, invocaron el principio de buena administración para indicar que la OLAF había vulnerado su privacidad al publicar ciertos datos sensibles. El TJUE indicó que, en virtud del art. 41 de la Carta, «la administración debe, por una parte, evitar dar a la prensa informaciones sobre un procedimiento disciplinario que pudieran perjudicar al funcionario de que se trate y, por otra, adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, en el seno de la institución, toda difusión de informaciones que pudieran resultar difamatorias para aquel». Véase STPI de 8 de julio de 2008, *Franchet y Byk*, C-265/17, ECLI: EU:T:2008:257, apdo. 214.

[36] En este sentido, la abogada general Kokott resaltó, refiriéndose al derecho de ciertas empresas a conocer las reflexiones y motivos que llevaron a la Comisión a tomar su decisión, que el derecho a una buena administración implica la conducción de «[…] un procedimiento justo. Sería totalmente incompatible con este principio esencial de justicia que las empresas afectadas, en definitiva, tuviesen que adivinar contra qué deben defenderse». Véanse las conclusiones de la abogada general Kokott de 25 de julio de 2018, C-265/17 P, ECLI: EU:C:2018:628, apdos. 42-43.

[37] El TJUE señaló que «[…] la obligación de diligencia es inherente al principio de buena administración. […] Esta obligación implica que la Administración comunitaria debe actuar con cuidado y prudencia». Véase STJUE de 16 de diciembre de 2008, *Masdar (UK)/Comisión*, C-47/07 P, ECLI:EU:C:2008:726, apdos. 92 y 93.

[38] La conducción de la Política Exterior está encomendada al Gobierno español, conforme al art. 97 CE. Su regulación detallada se encuentra plasmada en la Ley 2/2014, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado.

decisión en concreto, redunda en la justificación de una mayor libertad concedida al Gobierno.

Ahora bien, esa mayor discrecionalidad no implica, o no debería implicar, en ningún caso, absoluta libertad de acción ejecutiva, exenta de control a posteriori de las decisiones gubernamentales en este campo. En la era actual, la globalización y la inmediatez de acción y reacción hacen que las decisiones políticas puedan acabar afectando, ya sea directa o indirectamente, a los individuos.

En concreto, la protección diplomática, no encuentra regulación alguna ni en nuestro ordenamiento jurídico nacional ni en el internacional. Aun tratándose de una herramienta jurídica de gran antigüedad[39], el instrumento jurídico en el que se encuentra la definición de protección diplomática más aceptada no alcanza, tan siquiera, el rango de vinculante, como veremos a continuación.

En efecto, una revisión de las fuentes normativas internacionales nos revela que el único texto relativo a la protección diplomática emanado de un órgano internacional, y el que mejor define y regula la institución, ni siquiera es vinculante.

Se trata del Proyecto de Artículos relativos a la Protección Diplomática, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), y cuyo primer artículo indica que por protección diplomática se entenderá: «[…] 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». Por otro lado, el art. 2 señala que «Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos».

Así, la protección diplomática se configura como un derecho del Estado a realizar actuaciones en favor de un particular. El problema de esta definición reside en que, a falta de legislación nacional sobre esta herramienta jurídica, los Estados pueden libre y discrecionalmente elegir en qué momentos ejercer la protección diplomática y en qué

[39] La protección diplomática nace con Emmerich de Vattel quien en 1758 señaló que quien maltrata a un ciudadano, indirectamente ofende al Estado, el cual debe proteger a dicho ciudadano. Esa ficción jurídica a través de la cual el daño al ciudadano se considera un daño al Estado, sirvió de inspiración para la práctica estatal. Ahora bien, los Estados no adoptaron la teoría de De Vattel en su totalidad, ya que, *de facto*, optaron por transformar ese último «debe proteger al ciudadano» en «puede proteger al ciudadano». Véase DE VATTEL (1758: 309); TORROJA MATEU (2006: 214).

momentos no hacerlo, basándose en ocasiones en criterios arbitrarios y más relacionados con la geopolítica que con el Derecho[40].

También la jurisprudencia internacional se ha decantado por esta interpretación de discrecionalidad absoluta de la protección diplomática. Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el asunto relativo a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, 1924, señaló lo siguiente: «Al asumir la causa de uno de los suyos, al poner en marcha, en su favor, la acción diplomática o la acción judicial internacional, ese Estado hace valer, en realidad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el derecho internacional»[41].

En lo que a España concierne, la protección diplomática no se encuentra regulada por norma alguna[42]. Resulta interesante señalar, empero, que aunque la Constitución española de 1978 no menciona de manera explícita dicho instrumento, un borrador previo[43] sí incluía un artículo concerniente a la obligación del Estado de proteger de manera eficaz a los españoles en el extranjero: el art. 14.2, que establecía que «El Estado dirigirá su acción exterior a la protección eficaz de los españoles en país extranjero, y en especial de los emigrantes, y a conseguir que gocen de los derechos, libertades y prestaciones que aseguren su más amplia equiparación a los ciudadanos del país en que residan»[44].

Por tanto, para tratar de dar respuesta a las controversias que plantea el ejercicio de esta herramienta y su control, se ha de acudir a

---

[40] La CDI, en el Proyecto de Artículos, incluyó un artículo «recomendatorio», el art. 19, en el que instaba a los Estados a «considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se ha producido un perjuicio grave», a «tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener» y a «transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables».

[41] CPJI, «*Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*», serie A, núm. 2, 1924, p. 12. Traducción extraída de Dugard (2013: 3).

[42] La sentencia de la Audiencia Nacional y la posterior confirmatoria del Tribunal Supremo destacan esta dificultad. La Audiencia Nacional hace una referencia a otra sentencia similar, la STS de 6 de octubre de 2004, en la que se señalaba lo siguiente: «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». Esto lleva a la Audiencia Nacional a señalar que el hecho de que la protección diplomática no esté regulada de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico implica que su ejercicio ha de basarse en los valores y principios que puedan destilarse de la Constitución Española. Véase SAN 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019, ECLI:ES:AN:2019:4391, FJ 4.º; y STS 998/2021, de 9 de julio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:998, FJ 3.º.

[43] El borrador puede encontrarse en las Actas de la ponencia constitucional disponibles en el apartado dedicado a la Constitución española en la página web del Congreso: *https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf*.

[44] Díaz Barrado (2016: 173).

la doctrina del Consejo de Estado[45] y a la jurisprudencia relativa a la protección diplomática[46].

Aunque no procede ahora realizar un examen detallado de ambas, señalaremos que, en la perspectiva tradicional de la protección diplo-

[45] Respecto de la doctrina del Consejo de Estado, destaca especialmente el dictamen adoptado en 1990. Teniendo en cuenta que la postura general del órgano consultivo se inclina hacia una visión tradicional de la protección diplomática, este dictamen resulta significativo porque se advierte en él cierto matiz *pro individuo*, al apreciar el Consejo la posibilidad de que una norma establezca la concesión de una indemnización por falta de ejercicio de la protección diplomática. Este dictamen hace también referencia a la legítima confianza en que el Estado no dejará desasistidos a sus nacionales por el hecho de haber abandonado el territorio español. Véase Dictamen del Consejo de Estado núm. 54274, «Formalización eventual del ejercicio de la protección diplomática frente a Suiza de la menor de nacionalidad española», abril de 1990. Para un análisis más amplio de lo uno y lo otro, véase Vázquez Rodríguez (2020).

[46] En lo que a la casuística judicial se refiere, el Tribunal Supremo había resuelto con anterioridad al asunto *Couso* numerosos asuntos relativos a la protección diplomática. Uno de ellos concernió a un grupo de españoles contra los cuales el Gobierno guineano tomó diversas represalias derivadas de ciertos actos anteriores de organismos públicos españoles El Tribunal Supremo hizo referencia al principio de solidaridad, que impide que deban asumirse por el ciudadano cargas sociales injustas o extraordinarias, si bien finalmente apoyó la decisión de indemnizar, principalmente, en el hecho de que el acto de represalia del tercer Estado vino ocasionado causalmente, a su vez, por una actuación previa de las autoridades españolas, unido todo ello a la inactividad posterior a la hora de ofrecer la adecuada protección. Esta vinculación causal a una actuación anterior de España fue confirmada por el Tribunal Supremo en 2003 y 2004. En otras ocasiones este mismo Tribunal ha admitido la responsabilidad del Estado en casos en los que la lesión al particular por las autoridades extranjeras no era susceptible de interpretarse como un acto de represalia. No obstante, también en tales supuestos seguía existiendo una vinculación causal del Estado español con el daño, aunque fuera en la forma de una falta de diligencia por parte de aquel. Es el caso de la Sentencia de 1986, referida al apresamiento de buques españoles por el gobierno de Mauritania. En diciembre de 1979, el gobierno de Mauritania y el gobierno español se encontraban en medio de unas arduas negociaciones con vistas a la aprobación de un tratado relativo a la pesca. El gobierno español tenía el deber en ese momento de prever de manera muy escrupulosa a sus nacionales «las consecuencias de su conducta por la más que probable realización por la Administración mauritana de actuaciones tales como apresamientos antijurídicos, pero significativos en el plano de las relaciones internacionales y de las negociaciones en curso que eran competencia del Estado». Para ello, el gobierno español avisó a los pesqueros que faenaban al norte del Cabo Blanco de que cesaran su actividad. Ante esto, ciertos barcos consultaron al gobierno sobre la posibilidad de trasladar la pesca a una zona sureña, aun dentro del mar territorial mauritano. El gobierno dio su aprobación señalando que no habría ningún problema. Obrando en consecuencia, dos pesqueros españoles trasladaron su actividad a dicha zona. Poco después, fueron apresados y se les obligó a fondear en puerto de Mauritania. Allí, los barcos acabaron hundiéndose por falta de mantenimiento. Los dueños de los barcos pidieron al Estado español daños y perjuicios por la falta de ejercicio de protección diplomática, herramienta que, adujeron, podría haber impulsado a las autoridades mauritanas a liberar las dos embarcaciones. La sentencia concedió la indemnización solicitada, modulada haciendo uso del coste de oportunidad que el no ejercicio de la protección diplomática generó. Véase SSTS 2914/1974, de 16 de noviembre, ECLI: ES:TS:1974:2914; 7934/2003, de 10 de diciembre, ECLI: ES:TS:2003:7934; 6259/2004, de 6 de octubre, ECLI: ES:TS:2004:6259; 14540/1986, de 29 de diciembre, ECLI: ES:TS:1986:14540.

mática en el contexto nacional, hay dos características que hemos de tener en cuenta:

1. Se adopta la visión tradicional de que la protección diplomática es un derecho del Estado.

2. Se exigía, hasta el asunto *Couso*, un nexo causal, esto es: para el ejercicio de la protección diplomática era necesario que el daño sufrido por el particular hubiera sido causado a modo de represalia por un comportamiento previo del Estado español.

5.2. El asunto *Couso*

Nos encontramos ya en el corazón de la cuestión que nos ocupa: relacionar los conceptos de «buena administración» y «política exterior» a tenor del bloque normativo y la doctrina anteriormente analizada.

Antes de comenzar, resulta necesario examinar las siguientes cuestiones previas:

1. La buena administración tal y como se encuentra positivizada en nuestro ordenamiento, solo se refiere a las actuaciones de las Administraciones, aunque ciertos autores señalan que se debería aplicar a toda manifestación de poder llevada a cabo tanto por el Gobierno como por la Administración[47].

2. Los actos concernientes a la política exterior son actos de gobierno, actos políticos. El art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa otorga al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con, entre otros, «[…] la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno, cualquier que fuese la naturaleza de dichos actos».

3. El art. 35 de la LPAC, antes referido, se refiere a la obligatoriedad de motivación de actos administrativos. Por tanto, cuando el Gobierno, en su faceta administrativa, emite un acto, este debe contener el elemento reglado de la motivación.

Dicho esto, planteamos aquí el debate sobre la sujeción a control judicial de los actos de gobierno, refiriéndonos en este caso a la protección diplomática y a la luz de la reciente, y bastante novedosa en su contenido, STS 998/2021[48], asunto *Couso*[49].

---

[47] Rodríguez Arana (2013: 40).

[48] STS 998/2021, de 9 de julio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:3026.

[49] La reciente secuencia de acontecimientos viene reflejada en los Antecedentes de la citada Sentencia. Muy brevemente. En el año 2003, el periodista español José Couso se encontraba

La sentencia desestima el recurso de casación contra la SAN 4391/2019[50], y, como veremos a continuación, parece abrir la puerta a la aplicación del derecho a una buena administración a la protección diplomática, al convertir a esta última en una decisión administrativa, y no política.

No es baladí la categorización de la acción del Gobierno, puesto que la motivación, en caso de que el acto fuese gubernamental o político, no sería un elemento reglado controlable por los jueces y estaría, por tanto, exento de ulterior responsabilidad patrimonial en caso de faltar la primera.

La sentencia confirmatoria se aleja de las dos características que, hasta entonces y como antes hemos señalado, los tribunales españoles habían conferido a la protección diplomática —su carácter discrecional y la exigencia de un nexo de causalidad— abriendo la puerta a una posible judicialización del acto de la política exterior.

El fallo de la sentencia de la AN es del tipo condenatorio, puesto que la Sala en primera instancia obliga —y más tarde confirma el TS— al Estado a resarcir a la familia del periodista con una cantidad dineraria en concepto de indemnización por la *falta* de ejercicio de la protección diplomática[51].

Ahora bien, el TS difiere enormemente en la *ratio decidendi* de lo sostenido por la AN[52]. Este desplazamiento argumentativo no es en absoluto inane a la hora de encarar las consecuencias prácticas que estas decisiones judiciales pueden llegar a suponer.

La *ratio decidendi* del TS para motivar su sentencia resarcitoria convierte a la protección diplomática en una decisión administrativa, elevándola incluso a la categoría de servicio público.

Así, en su FJ 2.º, comienza señalando lo siguiente: «Lo que se nos impone en este recurso es determinar si puede considerarse la protección diplomática un auténtico servicio público que deba prestar la

---

en Bagdad, cubriendo la invasión estadounidense de la capital de Irak. Por recomendación del ejército norteamericano, los periodistas internacionales, incluido Couso, se alojaban en el Hotel Palestina. El 8 de abril de ese mismo año, un tanque estadounidense disparó sobre el hotel, causando la muerte del periodista español. Ciertos grupos civiles y políticos realizaron múltiples peticiones al Gobierno con el objetivo de que ejerciera protección diplomática a favor de la familia de Couso, de manera que el Estado español solicitara al estadounidense información más exhaustiva sobre lo ocurrido y, en su caso, responsabilidad por los daños causados.

[50] SAN 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019, ECLI:ES:AN:2019:4391.

[51] Es conveniente señalar que la indemnización no se concede por la muerte del periodista, sino por la falta de ejercicio de protección diplomática.

[52] Aunque no procede en este momento realizar un análisis detallado de la sentencia de la Audiencia Nacional, podemos indicar muy someramente que la Audiencia Nacional se apoyó principalmente en el hecho de que se había producido un reparto de las cargas sociales manifiestamente desigual.

Administración del Estado —que es la que tiene asumida la política exterior, conforme se dispone en el art. 97 de la Constitución».

Nos resulta llamativo el uso del término «Administración del Estado» en vez de Gobierno —que es lo que señala el art. 97 CE—, pareciendo ya desdibujar la línea que separa la actividad administrativa del Gobierno de la puramente política.

La Sala es consciente de que la protección diplomática es una potestad del Gobierno («la mención es relevante porque pone de manifiesto que la protección diplomática en nuestro Derecho era un asunto del Gobierno, a quien corresponde su ejercicio»[53]) y, sin embargo, elige señalar que la política exterior es ejercida por la Administración del Estado.

Por tanto, se nos plantea la siguiente cuestión: ¿Se trataría, simplemente, de una desafortunada elección de palabras y donde se dice Administración del Estado hemos de leer o interpretar Gobierno?

Un análisis algo más profundo de la sentencia revela que no parece ser un error semántico, y es que el TS, en múltiples ocasiones, considera el ejercicio de protección diplomática una actividad administrativa, y, con ello, condena al Gobierno por la falta de motivación y la pérdida de oportunidad que esta generó en los demandantes.

Así, se señala que:

> […] se necesitarían poderosos argumentos para justificar que, concurriendo los presupuestos de ese derecho a la protección diplomática, el Estado no lo ejerciera, y grandes razones de motivación serían necesarios frente a sus ciudadanos para hacer dejación de tal mecanismo jurídico[54].

Posteriormente:

> […] esa potestad administrativa discrecional debe obedecer a las exigencias que impone nuestro Derecho interno para el ejercicio de dichas potestades, en concreto, la necesidad de motivar la elección de dicho medio, conforme a la regla general que se impone en el art. 35.1.i) de la LPAC[55].

También:

> […] reiterada jurisprudencia de este Tribunal en orden al control de las potestades discrecionales de la Administración, que deberá realizarse por vía de la motivación[56].

---

[53] STS 998/2021, FD. 3.º.
[54] *Ibid.,* FD 4.º.
[55] *Ibid.,* FD 5.º.
[56] *Ibid.,* FD 5.º.

Más aún, el último párrafo de la sentencia señala que:

> La discrecionalidad en nuestro Derecho no comporta una libertad absoluta de la Administración para adoptar una decisión que pudiera incurrir en la arbitrariedad, al apartarse de los fines para los que se confiere esa potestad. De ahí la necesidad de la motivación que, habiéndose omitido, genera el funcionamiento de los servicios públicos, generando el daño que no es el ocasionado por el fallecimiento del padre y esposo, sino la pérdida de oportunidad de que estos hubiesen obtenido la reparación del daño ocasionado[57].

Así pues, el Tribunal avala la defensa forense realizada por parte de la familia Couso, cuya base jurídica viene recogida en la denominada pérdida de oportunidad ocasionada por el no ejercicio de la protección diplomática. Como ya señalamos anteriormente, y siguiendo a la abogada general Kokott, el derecho a una defensa adecuada, ligada necesariamente al conocimiento exacto de los motivos que impulsaron a la administración a decidir, es una de las vertientes del derecho a una buena administración.

El TS no desconoce que la protección diplomática es un elemento propio de la política exterior y, sin embargo, exige una motivación por la falta de su ejercicio. Hace suyas las palabras de la sentencia recurrida en casación, «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»[58].

Adicionalmente, sobre toda la sentencia parece sobrevolar la idea de la buena administración, realizando el Tribunal Supremo alusiones constantes que recuerdan a lo anteriormente expuesto sobre el citado término.

Por un lado, porque la Sala se apoya en todos los artículos de los que, como la misma había señalado en jurisprudencia pasada, se infiere el derecho a una buena administración. Por otro, porque afirma que la protección diplomática es una función de la Administración y le aplica exigencias propias del derecho a una buena administración. Por último, porque la sentencia elige recordar que la acción exterior ha de orientarse a la prestación de un servicio público de calidad.

La Sala acaba fallando que no ha lugar al recurso de casación, y confirma que la falta de motivación del —en el parecer de la Sala— acto administrativo produjo una pérdida de oportunidad indemnizable.

Lo cierto es que no podemos olvidar la clara influencia que tuvo en ambos tribunales el hecho de que el bien jurídico vulnerado en origen

---

[57] *Ibid.,* FD 7.º.

[58] SAN 4391/2019, FD 15.º.

fuera la vida e, incluso —como señala la Audiencia—, la libertad de prensa[59]. Es probable que precisamente la relevante naturaleza del primero, así como la fuerza expansiva de los derechos fundamentales y el cada vez mayor control ejercido sobre las potestades discrecionales, condujera a las respectivas Salas a entender que, en estos casos, los actos del Gobierno debían considerarse de la Administración para así poder someterlos a un mayor control. En un intento de frenar la interdicción de la arbitrariedad y garantizar la protección de los derechos fundamentales, el TS podría haber comenzado a administrativizar una de las facultades más políticas del Estado.

Ahora bien, lo cierto es que la Sala en ningún momento señala que estas sean las razones que han podido fundamentar este criterio tan peculiar.

Quizás el TS podría haber alcanzado un resultado similar si hubiera acudido a la posible aplicación directa del derecho a la buena administración —recordemos que ya lo ha aplicado con anterioridad y lo entiende incluido en ciertos preceptos constitucionales— o, incluso, del principio de buena administración.

De esta manera, se podría haber argumentado que este principio exige una motivación, entre otras cosas, y que su ausencia causa una pérdida de oportunidad indemnizable sin haber tenido que recurrir a la conversión de la protección diplomática en servicio público. O, incluso, que se ha producido un reparto manifiestamente desigual de las cargas sociales que activa el deber de diligencia derivado del principio de buena administración, y que a su vez genera un deber de indemnización a los perjudicados.

Lo cierto es que la consideración de la protección diplomática como servicio público abre la puerta a la aplicación del derecho a una buena administración —y de todos los derechos incluidos en él— en todas sus facetas. Quizás, la más importante y la que cambiaría por completo la tradicional institución de la protección diplomática: el derecho a ser oído. Uno de los elementos más importantes, y más criticados, de la protección diplomática era, precisamente, que el individuo no puede ni exigir ni, tan siquiera, protestar, en el procedimiento de toma de decisión para el ejercicio, o no, de la protección diplomática. Con esta nueva configuración se permite que el particular pueda intervenir en la toma de decisión concerniente a la protección diplomática.

Esto implicaría que todos los derechos contenidos en el derecho de buena administración, —incluido, a su vez, en los artículos individuali-

[59] Así, la AN señala que «se afectaba 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 a dispensar dicha protección alcanzaría grado superlativo». *Vid.* SAN 4391/2019, FD 14.º.

zados por el TS— serían exigibles, produciéndose un muy significativo cambio a la hora de proceder en la toma de decisiones de un sector de la política tan relevante como es la acción exterior del Estado.

6. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, podemos realizar las siguientes conclusiones:

1. Buena administración y política exterior son dos conceptos abstractos y de compleja simbiosis jurídica. La posible aplicación de buena administración como derecho, debe necesariamente llevar intrínseco un deber de motivación suficiente.

2. La política exterior es un pilar fundamental en un Estado, y las decisiones tomadas en su contexto tienen la capacidad de afectar, directa o indirectamente, en la esfera privada del particular.

3. La buena administración, en su doble vertiente de principio y derecho, ha comenzado a irrumpir en los tribunales de los Estados miembros, ya sea a través de su aplicación directa, ya sea entendiéndose incluida en preceptos del ordenamiento jurídico nacional. En el caso de España, el TS viene entendiéndola incluida en los arts. 9.3, 103 y 106 de la Constitución Española, así como en el art. 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

4. La nueva configuración de la protección diplomática como servicio público realizada en la STS 998/2021, de 9 de julio de 2021, abre la puerta a la exigencia de todos aquellos derechos incluidos dentro del derecho a una buena administración, incluidos el derecho a una motivación suficiente y a ser oído, alterando completamente la naturaleza de la institución y dando pie la posibilidad de futuras reclamaciones indemnizatorias similares a la concedida en el asunto *Couso*.

7. BIBLIOGRAFÍA

Craig, P. (2021). «Article 41. The Right to Good Administration». En S. Peers, T. Hervey, J. Kenner y A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, pp. 1125-1151. Oxford: Hart Publishing.

De Vattel, E. (1758). *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle.* Washington D. C.: Carnegie Institution.

Díaz Barrado, C. M. (2016). «La protección diplomática en el Derecho internacional contemporáneo: cuestiones generales». *Anuario de Derecho Diplomático y Consular*, 1, pp. 163-182.

Dugard, J. (2013). «Artículos sobre protección diplomática». *United Nations Audiovisual Library of International Law*.

Fernández Farreres, G. (2023). «El principio de buena administración según la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo». *Revista española de derecho administrativo*, 230, pp. 11-34.

Hofmann, H. C. H. y Mihaescu, B. (2013). «The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case». *European Constitutional Law Review*, 9, pp. 73-101.

Kristjánsdóttir, M. V. (2013). «Good Administration as a Fundamental Right». *Icelandic Review of Politics and Administration*, 9(1), 237-255.

Marcos Martínez, E. (2023). «Privacidad y proceso penal: el impacto de la era digital en el proceso». En Nicolás García, J. N., Sigüenza López, J. y Giner Alegría, C. A. (dirs.), *Estudios jurídicos y criminológicos: Homenaje a Juan José Nicolás Guardiola,* pp. 363-377. Cizur Menor: Aranzadi.

Ponce Solé, J. (2023). «El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos». *Revista de Administración Pública*, 221, pp. 163-182.

Rodríguez-Arana, J. (2013). «La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa». *Revista Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, 6(6), pp. 23-56.

Vázquez Rodríguez, B. (2020). «Protección diplomática y responsabilidad patrimonial del Estado: a propósito del asunto Couso». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 39.

Viñuales Ferreiro, S. (2014). «La constitucionalización del derecho a una buena administración en la UE: ¿Nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo?» *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 27, pp. 321-340.