

LOS “DERECHOS CONSULARES” DE LOS EXTRANJEROS DETENIDOS: ¿NUEVAS CARTAS EN LA BARAJA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

CONSULAR RIGHTS OF ALIEN DETAINEES: NEW CARDS IN THE FUNDAMENTAL RIGHTS DECK?

Eulalia W. Petit de Gabriel*

Sumario: I. EL DERECHO CONSULAR, UN SECTOR EN PERMANENTE DESARROLLO PROGRESIVO. II. LA NATURALEZA DE LOS “DERECHOS CONSULARES” DE LOS DETENIDOS EN EL EXTRANJERO: UNA PARTIDA DE CARTAS JUDICIAL. III. UNA MESA DE JUEGO CADA VEZ MÁS ANIMADA: HACIA UNA REGULACIÓN EUROPEA COMÚN DE LOS “DERECHOS CONSULARES”. IV. JUEGO DE MANOS, JUEGO DE VILLANOS: LA DISPAR REGULACIÓN DE LOS “DERECHOS CONSULARES” FUERA DEL ÁMBITO PENAL EN EL DERECHO ESPAÑOL. V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿UN ENVITE REGIONAL A MEDIO JUGAR?

RESUMEN: El art. 36.1.b) de la Convención de Viena de Relaciones Consulares de 1963 establece los que llamamos en este trabajo “derechos consulares” de los detenidos en el extranjero. Durante décadas no fue objeto de especial atención a pesar de que se adoptó *in extremis* en la conferencia internacional de 1963, subrayando su naturaleza de desarrollo progresivo tanto entonces como ahora. En los últimos veinte años, varios pronunciamientos judiciales internacionales (de tribunales diversos: Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) han suscitado, entre otras cuestiones, la conexión de estos derechos con el derecho a la libertad así como con el derecho a un juicio justo y las garantías de la defensa como derechos humanos. Además, los “derechos consulares” han sido objeto de desarrollo normativo en el ámbito regional europeo. Por ello, hemos considerado de interés hacer un análisis del *status quo* en la Unión Europea y España. Este trabajo analiza

Fecha de recepción del original: 10 de marzo de 2017. Fecha de aceptación de la versión final: 20 de mayo de 2017.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla, eulalia@us.es. La autora agradece especialmente los comentarios y sugerencias de los revisores del trabajo que han permitido enriquecer y mejorar la documentación y reflexiones contenidas en el mismo.

En el presente trabajo, las notas a pie de página que contienen referencias bibliográficas múltiples sobre una cuestión concreta son objeto de ordenación cronológica. Así, se menciona en primer lugar la obra de la que se toma la idea o la cita, y a continuación las demás obras de referencia, de más antigua a más moderna. Por ello, puede darse el caso de que obras de un mismo autor pueden no aparecer citadas consecutivamente. Entiende la autora de estas líneas que el criterio de ordenación histórico en el tratamiento de cada tema es más significativo que el alfabético (más propio de una bibliografía final que de una nota a pie de página).

también la normativa interna española sobre los supuestos de detención no penal, que suelen ser obviados en los estudios sobre asistencia consular. Con todo ello, propondremos una valoración final sobre la naturaleza de los derechos consulares y sus consecuencias en la actualidad.

ABSTRACT: Article 36.1.b) of the Vienna Convention on Consular Relations of 1963 defines the “consular rights” we will reflect upon in this essay. They have not merited special attention for decades, although their adoption was achieved in extremis during the 1963 international conference. They are a clear example of progressive development of the Law of Consular Relations, both then and nowadays as they have been developed through recent international jurisprudence (at different courts: Inter-American Court of Human Rights, International Court of Justice and European Court of Human Rights). These tribunals have established relevant connections between these consular rights and the guarantees in case of detention and the right to a fair trial. Along with the jurisprudence, the European Union has ruled on those rights in several instruments, and Spain more or less accordingly, strengthening the connection with the idea of fundamental rights. The essay analyses national rules for non-criminal detention cases, too, before concluding on the present nature and effect of the consular rights.

PALABRAS CLAVE: Garantías procesales. Convención de Viena de Relaciones Consulares. Derechos de información, comunicación y asistencia consular. Privación de libertad. Desarrollo progresivo del Derecho consular. Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

KEYWORDS *Procedural rights. Vienna Convention on Consular Relations. Right to Information and Communication with Consular Authorities. Deprivation of Liberty. Progressive Development of the Law of Consular Relations. Area of Freedom, Security and Justice.*

“During his detention in the respondent State, the applicant did not have access to a lawyer, nor was he allowed to contact his family or a representative of the German embassy in the respondent State, as required by Article 36 § 1(b) of the Vienna Convention on Consular Relations. (...)

Having regard to the above finding (...), the Court concludes that during that period the applicant was held in unacknowledged detention in complete disregard of the safeguards enshrined in Article 5, and that this constitutes a particularly grave violation of his right to liberty and security as secured by Article 5 of the Convention”.

European Court of Human Rights, 2012¹

I. EL DERECHO CONSULAR, UN SECTOR EN PERMANENTE DESARROLLO PROGRESIVO

Como ha afirmado Vilariño Pintos la institución consular "que tiene desde sus orígenes un carácter permanente, precede en buen número de siglos a la aparición de la diplomacia permanente, siendo así la primera institución estable en el exterior"². No

¹ *El Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, [GC], nº 39630/09, ECHR 2012.

² VILARIÑO PINTOS, E., *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, Madrid, Tecnos, 2016, p. 83. La misma idea ya la expresaba ZOUREK, relator de la CDI para el tema de las relaciones consulares, en el

obstante las múltiples manifestaciones históricas de la institución consular en la Antigüedad y en la Edad Media, la concepción moderna de la misma como "órgano del Estado que se establece, para actuar en su nombre, no sólo directamente ante los connacionales, sino también para su asistencia y protección ante las autoridades locales de residencia" se desarrolla entre los siglos XIV y XV³.

Aunque por su antigüedad pudiera pensarse que la institución consular ha estado tradicionalmente regulada por normas consuetudinarias, la realidad ha sido siempre el predominio de las normas convencionales, básicamente bilaterales⁴. Los primeros intentos de codificación proceden del ámbito privado⁵: Bluntschli (1868)⁶, Field (1876)⁷ o Fiore (1890)⁸ recogieron en sus respectivas codificaciones artículos consagrados a la institución consular. Con posterioridad, tanto el Instituto de Derecho Internacional (1888-1896⁹ y, nuevamente en 1927¹⁰), como el Instituto Americano de Derecho

curso que impartió en la Academia de La Haya en 1962, "Le statut et les fonctions des consuls", *R.C.A.D.I.*, 1962, tomo 106, p. 367.

³ VILARIÑO PINTOS, E., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, 2016, pp. 86 y ss. Sobre la evolución histórica de la institución consular puede verse ZOUREK, J., "Le statut et les fonctions ...", *op. cit.*, 1962, pp. 370-385; MARESCA, A., *Relazioni consolari*, Madrid, Aguilar, 1974, pp. 13-26; TORROBA SACRISTÁN, J., *Derecho Consular: guía práctica de los consulados de España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1993, pp. 3-13; DE YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores. Compendio de Derecho Diplomático y Consular*, Escuela Diplomática, 2015, pp. 214-225. Sobre la contribución específica de España a la historia consular, puede verse el interesante y completo trabajo de NÚÑEZ HERNÁNDEZ, J., *La función consular en el derecho español*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1980.

⁴ En 1934, Graham STUART afirmaba en relación con las normas que regían las relaciones consulares que "les mesures en vigueur aujourd'hui tout comme au Moyen Age s'appuient surtout sur les traités et les conventions», en «Le Droit et la pratique diplomatiques et consulaires», *R.C.A.D.I.*, 1934, tomo 48, p. 498. Antes que este, el curso pronunciado en la Academia de La Haya en 1930 por el Baron A. Heyking presenta la curiosidad de basarse en la práctica, dado que en ese momento no están aún elucidados las normas generales en la materia. Así, escribe este diplomático ruso del antiguo régimen zarista retirado en 1918 que "[c]'est à la doctrine du droit de gens de mettre en lumière la présence de ces principes généraux [des services consulaires]» (en cursiva en el original), deduciéndolos de la práctica de los Estados, las normas internas y los tratados consulares concluidos por los distintos Estados, en HEYKING, "La théorie et la pratique des services consulaires", *R.C.A.D.I.*, 1930, tomo 34, p. 816.

⁵ Sobre la historia de la codificación del Derecho Consular, puede verse, STUART, G., «Le Droit et la pratique ...», *op. cit.*, pp. 499-501; AHMAD, M. A., *L'institution consulaire et le droit international*, Paris, L.G.D.J., 1973, pp. 50-63.

⁶ En su "Code de Droit International" dedica los artículos 244 a 275 a las relaciones consulares, analizando tanto las funciones como las inmunidades y privilegios consulares: BLUNTSCHLI, J. C., *Le droit international codifié*, trad. C. Lardy., 3ª ed. Paris, Librairie Gillaumin, 1881.

⁷ FIELD, D. D., *Outlines of an International Code*, 2ª ed., Nueva York, 1876, pp. 58-77. En sus artículos 159 a 185 codifica lo relativo al nombramiento, las funciones e inmunidades de los Cónsules.

⁸ FIORE, P., *Le droit international codifié et sa sanction juridique: suivi d'un résumé historique des principaux traités internationaux*, trad. A. Chrétien, Paris, 1890. En los artículos 475 a 529 se ocupa de los Cónsules, estudiando las características, el establecimiento de consulados, las funciones consulares (poderes y deberes de los Cónsules), y sus prerrogativas internacionales.

⁹ El Instituto designó como relator especial a Engelhardt, y trató la cuestión durante sus sesiones de Lausana (1888), Hamburgo (1891), Ginebra (1892) y Venecia (1896): *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. X, 1888-1889, pp. 272-309; *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. XI, 1891-1892, pp. 348-394; *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. XII, 1892-1894, pp. 275-281; *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. XV, 1896, pp. 272-309. En esta última sesión se

Internacional (1925)¹¹, la Asociación de Derecho Internacional (1926¹² y 1928¹³) o la Harvard Law School (1928)¹⁴, desarrollaron aspectos codificadores del Derecho Consular.

A partir de estos trabajos comenzaron los intentos codificadores intergubernamentales. Los primeros esfuerzos de este tipo se produjeron en ámbitos regionales como el latinoamericano, en el que se aprobó el 18 de julio de 1911 la Convención de Caracas, firmada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela¹⁵. Se trata de un tratado breve (cinco artículos) que regula el estatuto y funciones consulares. Posteriormente, la Comisión Interamericana de Juristas, en su reunión de Río de Janeiro de 1927, preparó un proyecto de tratado de 26 artículos. Mucho más completo que el anterior, sirvió de base a la Sexta Comisión panamericana para elaborar una convención de 25 artículos en su reunión de La Habana de 1928¹⁶. Este proyecto trataba del nombramiento y funciones consulares, de las prerrogativas y de la suspensión y terminación de las mismas. Firmado el tratado el 20 de febrero de 1928 por todos los países americanos, en diciembre de 1932 había sido ratificado por Brasil, Colombia, República Dominicana, México, Nicaragua, Panamá y Estados Unidos de América.

En el ámbito universal, en 1926 el “*Comité de Expertos para la codificación progresiva del Derecho Internacional*” estableció una primera lista de siete temas apropiados para su codificación entre los cuales se encontraban los privilegios e inmunidades diplomáticos. Con posterioridad, se incluyó asimismo la cuestión del régimen jurídico consular. El informe del subcomité (integrado por Guerrero y Mastny) apoyó la viabilidad de la elaboración de una convención general en la materia. Tras la sumisión de un cuestionario a los Estados, la Sociedad de las Naciones consideró que el tema era susceptible de codificación, aunque no llegó a realizarse conferencia alguna al respecto.

aprobó tras largas discusiones un proyecto final de reglamento de 21 artículos sobre las inmunidades consulares.

¹⁰ *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1927, tomo I, pp. 417-454: en un informe sobre inmunidades diplomáticas y consulares, David H. Hill constató que en materia de inmunidades consulares no había desarrollos prácticos que ampliaran o modificaran el contenido de los artículos aprobados en Venecia en 1896.

¹¹ Proyecto de once artículos adoptado por el Instituto y luego enviado a los gobiernos de los Estados americanos por la intermediación de la Unión Panamericana, *American Journal of International Law*, special supplement, 1926, vol XX., pp. 356-357.

¹² Karl STRUPP presentó en la Asociación de Derecho Internacional un proyecto de Convención sobre inmunidades que contenía un par de artículos relativos a los Cónsules, considerando que sólo gozaban de estas sobre la base de convenciones bilaterales específicas: *The International Law Association*, Report of the 34th Conference, Londres, 1927, p. 433.

¹³ El informe fue presentado en este caso por W. WEHR, quien propuso un proyecto de convención consular multilateral de 24 artículos, relativos al establecimiento de consulados, a las inmunidades privilegios y a la funciones: *The International Law Association*, report of the 35th Conference in Varsaw 1928, Londres, 1929, pp. 356-375.

¹⁴ Q. WRIGHT preparó un proyecto de 34 artículos sobre la función consular con una importante documentación en los comentarios a los artículos, *American Journal of International Law*, vol. 26, 1932, pp. 191-375.

¹⁵ *American Journal of International Law*, vol. 26, 1932, pp. 381-383.

¹⁶ S.D.N., *Recueil des Traités*, vol. 155, 1934-1935, n° 3582.

Así, el tema del régimen consular -incluida la cuestión de las funciones de asistencia consular que aquí nos interesa- constituyó una de las catorce materias cuya codificación constituyó la agenda inicial de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en 1949, bajo el título de “*Relaciones e inmunidades consulares*”¹⁷. El estudio del tema no comenzó hasta 1955, con Zourek como relator especial. Tras tres informes, el segundo de los cuales contenía un proyecto de artículos provisional, el texto fue adoptado por la Comisión en 1961¹⁸. La Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante su resolución 1685 (XVI) decidió convocar una Conferencia en Viena que debía comenzar en marzo de 1963. Los trabajos de la conferencia terminaron el 22 de abril de 1963: dos días después, el 24 de abril, se adoptó por unanimidad la Convención de Viena de Relaciones Consulares (en adelante CVRC’63)¹⁹, compuesta por 73 artículos y dos Protocolos facultativos²⁰, así como tres resoluciones.

La mayor parte de la doctrina especializada ha afirmado que este tratado “*en razón de su formación y origen de las normas del Derecho Consular, tiene más de desarrollo progresivo que de codificación estricta*”²¹. En este trabajo queremos mostrar cómo ese

¹⁷ Doc. A/CN. 4/SR. 1/G.38.

¹⁸ *Annuaire de la Commission de Droit International*, 1957, vol. II, pp. 81-118 (Doc. A/CN. 4/108); *Annuaire de la Commission de Droit International*, 1960, vol. II, pp. 2-37 (Doc. A/CN. 4/131); *Annuaire de la Commission de Droit International*, 1961, vol. II, pp. 57-78 y pp. 134-177 (Doc. A/CN. 4/137). La CDI ha presentado el proyecto aprobado como segundo capítulo de su informe anual a la Asamblea General, *Annuaire de la Commission de Droit International*, 1961, vol. II, pp. 92-133 (Doc A/4843).

¹⁹ Doc. Of. A/Conf. 25/16, Add. 1, vol. II, pp. 179-192.

²⁰ Protocolo sobre la adquisición de nacionalidad (A/Conf. 25/14) y Protocolo sobre el arreglo obligatorio de controversias (Doc. A/Conf. 25/15), cuyo artículo primero es la base jurisdiccional en la serie de casos en estudio.

²¹ VILARIÑO PINTOS, E., *Curso de Derecho ...*, *op. cit.*, 2016, p. 122. VILARIÑO se hace así eco del conjunto de la doctrina especializada. Así, con anterioridad, el propio ZOUREK en su curso de 1962 en la Academia de La Haya ponía de manifiesto (con el proyecto de artículos de la CDI ya adoptado y la Conferencia internacional convocada por la Asamblea General) la indeterminación doctrinal sobre qué funciones consulares derivaban del derecho internacional o de qué privilegios e inmunidades gozaban los cónsules en virtud del Derecho internacional general, en “*Le statut et les fonctions ...*”, *op. cit.*, p. 368 y nuevamente en pp. 386-387, donde analiza que mientras algunas funciones son seculares, otras no se han desarrollado como derecho consuetudinario hasta después de la primera guerra mundial. TORRES BERNARDEZ, en 1963, ya ponía de manifiesto los aspectos más controvertidos a lo largo de la Conferencia de 1963, lo que traslada la idea de que no era una «codificación» en el sentido estricto y no era pacífica, en “*La Conférence des Nations Unies sur les Relations Consulaires (Vienne, 4 mars – 22 avril 1963). La Convention de Vienne sur les Relations Consulaires*», *Annuaire Français de Droit International*, 1963, n° IX, pp. 78-118. LEE sostiene que en la CV’63 se alcanzó un equilibrio entre *lex lata* y *lege ferenda* en interés del desarrollo progresivo del Derecho internacional, señalando a lo largo de su obra los aspectos en los que la CV’63 recogía o se separaba de la práctica anterior, en LEE, L. T., LEE, L. T., *Vienna Convention on Consular Relations*, A. W. Sithoff, Leyden, 1966, p. 218. Con posterioridad, cuestionan la supuesta naturaleza codificadora de la CV’63 MARESCA, A., “*Considérations sur les derniers développements du droit diplomatique et consulaire*”, *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1965, p. 325; LEE, L. T., «*Vienna Convention on Consular Relations*», *International Conciliation*, 1969, n° 572, p. 41; MARESCA, A., “*Les relations consulaires et les fonctions du consul en matière de droit privé*», *R.C.A.D.I.*, 1971, tomo 134, pp. 122-123, donde indica que «*cette convention de portée universelle a opéré la codification du droit consulaire. Et elle a accompli cette codification dans un sens progressif: elle ne s’est pas limitée à déclarer par écrit les règles de droit consulaire coutumier, mais elle a tâché de donner une solution aux problèmes posés par les nouvelles réalités de la vie internationale moderne*» (en cursiva en el original lo que aquí figura

carácter de desarrollo progresivo, que desde luego se predica de los que denominamos aquí “derechos consulares”, no quedó “congelado” en la CVRC’63. La función consular de asistencia a los nacionales detenidos en el extranjero recogida en el artículo 36.2 de la Convención de Viena constituye hoy un núcleo de desarrollo progresivo permanente. Con ella, se ponen en relación un sector del Derecho internacional público que traduce la estructura interestatal del Derecho internacional tradicional –el Derecho consular- y las manifestaciones de humanización de este derecho, fundamentalmente, la protección de los derechos humanos y fundamentales.

Esta función de asistencia, antiguamente catalogada por algún eminente autor en esta materia como “asistencia judicial á españoles y beneficio de litigar por pobres”²², era reconocida por Mensch en 1846 entre las funciones propias del Cónsul: "*lorsque les tribunaux du pays poursuivent un compatriote du consul, il peut se presenter en justice, non comme protecteur, mais comme conseil de l'inculpé, surtout si celui-ci était exposé à perdre la vie, la liberté ou ses propriétés*"²³.

Entre la escasa doctrina que aborda esta función consular antes de la codificación de 1963²⁴, y con un trato indiferenciado de la asistencia consular genérica, el beneficio de justicia gratuita y el derecho a estar asistido de intérprete, Toda y Güell consideraba que "*la facultad de servir de intérpretes en juicio*" y la concesión del "*beneficio de la defensa por pobre para litigar*" dependen de la existencia y reconocimiento por convenio bilateral con el Estado de receptor. Además, podía invocarse "*por la cláusula de la nación más favorecida si figura en sus Tratados con España y se concede á otros países*"²⁵. En cambio, Maluquer y Salvador ni siquiera mencionaba los derechos de asistencia judicial o beneficio de pobreza, aunque la suya se trata de una obra bastante extensa²⁶.

sin cursiva), y entre esos temas señala «*l'incidence des droits de l'homme dans l'exercice des pouvoirs consulaires*»; AHMAD, M. A., *L'institution consulaire ...*, op. cit., 1973, p. 60; MARESCA, A., *Relazioni ...*, op. cit., 1974, p. 49. En particular, subraya el carácter dinámico de las normas en este sector, VENNEMAN, R., “La fin des consulats?”, *Revue Belge de Droit International*, 1965, nº 1, p. 148, subrayando que “*codification ne signifie pas immobilisme*».

²² Por Real Orden de 13 de abril de 1889, se encomienda a Don Eduardo Toda y Güell "*la redacción de un libro oficial donde estén coleccionadas todas las disposiciones vigentes sobre las diversas materias que abraza la jurisdicción consular*", fruto de lo cual es su obra titulada *Derecho Consular de España*, de 1889.

²³ MENSCH, F. A. de, *Manuel pratique du consulat: ouvrage consacré spécialement aux consuls de Prusse et des autres Etats formant le Zollverein*, Leipzig, F. A. Brockhaus, 2 ed., 1846, p. 58. Igualmente se hacen eco de estas funciones coadyuvantes en la defensa de los connacionales HEYKING, “La théorie et la pratique...”, op. cit., 1930, pp. 555-556; ZOUREK, J., “Le statut et les fonctions ...”, op. cit., 1962, p. 393. En cambio, no se mencionaban estas funciones en el curso impartido en la Academia de La Haya en 1930 por G. STUART, antes citado.

²⁴ Una extensa y detallada referencia bibliográfica sobre las funciones consulares puede verse en AHMAD, M. A., *L'institution consulaire ...*, op. cit., 1973, pp. 83-84, en nota a pie.

²⁵ TODA Y GUËLL, Eduardo, *Derecho Consular de España*, Madrid, El Progreso editorial, 1889, p. 66.

²⁶ MALUQUER Y SALVADOR, A., *Derecho Consular español*, Madrid, Hijos de Reus, editores, 1899, 899 páginas. Esta obra ha sido calificada por Núñez Hernández de poco sistemática, en NÚÑEZ HERNÁNDEZ, J., *La función consular...*, op. cit., 1980, p. 129.

En el laudo arbitral de 9 de junio de 1931 en el asunto *Chevreau* Francia invocó entre otros posibles ilícitos la vulneración del régimen jurídico de la comunicación entre el cónsul y los detenidos. Francia –ejerciendo una reclamación en protección diplomática– no pretendía la existencia de una obligación legal del Reino Unido en el marco del régimen de capitulaciones de Persia en relación con la notificación de la detención de uno de sus nacionales en tiempo de guerra (“*d’aviser proprio motu les autorités françaises de l’arrestation d’un de leurs ressortissants en temps de guerre*”²⁷). Invocaba en cambio la existencia de una obligación en el marco del derecho internacional general: la obligación de conceder a solicitud de la persona perseguida la oportunidad de comunicarse con su Cónsul, así como la obligación de informar a las autoridades del Estado del perseguido (“*d’après le droit international commun, il y a une obligation de donner à la personne poursuivie, si elle le demande, l’occasion de communiquer avec son Consul, et qu’il y a aussi une obligation internationale de donner des informations aux autorités nationales de la personne poursuivie, si elles les demandent*»). Sin embargo, el árbitro no consideró que tuviera naturaleza de norma jurídica (“*l’Arbitre n’estime pas qu’elle presente le caractère d’une règle de droit*”)²⁸.

Por su parte, la doctrina contemporánea posterior a la CV’63 no ha prestado atención profunda a la función consular recogida en su artículo 36 y al conjunto de derechos y obligaciones que el mismo establece²⁹. Torroba Sacristán subrayaba en 1993, no obstante, que se trata de "*una de las funciones protectoras tradicionales de los Cónsules y, sin duda, una de las que ha adquirido más importancia en los últimos tiempos, como*

²⁷ Francia hace mención a la sentencia arbitral en el asunto Casablanca (Alemania, Francia), de 22 de mayo de 1909, en la que se consideró que esta cuestión estaba abierta. De hecho, en 1930 HEYKING aún sostenía que el servicio consular sólo es propio del tiempo de paz, en “*La théorie et la pratique ...*”, *op. cit.*, p. 816; en el mismo sentido, STUART, G., “*Le droit et la pratique...*”, *op. cit.*, 1934, P. 563.

²⁸ En este asunto, un nacional francés con cierta minusvalía física fue detenido en la costa persa del mar Caspio en 1918 por tropas británicas como sospechoso de espionaje. No pudo contactar con su cónsul hasta pasados cuatro meses, durante los cuales estuvo detenido y hospitalizado, trasladado y mal tratado y luego deportado y repatriado. Falleció de regreso en Francia en 1925. La reclamación en protección diplomática fue instada por su viuda, terminando el asunto mediante compromiso entre el Reino Unido y Francia sometido al arbitraje ante la Corte Permanente de Arbitraje, siendo árbitro único el noruego F. V. N. Beichmann. *Affaire Chevreau (France contre Royaume-Uni)*, 9 juin 1931, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. II, pp. 1123-1124. La sentencia reconoce que la detención pudo ser legal pero que la ausencia de una investigación posterior en tiempo y forma hizo que la prolongación de la detención y la deportación dieran lugar a responsabilidad internacional. Se descartaron las alegaciones de malos tratos por no haberse probado y se acordó una importante indemnización por daños morales (en función del tiempo de detención) y materiales (por bienes cuya pérdida pudo ser probada).

²⁹ Por ejemplo, no hay referencia alguna al artículo 36 de la Convención de Viena de Relaciones Consulares ni en AHMAD, M. A., *L’institution consulaire ...*, *op. cit.*, 1973 ni en VILARIÑO PINTOS, E., *Curso de Derecho ...*, *op. cit.*, en sus primeras tres ediciones (1ª ed., 1987; 2ª ed., 2003; 3ª ed., 2007). Una excepción importante es el trabajo de MARESCA, A., *Relazioni...*, *op. cit.*, 1974, pp. 225-228, quien examina la cuestión tanto desde la perspectiva del Derecho Internacional consuetudinario en la materia como en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. VILARIÑO PINTOS, E., *Curso de Derecho ...*, *op. cit.*, incluye esta cuestión a partir de la 4ª ed. (2011), en pp. 352-361, y nuevamente en 5ª ed. (2016), pp. 375-386. DE YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., *Los órganos del Estado para las relaciones...*, *op. cit.*, pp. 242-245 aborda igualmente la cuestión de manera concisa, aunque luego de manera más específica aborda la “Ayuda a los reclusos” en pp. 276-279.

*consecuencia de la ya señalada mayor presencia de españoles en el extranjero y también de los problemas derivados del tráfico y consumo de drogas*³⁰.

Sin duda alguna, el mundo actual es un mundo de migraciones: movimientos originados por el turismo, los estudios, las migraciones laborales, las migraciones por persecución o hambre,... es difícil encontrar un lugar donde no encontremos “extranjeros”. Las funciones consulares, generalmente destinadas a asistir a nacionales en el extranjero cobran por tanto singular importancia en la actualidad. De ello es prueba la realidad social de la que dan cuenta los medios de comunicación³¹. La intervención de las autoridades consulares en tales casos puede llegar a ser de extraordinaria relevancia e impacto.

Por ello, debemos analizar el régimen jurídico establecido en la CVRC’63 y su evolución más reciente. En concreto, el artículo 36 de la CVRC’63, bajo el epígrafe “Comunicación con los nacionales del Estado que envía”, prevé:

“1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas

³⁰ TORROBA SACRISTÁN, J., *Derecho Consular...*, op. cit., 1993, p. 178. En su trabajo recoge la normativa en vigor –en 1993– en lo relativo a la comunicación por el consulado de la detención a la Secretaría General del Ministerio, del régimen de visitas a detenidos, los socorros y ayudas a los detenidos, etc., regulado por Órdenes circulares del Ministerio de Asuntos Exteriores.

³¹ Los casos son numerosos y en algunos de ellos la asistencia consular o su ausencia o retraso puede resultar decisiva, positiva y negativamente. Han recibido a veces atención en prensa, como los siguientes supuestos: Joaquín José Martínez, español detenido en 1996 por un doble asesinato en la ciudad de Tampa (Florida), fue el primer español y europeo en salir de un corredor de la muerte de Estados Unidos. En 2005, el caso del hispano-filipino condenado a muerte Francisco Larrañaga (con el problema de la doble nacionalidad de Estado acreditante-Estado receptor); en ese mismo año, el caso de Luis Dueñas, español condenado en Ruanda por evasión de impuestos, quien además había ejercido *de facto* como cónsul honorario español sin reconocimiento expreso de las autoridades nacionales. En 2006, un chileno y un argentino fueron condenados por dejar tetrapléjico a un guardia urbano en Barcelona en una acción violenta en el Raval. En 2013, el caso de los marines italianos Salvatore Latorre y Massimiliano Girone detenidos en India por la muerte de dos pescadores; y asimismo el caso de la británica Lindsay Sandiford, condenada a muerte en Indonesia por tráfico de cocaína. En España, la cuestión ha suscitado tanto interés que en 1995 se creó un fichero automatizado con los datos de los detenidos en el extranjero en la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares, mediante Orden Ministerial de 26 de mayo de 1995, como explica NÚÑEZ HERNÁNDEZ, J. y MARTÍ MARTÍ, X., *La función consular en el Derecho español*, 3º ed. Actualizada, MAEC, 2009, p. 394.

autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo”.

El derecho recogido en la letra “a” del apartado primero se conoce como el derecho de comunicación consular. Garantiza tanto al agente consular como al nacional la libertad de comunicación y acceso recíproco, en cualquier circunstancia de tiempo y lugar.

En cambio, los derechos recogidos en las letras b y c de ese mismo apartado primero se refieren a la específica situación de arresto, detención o prisión, que nosotros analizaremos en este trabajo. En tales casos, la Convención distingue los derechos de las autoridades consulares y los derechos del nacional detenido en el extranjero.

La letra “b” del apartado primero del artículo 36 CVRC’63 garantiza al nacional en el momento de su detención en el extranjero su derecho a que la detención sea notificada a la oficina consular correspondiente (notificación consular), su derecho a comunicarse con el agente consular (comunicación consular); y su derecho a ser informado, sin demora, de que tiene estos derechos de notificación y comunicación con la oficina consular (información consular). A estos los llamaremos “derechos consulares”. Son derechos de titularidad individual y de ellos nos ocuparemos de manera específica en este trabajo.

El apartado c, por su parte, establece el derecho de los funcionarios consulares a visitar, conversar y organizar la defensa de sus nacionales detenidos (siempre que el nacional no se oponga a ello).

Este artículo recoge sin duda alguna normas que en el momento de su aprobación constituían un ejercicio de desarrollo progresivo de las funciones consulares, en concreto las disposiciones de los apartados b) y c) del artículo 36.1 CVRC’63, hasta el punto que algunos autores lo han calificado como el artículo de más difícil elaboración de toda la Conferencia³² y, a la par, como la más importante contribución de la CV’63 al Derecho consular³³.

³² TORRES BERNÁRDEZ, S., “La Conférence des Nations Unies sur...», *op. cit.*, 1963, p. 99; LEE, L. T., *op. cit.*, 1966, p. 107.

³³ LEE, L. T., *op. cit.*, 1966, p. 107.

El análisis comparativo de la propuesta aprobada por la CDI³⁴, las enmiendas presentadas a tal proyecto³⁵ y los trabajos del Segundo Comité³⁶ sobre las enmiendas presentadas por varios Estados a este Segundo Comité³⁷, aporta un panorama claro sobre los vaivenes a los que fue sometido el texto. El hecho de que a su vez la redacción transaccional propuesta por el Comité de Redacción³⁸ sobre el informe del Segundo Comité³⁹, fuera objeto de la presentación de nuevas enmiendas ante el Plenario⁴⁰ y luego objeto del rechazo del plenario de la Conferencia el 17 de abril de 1963⁴¹ es también significativo. Finalmente se logró una solución *in extremis* el último día de la conferencia internacional, el 22 de abril de 1963⁴². Todo ello realza la naturaleza de

³⁴ Document A/CONF.25/6, Draft articles on consular relations adopted by the International Law Commission at its thirteenth session, *Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, Vol. II, pp. 23-24.

³⁵ Doc. A/CONF.25/L.4 and Add.1, Amendments to the draft articles on consular relations prepared by the International Law Commission, *Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, Vol. II: enmiendas propuestas por Canadá (p. 44); Japón (p. 46); Bélgica (p. 51); y, Suiza (p. 51).

³⁶ Doc. A/CONF.25/C.2/SR.15; Doc. A/CONF.25/C.2/SR.16; Doc. A/CONF.25/C.2/SR.17; Doc. A/CONF.25/C.2/SR.18; y, Doc. A/CONF.25/C.2/SR.19, Meetings of the Second Committee, *Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, Vol. I, pp. 329-351.

³⁷ Proposals and amendments submitted in the Second Committee, *Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, Vol. II: enmiendas propuestas por Estados Unidos (Doc. A/CONF.25/C.2/L.3); Bélgica (Doc. A/CONF.25/C.2/L.25); Japón (Doc. A/CONF.25/C.2/L.56); Tailandia (Doc. A/CONF.25/C.2/L.65 y Doc. A/CONF.25/C.2/L.101); República Federal de Alemania (Doc. A/CONF.25/C.2/L.74); Suiza (Doc. A/CONF.25/C.2/L.78); Venezuela (Doc. A/CONF.25/C.2/L.100); Reino Unido (Doc. A/CONF.25/C.2/L.107); España (Doc. A/CONF.25/C.2/L.114); Grecia (Doc. A/CONF.25/C.2/L.125); y, Francia (Doc. A/CONF.25/C.2/L.131).

³⁸ Doc. A/CONF.25/L.11 and Add.1-8, Text prepared by the Drafting Committee in accordance with the decisions of the First and Second Committees, *Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, Vol. II, p. 156.

³⁹ Doc. A/CONF.25/L.16, Report of the Second Committee, *Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, Vol. II, pp. 130-132.

⁴⁰ Proposals and amendments submitted to the Plenary Conference, *Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, Vol. II: enmiendas propuestas por Gana (Doc. A/CONF.25/L.17); Federación de Malasia, Japón, Filipinas, Tailandia, República Árabe Unida y Venezuela (Doc. A/CONF.25/L.30); y, U.R.S.S. (Doc. A/CONF.25/L.34).

⁴¹ En primer lugar se votaron separadamente los apartados 36.1. (b) y (c) de la propuesta del Comité de Redacción y fueron rechazados, Doc. A/CONF.25/SR.12, *Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, vol. I, pp. 39-43. En la siguiente sesión se votó el resto del artículo 36 y fue igualmente rechazado, Doc. A/CONF.25/SR.13, *Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, vol. I, pp. 43-45.

⁴² La discusión final se centró en volver a la versión inicialmente propuesta por la CDI (la comunicación consular obligatoria y automática, sin dilación indebida) a propuesta de Checoslovaquia y República Socialista Soviética de Ucrania (Doc. A/CONF.25/L.40), o un texto en el que se supeditaba la comunicación y asistencia consular en caso de oposición del detenido, a iniciativa de un grupo de Estados (Argelia, Ceilán, Congo (Brazzaville), Congo (Leopoldville), Guinea, India, Indonesia, Irán, Líbano, Liberia, Mali, Nigeria, Pakistán; República de Corea, Sierra Leona, Túnez y Alto Volta (Doc. A/CONF.25/L.41 y Add. 1), luego enmendado para que el Estado receptor tuviera obligación de informar de la detención a las autoridades consulares sólo si el detenido lo solicitara (Canadá, Ceilán, Congo (Brazzaville), Congo (Leopoldville), Ecuador, Federación de Malasia, Guinea, India, Indonesia, Japón, Liberia, Mali, Pakistán, Filipinas, República de Corea, Sierra Leona, Siria, Tailandia, República Árabe Unida y Venezuela, Doc. A/CONF.25/L.49). La intervención británica en apoyo de la última de las enmiendas referidas (Doc. A/CONF.25/L.49) estuvo supeditada a la introducción de la obligación del

desarrollo progresivo que encarna el régimen de derechos consulares descritos, máxime cuando otros artículos fueron aprobados por unanimidad en el Plenario.

Frente a la redacción inicial propuesta por la CDI (la comunicación consular es tan sólo una obligación y un correlativo derecho entre el Estado receptor y el Estado que envía, que debe oponerse en juego sin dilación indebida) y las diversas opciones barajadas en la Conferencia sobre el papel de la voluntad del detenido, el texto final recoge el derecho del detenido a ser informado de su derecho a que las autoridades consulares sean informadas de la detención y a comunicarse con ellas. Los derechos del Estado que envía de comunicación quedan supeditados a la voluntad del detenido. La obligación del Estado receptor surge en el momento de la detención, arresto o encarcelación, conforme a la letra “b” del artículo 36.1 “*sin retraso alguno*” y no, como preveía la CDI en el proyecto, “sin demora injustificada” o como se propuso en algún momento de la negociación, sujeta a un plazo máximo de comunicación. Y de la misma forma, cualquier comunicación del nacional a la oficina consular deberá ser transmitida “*sin demora*”. En sentido análogo y en el mismo apartado, el detenido deberá ser informado “*sin dilación*” de los derechos recogidos en este artículo (derecho de notificación consular y derecho de comunicación consular)⁴³.

Más allá de este núcleo duro de cuestiones, a lo largo de los debates surgieron otras como la inclusión de una norma eventualmente subsidiaria para los casos en los que el particular detenido no pudiera manifestar su voluntad por incapacidad de algún tipo⁴⁴ y

Estado receptor de informar al detenido de sus derechos consulares (Reino Unido, Doc. A/CONF.25/L.50). La suma de ambas enmiendas –L.49 y L.50- determinó la redacción actual, que debe específicamente al Reino Unido la introducción del derecho del detenido a ser informado de sus derechos consulares y al conjunto de los 17 Estados de la enmienda 41, el que los derechos de comunicación de las autoridades consulares del país que envían estuvieran supeditados a la aceptación del detenido. Sobre las discusiones entre las delegaciones y votos emitidos, debe consultarse Doc. A/CONF.25/SR.20, 20th meeting of the Plenary, *Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, Vol. I, pp. 81-87.

⁴³ El proyecto de la CDI establecía que la comunicación de la detención debía efectuarse “sin dilación indebida” (*without undue delay*). La República Federal de Alemania solicitó ante el Segundo Comité que se introdujera un plazo máximo de un mes para la notificación de la detención (Doc. A/CONF.25/C.2/L.74) y el Reino Unido solicitó que se eliminara el término “indebido” de la expresión “sin retraso indebido” en todas las menciones del texto (Doc. A/CONF.25/C.2/L.107), *Proposals and amendments submitted in the Second Committee, Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, Vol. II, p. 81 y p. 85, respectivamente. Se mantuvo hasta el final la expresión “sin dilación”, excluyendo eventuales causas que pudieran llevar al Estado a justificar un retraso en la comunicación consular. Posteriormente, al introducirse el derecho del detenido a ser informado, se incluyó igualmente la expresión “sin dilación”.

⁴⁴ Frente al carácter obligatorio de la comunicación de la detención por parte de las autoridades del Estado receptor a las autoridades consulares de nacionalidad del detenido que figuraba en el proyecto de la CDI, Canadá propuso como enmienda al proyecto original de artículos que la información sobre la detención dependiera de la voluntad del detenido, excepto en los casos de incapacidad física o mental, en los que la comunicación sería obligatoria. Doc. A/CONF.25/L.4 y Add. 1, *Amendments to the draft articles on consular relations prepared by the International Law Commission, Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, Vol. II, p. 44. En sentido similar Estados Unidos de América presentó una enmienda ante el Segundo Comité de la Conferencia, Doc. A/CONF.25/C.2/L.3, *Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, Vol. II, p.73 y la explicación de su contenido en Doc. A/CONF.25/C.2/SR.16, *Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*,

la redacción específica de la cláusula sobre el papel de la normativa interna del Estado receptor sobre la notificación y comunicación consular⁴⁵.

Esta compleja disposición (el art. 36 CVRC'63), que durante décadas no ha sido objeto de especial atención a pesar de que su aprobación fue una de las más accidentadas en la negociación de la Convención, ha sido objeto de varios pronunciamientos judiciales internacionales. Estas decisiones judiciales han suscitado, entre otras cuestiones, la conexión de estos derechos con el derecho a no ser privado arbitrariamente de la libertad y la seguridad así como del derecho a un juicio justo y las garantías de la defensa como derechos humanos (Capítulo 2). En esa dimensión, el Derecho consular vuelve a situarse en centro del desarrollo progresivo del Derecho. Por ello, y por cuanto ha sido objeto de una elaboración normativa importante en el ámbito regional europeo hemos considerado de interés hacer un análisis del *status quo* regulatorio en la Unión Europea y España (Capítulo 3), pasando además revista a la normativa interna española en relación con los supuestos de detención no penal, que suelen ser obviados en los estudios generales sobre asistencia consular (Capítulo 4). Con todo ello, propondremos una valoración final sobre la naturaleza de los derechos estudiados y, consecuentemente, la incidencia de su violación en la situación jurídica y derechos de los individuos afectados (Capítulo 5).

II. LA NATURALEZA DE LOS “DERECHOS CONSULARES” DE LOS DETENIDOS EN EL EXTRANJERO: UNA PARTIDA DE CARTAS JUDICIAL

Si bien la regulación de las relaciones consulares es ante todo un ámbito clásico de las relaciones inter-estatales, no queda hoy fuera del debate sobre el alcance de la “humanización del Derecho Internacional”: ¿un derecho estatocéntrico, pero dirigido a la protección de la persona y no sólo a la preservación del interés del Estado? ¿La información, notificación y comunicación consular son derechos destinados a salvaguardar los intereses del Estado o los derechos de sus nacionales?

vol. I, p. 337. El debate sobre la misma llevó finalmente a que la enmienda fue retirada por Estados Unidos al unirse a una enmienda oral formulada por Canadá, Japón, Kuwait, Tailandia, República Árabe Unida y los Estados Unidos de América, en Doc. A/CONF.25/C.2/SR.17, *Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, vol. I, pp 337-341. En esta enmienda ya no se hacía mención de los supuestos de discapacidad.

⁴⁵ El proyecto de la CDI estaba redactado de forma negativa: los derechos del artículo 36. 1 debían ejercerse conforme a las leyes y reglamentos del Estado receptor en tanto que “*the said laws and regulations must not nullify these rights*”, y en castellano, “estás leyes y reglamentos no anulen estos derechos”. El Reino Unido propuso una enmienda ante el Segundo Comité, por la cual el texto debía redactarse en positivo como quedó finalmente: “*the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended*” y en castellano, “debiendo entenderse, sin embargo que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo”, conforme a Doc. A/CONF.25/C.2/L.107, *Proposals and amendments submitted in the Second Committee, Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, Vol. II, p. 85.

Este conjunto de derechos, cuya relevancia es manifiesta dada la frecuencia de los movimientos de población en el mundo actual, fue objeto de interpretación judicial por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), que emitió una opinión consultiva sobre la naturaleza de los derechos consulares a petición de México en 1999 (Sección II.1). Además, y quizás más con mayor repercusión mediática la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) se pronunció sobre el mismo tema hasta tres veces en una serie de casos contenciosos planteados sucesivamente por Paraguay (1998), Alemania (2001) y México (2004) (Sección II.2). Entre ambos tribunales han abierto el debate de si lo que nombraremos en adelante como “derechos consulares” (a ser informado, a que se notifique la detención al consulado y a comunicarse con el funcionario consular) son derechos individuales directamente aplicables en primer lugar y, en segundo lugar, si integran el núcleo de garantías básicas de la detención y/o del derecho a un juicio justo, esto es, si constituyen una garantía procesal básica en la defensa de los extranjeros. El guante lanzado ha sido recogido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en una sentencia de 2012 y posteriormente confirmado en una sentencia posterior en 2016 (Sección II.3).

1. La Corte Interamericana de Derechos de Derechos Humanos envía

México solicitó el 9 de diciembre de 1997 ante la CIDH una opinión en Derecho sobre *“las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad”*. La opinión consultiva de la CIDH lleva por título *“el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las debidas garantías del proceso legal”* y fue emitida el 1 de octubre de 1999⁴⁶.

La solicitud fue el movimiento precursor del caso *Avena y otros* ante la CIJ, por cuanto que era consecuencia de y tuvo como antecedente *“las gestiones bilaterales que ha realizado [México] a favor de algunos de sus nacionales, quienes no habrían sido informados oportunamente por el Estado receptor de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, y habrían sido sentenciados a muerte en diez entidades federativas de los Estados Unidos de América”*⁴⁷. Constituyó el primer intento de judicializar la solución del problema de los condenados a muerte en el extranjero en violación de las disposiciones del artículo 36 CVRC’63.

En esta solicitud México preguntó a la CIDH si el artículo 36 de la CVRC’63 contenía *“disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados*

⁴⁶ Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, CIDH, Serie A, n° 16, relativa al Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Puede consultarse en http://www.Corteidh.or.cr/serieapdf/seriea_16_esp.pdf. Sobre la misma puede verse ACEVES, W. J., “The Right of Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law. Advisory Opinion OC-16/99”, *A.J.I.L.*, vol. 94, 2000, pp. 555-563.

⁴⁷ La demanda de México ante la Corte Internacional de Justicia concierne asimismo a nacionales de este Estado enjuiciados en 10 Estados norteamericanos: California, Texas, Illinois, Arizona, Arkansas, Florida, Nevada, Ohio, Oklahoma y Oregón.

americanos”, si los derechos del acusado *ex* artículo 36 CVRC’63 forman parte de “todas las garantías posibles para asegurar un juicio justo”⁴⁸ o si son parte de los “medios adecuados para la preparación de su defensa” exigidos por el artículo 14, apartados quinto y tercero respectivamente, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP)⁴⁹ y si la omisión de los derechos que el artículo 36 de la CVRC’63 confiere a los extranjeros se adecua a la Carta de la Organización de Estados Americanos y a la Declaración Americana⁵⁰. A ello añade una petición expresa sobre las “consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte ante la falta de notificación” de los derechos que establece el artículo 36, apartado primero, de la CVRC’63⁵¹.

Las conclusiones de la CIDH fueron asumidas por unanimidad, excepto en lo que se refería a las consecuencias de las eventuales violaciones del derecho a la información *ex* artículo 36 de la CVRC’63. En este punto, la opinión contó con el voto en contra del Juez Jackman, de nacionalidad norteamericana.

El examen de la Corte se desarrolló en dos fases: en primer lugar, el examen de la naturaleza de los derechos reconocidos por el artículo 36.1.b) de la CVRC’63 en términos generales; en segundo lugar, el alcance del derecho en relación con los supuestos de imposición de pena de muerte.

La CIDH afirmó el carácter individual de los derechos reconocidos en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena⁵². Después de ello, la Corte entró a valorar si “conciernen a la protección de los derechos humanos”, y en concreto cuál es su relación con las garantías mínimas del proceso legal tal y como quedan configuradas por los artículos 2, 6 y 14 del PIDCP⁵³.

La Corte, invocando las reglas de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena de Derecho de Tratados de 1969, y recordando la opinión consultiva de la CIJ

⁴⁸ OC-16/99, par. 4.1.

⁴⁹ OC-16/99, par. 4.6 y 4.7.

⁵⁰ OC-16/99, par. 4.11.

⁵¹ OC-16/99, par. 4.4, 4.10 y 4.12.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, OP-16/99, par. 82.

⁵³ El artículo 2.3 del PIDCP establece que “Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”. El artículo 6 reconoce el derecho a la vida; en su apartado segundo establece que “En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos de conformidad con las leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente”. El art. 14.1 dispone, entre otras cosas, que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y Cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

sobre la presencia sudafricana en Namibia (1971), afirmó la relevancia de la interpretación evolutiva en el contexto específico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal y como se confirma en la jurisprudencia de la propia CIDH y en la del TEDH: *“los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”*⁵⁴.

La Corte Interamericana sostuvo en esta opinión que una de las finalidades de las debidas garantías procesales es:

*“reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. (...). Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”*⁵⁵.

La CIDH subrayó en particular la necesidad del examen individualizado de las eventuales violaciones del derecho a la información consular como garantía esencial del proceso justo. El principio general es por tanto que el artículo 36.1.b) establece derechos individuales que participan de la naturaleza de garantías del proceso justo, pero que este carácter y, por tanto, la violación del derecho a un juicio justo debe ser examinado a la luz de las circunstancias del caso. La Corte, en su dispositivo sexto⁵⁶, indicó que:

“el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena de Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables”.

Al examinar las eventuales consecuencias de imposición de la pena de muerte en violación del derecho conferido por el artículo 36.1.b) de la CVRC’63, la Corte se apoyó en la doctrina del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, quien, en diversos casos relativos a la pena de muerte, ha determinado que *“en caso de constatarse violaciones a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también se viola el artículo 6.2 del mismo si la pena es ejecutada”*⁵⁷.

⁵⁴ OP-16/99, par. 114.

⁵⁵ OP-16/99, par. 119.

⁵⁶ OP-16/99, par. 124.

⁵⁷ Además, este mismo texto figura en su argumentación jurídica en OP-16/99, par. 130, fundamentándolo en sus propias comunicaciones 16/1977 y 250/1987.

Considerando que los Estados que aún mantienen la pena de muerte deben aplicar, sin excepción, el más riguroso control sobre el respeto a las garantías judiciales en estos casos, subrayó que en tales casos “*deviene aún más relevante la obligación de observar el derecho a la información*”. “*Siendo la pena de muerte una medida de carácter irreversible*”, la imposición de la misma en ausencia de información consular “*constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”*”, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos⁵⁸.

En el dispositivo séptimo de la opinión consultiva dispone que:

“la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (v.g. Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación”.

Si bien al referirse en términos generales al derecho a la información sobre la asistencia consular como un elemento del juicio justo había admitido que su eventual violación pudiera no generar responsabilidad por violación de derechos humanos, en función de las circunstancias del caso, la gravedad de la pena impuesta –en concreto, la pena de muerte– podría conllevar la “mutación” de la naturaleza jurídica de tal derecho. De constituir una garantía relativa a ser considerada una garantía absoluta, con independencia de las circunstancias del caso: esto es, si el detenido no es informado de sus derechos consulares, en los casos de pena de muerte las consecuencias afectarían a la legalidad de la pena de muerte impuesta en todo caso y circunstancia.

En nuestra opinión, no consideramos adecuado este tratamiento de automatismo entre la desinformación consular y la violación de las garantías debidas en la imposición de la pena de muerte. Resulta más respetuoso con la soberanía del Estado considerar que la violación de los derechos consulares debe subsanarse mediante apropiados recursos de revisión de la sentencia, que permitan valorar la incidencia de la violación de estos derechos en el proceso según las circunstancias del caso. Entre otras razones, porque informado el detenido este puede eventualmente rechazar la asistencia de su Estado; y aun no rechazando la asistencia, el Estado del que es nacional no viene obligado por la CVRC’63 a prestar la asistencia. La CVRC’63 sólo reconoce la obligación del Estado que recibe de facilitar la comunicación entre el Estado que envía y el nacional en caso de que ambos quieran la misma. De seguir el razonamiento de la CIDH, la presunción *iuris et de iure* de violación de las garantías en los casos de pena de muerte, en aquellos casos en los que el Estado receptor cumpliera con su obligación de informar al detenido extranjero sobre su derecho a solicitar la asistencia consular, la falta de prestación de la

⁵⁸ OP-16/99, par. 133-137.

misma por el Estado que envía ¿no implicaría la responsabilidad internacional del Estado que envía por violación de las garantías del juicio justo? ¿Puede un Estado tercero a la detención –el Estado que envía- ser responsable por la violación de los derechos de información, notificación y comunicación consular en procesos seguidos en otra jurisdicción estatal – la del Estado que recibe-?

Debemos recordar siempre que el derecho individual establecido por el artículo 36.a.b) de la CVRC’63 es un derecho frente al Estado receptor, pero no un derecho frente al Estado que envía y que es el Estado de su nacionalidad. No existe obligación a cargo de éste, aunque reciba la notificación de la detención de un nacional sin dilación, de prestarle asistencia.

2. La Corte Internacional de Justicia pasa

La CIJ ha tenido la oportunidad de precisar su interpretación sobre la naturaleza, destinatarios y alcance de los derechos y obligaciones establecidos en el artículo 36 de la CVRC’63. Ante las alegaciones de las partes, enlazando los trabajos preparatorios en el seno de la Comisión de Derecho Internacional y de la Conferencia de Viena con la interpretación evolutiva de las normas internacionales en base a los desarrollos normativos y jurisprudenciales en materia de derechos humanos y derechos de los extranjeros, la CIJ ha vislumbrado la relación entre el artículo 36 de la CVRC’63 y el Derecho Internacional de los Derechos humanos. No obstante, la CIJ en un ejercicio de autocontrol y prudencia jurisdiccional ha renunciado expresamente a abordar la perspectiva más controvertida en la serie de casos que, sobre la cuestión, le fueron sometidos.

Aunque un examen apresurado de la jurisprudencia de la CIJ puede llevar a una conclusión pesimista sobre la incidencia de los desarrollos normativos sobre los derechos procesales de los extranjeros o las garantías que deben rodear la imposición lícita de la pena de muerte en un sector tan tradicional como el Derecho consular, una reflexión más sosegada permite descubrir detrás de los planteamientos de la CIJ el carácter inevitable de los cambios experimentados por el Derecho Internacional contemporáneo, una vez consagrada la noción de dignidad humana por la Carta de las Naciones Unidas.

En el más antiguo de los casos, conocido como caso *Breard*, Paraguay presentó una demanda el 3 de abril de 1998 contra Estados Unidos de América por violación de la Convención de Viena. En concreto, el detenido, Sr. *Breard*, no había sido informado de sus derechos de asistencia consular, *ex art. 36.1.b)* de la citada Convención de 1963. Condenado a muerte en el Estado de Virginia, su ejecución estaba prevista para el 14 de abril de 1998. Junto a la demanda, Paraguay solicitó la adopción de medidas provisionales con carácter de extrema urgencia. Tras una audiencia a las partes, la CIJ, mediante Orden de 9 de abril de 1998 decidió por unanimidad *indicar* en tanto que medidas provisionales que Estados Unidos debería tomar todas las medidas a su disposición para asegurar la no ejecución del detenido mientras el asunto estuviera pendiente ante la CIJ. Desoyendo la indicación de medidas provisionales, *Breard* fue

ejecutado en la fecha prevista. Pocos meses después, en noviembre de 1998, Paraguay desistió de su demanda, y la CIJ tras solicitar la conformidad de Estados Unidos borró el asunto del listado de casos pendientes, mediante su orden de 10 de noviembre de 1998⁵⁹.

En el segundo de los asuntos, el caso LaGrand, Alemania demandó a los Estados Unidos el 2 marzo de 1999 por la violación de sus derechos y los derechos de sus nacionales –los hermanos Karl y Walter LaGrand- derivados del artículo 36 de la CVRC’63. En la misma fecha solicitó la adopción de medidas provisionales urgentísimas, puesto que la ejecución del Sr. LaGrand estaba prevista para el día siguiente 3 de marzo de 1999. La CIJ indicó que Estados Unidos debía adoptar las mismas medidas provisionales que en el caso Breard. La ejecución se produjo en la fecha prevista. Alemania no desistió de su demanda, sino que amplió en la comparecencia oral su demanda incluyendo además como violación de sus derechos el desconocimiento, por parte de Estados Unidos de América, de la orden de medidas provisionales. En la sentencia de 27 de junio de 2001, la CIJ decidió, entre otras cuestiones, que la conducta de Estados Unidos de desobediencia a la indicación de medidas provisionales constituía una violación de sus obligaciones. Respecto al fondo del asunto, la CIJ decidió que Estados Unidos debía permitir la revisión y reconsideración de las sentencias (incluido tanto el veredicto de culpabilidad como la pena impuesta) dictadas en violación de los derechos establecidos por el artículo 36 de la CVRC’63⁶⁰.

⁵⁹ La mayor parte de los análisis sobre este caso se centran en la entonces controvertida cuestión de la obligatoriedad de las órdenes de medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia. Al respecto puede verse el *Agora* dedicado por el *A.J.I.L.* en 1998 al caso, vol. 92, n.º. 4, 1998. En español pueden verse sobre la cuestión: CARNERERO CASTILLA, R., “Algunas cuestiones de Derecho internacional suscitadas por el ‘caso Breard’”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n.º 14, 1999, pp. 239-260; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., “La obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia: a propósito de la demanda de la República de Paraguay contra los Estados Unidos en el asunto Breard”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n.º 14, 1999, pp. 137-161; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “La indicación de medidas cautelares por la Corte Internacional de Justicia: el asunto Breard (Paraguay C. Estados Unidos)”, *THEMIS: Revista de Derecho*, n.º 40, 2000, pp. 277-287.

⁶⁰ La bibliografía específica sobre este caso es amplia. Sólo en castellano, pueden indicarse los siguientes trabajos que abordan tanto aspectos relacionados con la interpretación de la Convención de Viena efectuada por la Corte como, de nuevo, la cuestión de la obligatoriedad de las órdenes de medidas provisionales: PÉREZ BOTÍ, E., “Nota sobre la Orden de 3 de marzo de 1999 de las CU sobre medidas provisionales en relación con el Caso LaGrand”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, n.º 15, 1999, pp. 629-644; POZO SERRANO, P., “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto LaGrand”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, n.º 17, 2001, pp. 443-476; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “El incumplimiento de las ordenanzas sobre medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia: el caso LaGrand”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 98, 2000, pp. 807-841; ABAD CASTELOS, M., “Efectos jurídicos de las medidas provisionales adoptadas por el tribunal internacional de justicia: el antes y el después del asunto LaGrand (sentencia de 27 de junio de 2001)”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n.º 6, 2002, pp. 53-74; AZNAR GÓMEZ, M. J., “El asunto LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América) ante el Tribunal Internacional de Justicia”, *REDI*, vol. 54, n1 2002, págs.. 733-753; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001 en el caso LaGrand”, *REEI*, n.º 6, 2003, pp. 1-43; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001 en el caso LaGrand”, *Boletín Mexicano de*

En el tercero de los casos, México presentó una demanda contra Estados Unidos el 9 de enero de 2003, por violación de los artículos 5 y 36 de la CVRC'63, con respecto a 54 nacionales mexicanos, al mismo tiempo que solicitaba la adopción de medidas provisionales en el sentido de que Estados Unidos no ejecutara a ninguno de los procesados durante la litispendencia ante la CIJ. La CIJ, por una orden de 5 de febrero de 2003 decidió adoptar medidas provisionales, en las que indicaba a Estados Unidos que debía adoptar todas las medidas necesarias para evitar la ejecución de tres de los nacionales concernidos por la demanda mexicana, en vista de que aunque no había fijada fecha para la ejecución era probable su determinación inminente, circunstancia que no parecía darse en los otros 51 casos. El 31 de marzo de 2004 la CIJ dictó su sentencia en la que consideraba a Estados Unidos responsable de las violaciones alegadas, sin que hiciera falta pronunciarse sobre responsabilidad por incumplimiento de la orden de medidas provisionales, por cuanto que ninguna de las penas de muerte impuesta había sido ejecutada en el período del 5 de febrero de 2003 a 31 de marzo de 2004. La CIJ consideró la obligación de revisión y reconsideración de las sentencias como reparación adecuada en las circunstancias del caso⁶¹.

Derecho Comparado, n° 109, 2004, pp. 207-260; RUIZ COLOMÉ, M^a A., “El ejercicio de la protección diplomática y la CVRC'63 sobre relaciones consulares. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 2001 en el "asunto LaGrand" (Alemania c. Estados Unidos de América)” en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., QUEL LÓPEZ, F. J. & LÓPEZ MARTÍN, A. G., *El poder de los jueces y el estado actual del derecho internacional: análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, Universidad del País Vasco, 2010, pp. 85-108.

En otras lenguas, la bibliografía es aún más abundante: “The LaGrand Brothers Case: Germany vs. the United States in the International Court of Justice”, *German Law Journal*, vol. 1, n° 4, 2000; “International Court of Justice Rules in Favor of Germany and Against the United States in the LaGrand Case”, *German Law Journal*, vol. 2, n° 12, 2001, p. 2; FORLATI, S., “Note e commenti - Il contenuto degli obblighi imposti dalle misure cautelari indicate nel caso LaGrand”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 84, n° 3, 2001, pp. 711-722; TINTA, M. F., “Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case”, *EJIL*, vol. 12, n° 2, 2001, pp. 363-366; VIERUCCI, L., “La tutela di diritti individuali in base alla Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari: in margine al caso LaGrand”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 84, n° 3, 2001, pp. 686-710; ACEVES, W. J., “LaGrand. International Court of Justice judgment on duty to inform detained persons of their right to consular assistance and on legal effect of provisional measures”, *AJIL*, vol. 96, n° 1, 2002, pp. 210-219; DOMINICÉ, Ch., “Responsabilité internationale et protection diplomatique selon l'arrêt LaGrand”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (coord.), *El derecho internacional en los albores del siglo XXI : homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, 2002, pp. 233-242; MURPHY, S. D. “U.S. Implementation of ICJ's LaGrand Decision”, *AJIL*, n° 97, n° 1, 2003, pp. 180-182; “Consular Rights and the Death Penalty after LaGrand”, *Proceedings of the Annual Meeting of the ASIL*, 2002; TAMS, C. J., “Consular Assistance: Rights, Remedies and Responsibility: Comments on the ICJ's Judgment in the LaGrand Case”, *EJIL*, vol. 13, n° 5, 2002, pp. 1257-1260; HOPPE, C., “Implementation of LaGrand and Avena in Germany and the United States: Exploring a Transatlantic Divide in Search of a Uniform Interpretation of Consular Rights”, *EJIL*, vol. 18, n° 2, 2007, pp. 317-336; IWAMOTO, W. L., “The Repercussions of the LaGrand Judgment: Recent ICJ Jurisprudence on Provisional Measures”, *Japanese Yearbook of International Law*, n° 55, 2012, pp. 237-232.

⁶¹ La bibliografía específica sobre este caso también es abundante: LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, E., “Las medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto Avena y otros Nacionales Mexicanos (Méjico vs. Estados Unidos)”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, n° 19, 2003, pp. 421-442; VALLARTA MARRÓN, J. L., “Obligación de informar a todo detenido extranjero de su derecho a la protección consular, según el derecho internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n° 242, 2004, pp. 281-318; GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, J. M., “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”,

Aun cuando estos casos suscitan numerosas cuestiones de interés, nos interesa aquí centrarnos exclusivamente en el análisis de la naturaleza de los derechos reconocidos en el artículo 36.1.b) de la CVRC'63 y las consecuencias jurídicas de ello. ¿Crea la CVRC'63 derechos para los individuos? ¿Puede el Estado ejercer la protección diplomática frente a la violación de los derechos del nacional? La CIJ, frente a la posición de Estados Unidos⁶², zanjó este debate afirmando que:

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, n° 5, 2005, pp. 173-220; RINCÓN EIZAGA, L., "Tribunales internacionales vs. Tribunales estadounidenses: en búsqueda de un derecho y una reparación en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares", *International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional*, n° 7, 2006, pp. 222-294; ARROCHA OLABUENAGA, P. A., "Caso Medellín vs. Texas. Comentarios al fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos, así como a la solicitud de interpretación del fallo Avena del 31 de marzo de 2004, presentada a la Corte Internacional de Justicia por México en junio de 2008", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n° 9, 2009, pp. 677-705; REQUENA CASANOVA, M., "De nuevo el asunto Avena ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ): los límites de la jurisdicción de la CIJ para determinar en un proceso de interpretación el incumplimiento de sus sentencias (y de sus consecuencias jurídicas)", *Anuario español de derecho internacional*, n° 25, 2009, pp. 263-295; PÉREZ BERNARDEZ, C., "A vueltas con la asistencia. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 31 de marzo de 2004 en el "asunto Avena y otros nacionales mexicanos" (México c. Estados Unidos de América)", en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., QUEL LÓPEZ, F. J., y LÓPEZ MARTÍN, A. G. (coords.), *El poder de los jueces y el estado actual del derecho internacional: análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, Universidad de País Vasco, 2010, pp. 301-332. En inglés resulta ingente el número de trabajos, pero sobre distintos aspectos del caso pueden verse: CARTER, L. E., "Compliance with ICJ Provisional Measures and the Meaning of Review and Reconsideration under the Vienna Convention on Consular Relations: Avena and Other Mexican Nationals (Mex. v. U.S.)", *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2003-2004, p. 117 y ss.; CARTER, L. E., "Lessons from Avena: The inadequacy of clemency and judicial proceedings for violations of the Vienna Convention on Consular Relations", *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2004, pp. 259 y ss.; SHELTON, D. L. "Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States)", *AJIL*, Vol. 98, No. 3, 2004, pp. 559-566; BRADLEY, C. A., "Enforcing the Avena Decision in U.S. Courts", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 30, 2006-2007, p. 119 y ss.; GOGOLIN, J., "Avena and Sanchez-Llamas Come to Germany-The German Constitutional Court Upholds Rights under the Vienna Convention on Consular Relations", *German Law Journal*, 2007, pp. 261 y ss.; HOPPE, C., "Implementation of LaGrand and Avena in Germany and the United States: Exploring a Transatlantic Divide in Search of a Uniform Interpretation of Consular Rights", *EJIL*, vol. 18, n° 2, 2007, pp. 317-336; KIRGIS, F. L., "International Law in the American Courts - the United States Supreme Court Declines to Enforce the I.C.J.'s Avena Judgment Relating to a U.S. Obligation under the Convention on Consular Relations", *German Law Journal*, vol. 9, 2008, pp. 619 y ss; CHARNOVITZ, S., "Correcting America's Continuing Failure to Comply with the Avena Judgment", *AJIL*, vol. 106, 2012, pp. 572 y ss.

⁶² En 1980, Estados Unidos había afirmado la naturaleza individual del derecho a la asistencia consular establecido en el artículo 36 de la CV'63. En su memoria de 15 de enero de 1980, en el caso del personal diplomático y consular en Teherán, los Estados Unidos de América sostuvieron que "article 36 establishes rights not only for the consular officer but, perhaps more importantly, for the nationals of the sending State who are assured access to consular officers and through them to others"; "el artículo 36 establece derechos no sólo para el agente consular, sino quizás de forma más importante, para los nacionales del Estado que envía, a los que se asegura el acceso a los agentes consulares y a través de ellos, su acceso a otras personas", Caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos de América c. Irán), *ICJ Pleadings*, p. 174. Sin embargo, desde 1998, lejos de mantener esta misma interpretación, Estados Unidos ha alegado que la CV'63 "no es un tratado de derechos, ni un tratado concerniente a la protección de éstos, sino un "tratado multilateral del tipo tradicional, concluido en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los "Estados contratantes""", como puede leerse en Corte Interamericana de Derechos Humanos, OP-16/99, de 1 de octubre de 1999, resumen de las alegaciones escritas de Estados Unidos, p. 18.

*“the Court notes that Article 36, paragraph 1 (b), spells out the obligation the receiving State has towards the detained person and the sending State. (...). The clarity of these provisions, viewed in their context, admits no doubt. (...). Based on the text of these provisions, the Court concludes that Article 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article I of the Optional protocol, may be invoked in this Court by the national State of the detained person. These rights are violated in the present case”*⁶³.

La segunda cuestión planteada en la serie de casos por los demandantes -apuntada tímidamente en *Breard* y luego afirmada ya claramente en *LaGrand* y *Avena y otros*-, es si los derechos individuales reconocidos por este artículo constituyen parte de las garantías debidas en un proceso justo y equitativo, en el sentido que este derecho fundamental tiene para los instrumentos de derechos humanos. Es significativa la conexión entre esta argumentación y las medidas cautelares solicitadas por Paraguay y Alemania (y acordadas por la CIJ, aun cuando no respetadas por los Estados Unidos de América): la suspensión provisional de las ejecuciones de sus respectivos nacionales. Igualmente, existe una conexión entre esta línea argumental y la reparación solicitada a la CIJ: la *restitutio in integrum*, sustanciada en la nulidad de las actuaciones posteriores a la omisión del deber de informar a los detenidos de su derecho a que la detención fuera notificada a la oficina consular y, conforme a ello, su derecho a comunicarse con el funcionario consular. Se busca proteger la vida de los nacionales en cuestión de manera provisional hasta que pueda garantizarse un juicio justo para los mismos, y no tanto evitar posibles incumplimientos futuros de la norma o conceder una indemnización reparatoria sustitutiva a los Estados demandantes.

A este respecto, tanto en el caso *LaGrand* como en el caso *Avena y otros*, la CIJ, en un planteamiento minimalista, consideró que la apreciación de la violación del artículo 36, apartado 1 (b) no requería de un examen específico de su naturaleza como derecho humano. En tal sentido aunque *“Germany further contended that the right of the individual to be informed without delay under Article 36 paragraph 1, of the Vienna Convention was not only an individual right, but has today assumed the character of a human right”* y que por ello *“the character of the right under Article 36 as a human right renders the effectiveness of this provision even more imperative”*, la CIJ consideró sin embargo que *“having found that the United States violated the rights accorded by Article 36, paragraph 1, to the LaGrand brothers, it does not appear necessary to it to consider the additional argument developed by Germany in this regard”*⁶⁴.

⁶³ “La CIJ subraya que “el artículo 36, párrafo 1.b), señala la obligación que el Estado receptor tiene con respecto a la persona detenida y al Estado que envía. (...). La claridad de esta disposición, analizada en su contexto, no deja lugar a la duda. (...). Basándose en el texto de la disposición, la CIJ afirma que el artículo 36, párrafo 1, crea derechos individuales, que, en virtud del Artículo I del Protocolo Opcional, pueden ser invocados ante este Tribunal por el Estado de la nacionalidad de la persona detenida. En el presente caso se han violado los citados derechos”. *ICJ Reports 2001*, par. 77 (la negrita es mía). La doctrina que se ha ocupado de esta función consular no había llegado a afirmar, en cambio, de manera clara que el texto de la disposición, que había experimentado notables cambios de redacción en la Conferencia de Viena con respecto al proyecto de la CDI, implicara la existencia de derechos individuales. Puede verse en tal sentido MARESCA, A., *Relazioni ...*, op. cit., 1974, pp. 227-228.

⁶⁴ “Alemania planteó además que el derecho del individuo a ser informado sin retraso alguno conforme al artículo 36, párrafo 1, de la Convención de Viena no sólo era un derecho individual, sino que además

En el caso *Avena y otros*, de manera similar afirmó que “[w]hether or not the Vienna Convention rights are human rights is not a matter that this Court need decide”⁶⁵. E incluso yendo aún más lejos, se atrevió a avanzar que “neither the text nor the object and purpose of the Convention, nor any indication in the travaux préparatoires, support the conclusion that Mexico draws from its contention in that regard”⁶⁶.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la Corte Interamericana había emitido su dictamen consultivo sobre la cuestión durante la litispendencia del caso *Avena*, tres años antes de que la CIJ dictara sentencia en el mismo. La CIJ busca en su sentencia alejarse de ese dictamen y mantener la confianza de los Estados parte en el Estatuto. Debe dejar claro su carácter de tribunal de solución de conflictos entre Estados, sin veleidades de Tribunal de Derechos Humanos.

A pesar de estas afirmaciones tajantes y contundentes, la aproximación práctica de la CIJ no se manifestó tan alejada de la argumentación en relación con el derecho a las garantías procesales básicas. En concreto, la CIJ aprovechó el apartado segundo del artículo 36 para afianzar la relevancia procesal de los derechos a la información, notificación y comunicación consular reconocidos al individuo. En su interpretación, este apartado contiene una obligación secundaria o cláusula de garantía residual por la que el Estado es responsable de dar plena efectividad a los derechos del apartado primero. El apartado segundo del artículo 36 de la CVRC’63 establece que:

“2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamento no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo”⁶⁷.

La CIJ consideró que las normas procesales de los Estados Unidos de América por las que la violación de los derechos de información, notificación y comunicación consular no podían ser alegadas más que en una etapa inicial del proceso interno impedían el “pleno efecto” de los derechos reconocidos” por el artículo⁶⁸. Con esta argumentación, tanto en el asunto *LaGrand* como en el asunto *Avena y otros*, la CIJ justificó su decisión, en la que establecía la obligación de los Estados Unidos de poner en marcha un mecanismo de “*review and reconsideration*”⁶⁹ de las sentencias de muerte impuestas

había asumido la naturaleza de derecho humano” y que por ello “la naturaleza del derecho recogido en el artículo 36 como derecho humano convierte a esta provisión aún en más imperativa”, la CIJ consideró sin embargo que “habiendo decidido que Estados Unidos ha violado los derechos del artículo 36, párrafo 1, con respecto a los hermanos *LaGrand*, no parece necesario considerar los demás argumentos presentados por Alemania a este respecto”, *ICJ Reports 2001*, par. 78.

⁶⁵ “La cuestión de si los derechos derivados de la Convención de Viena son o derechos humanos no es algo que esta CIJ necesite decidir”.

⁶⁶ “Ni el texto ni el objeto y fin de la Convención, ni ningún elemento de los trabajos preparatorios, apoyan la conclusión formulada por México al respecto”, *I.C.J. Reports 2004*, par. 124.

⁶⁷ El texto inglés es aún más poderoso por cuanto que afirma que “the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under this Article are intended”.

⁶⁸ *I.C.J. Reports 2004*, par. 91.

⁶⁹ Revisión y reconsideración, *I.C.J. Reports 2001*, par. 128(7); y con ligeras variaciones, de nuevo en

en violación de los derechos de información, notificación y comunicación consular, como garantía específica en los casos concretos⁷⁰.

La CIJ afirmó que la revisión y reconsideración debe producirse “*where foreign nationals have not been advised without delay of their rights under Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention and have been subjected to prolonged detention or sentenced to severe penalties*”⁷¹. Ello es muestra de que la CIJ, en cierto sentido, va más allá de la serie de casos y se plantea la función final que los derechos reconocidos en el artículo 36.1 tiene, cual es la protección procesal del extranjero. Por ello, y siempre y cuando las consecuencias de la violación de los mismos fueran graves (ya sea porque la detención fuera de larga duración o el detenido fuera condenado a penas graves), debiera existir en el Estado receptor un procedimiento de revisión de los procesos penales que permitiera dotar de sentido en el caso concreto a los derechos consulares de los que disfruta el extranjero.

Por último, la no-afirmada naturaleza de garantía procesal básica de los derechos de información, notificación y comunicación consular queda en entredicho en la medida en que la CIJ recomienda a los Estados Unidos de América acciones específicas para la mejora de su cumplimiento de las obligación de informar sin dilación al extranjero detenido de sus derechos a la notificación y a la comunicación consular, asimilándola a otros derechos básicos que deben ser asegurados en el momento de la detención. En concreto, la CIJ dijo: “*The provision of such information [rights under Article 36.1 (b) of the Vienna Convention on Consular Relations] could parallel the reading of those rights of which any person taken into custody in connection with a criminal offence must be informed prior to interrogation by virtue of what in the United States is known as the Miranda rule*”⁷².

En el fondo, late una identificación de los derechos del individuo a la información sobre la notificación y la comunicación consular tras la detención con los derechos básicos del detenido, por cuanto que la finalidad de unos y otros es la misma: garantizar una clara comprensión de la situación legal del detenido previa a cualquier declaración o acto con significado procesal y sustantivo penal.

I.C.J. Reports 2004, par. 153 (11).

⁷⁰ La CIJ incide particularmente en la necesidad de que la revisión y reconsideración de las sentencias debía tener lugar en vía judicial y no como recurso de gracia, permitiendo una efectiva valoración del alcance y repercusión de la violación de los derechos del detenido y condenado.

⁷¹ “*Cuando nacionales extranjeros no hayan sido informados de sus derechos en virtud del artículo 36, párrafo 1, de la Convención de Viena y hayan sido **sujetos a una detención prolongada o condenados a penas graves***”, *I.C.J. Reports 2001*, par. 123 (la negrita es mía); igualmente en *I.C.J. Reports 2004*, par. 140.

⁷² “*La información que, en virtud del artículo 36.1.b, debe ofrecérsele al extranjero, podría facilitarse conjuntamente con la lectura de los derechos de los que debe ser informado cualquier persona detenida por la comisión de un delito, antes de su interrogatorio, y que en Estados Unidos se denominan la “norma Miranda”*”, *ICJ Reports 2004*, par. 64.

3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos gana la baza

La CVRC'63 ha sido citada en casi una decena de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) entre 2010 y el inicio de 2017⁷³. En la mayor parte de los casos la cuestión jurídica debatida estaba en relación con el artículo 6 de la Convención, el derecho a un juicio con las debidas garantías, en relación con la extensión de la inmunidad de jurisdicción de las autoridades consulares⁷⁴.

Tan sólo en tres casos hasta la fecha se hace referencia a la asistencia consular a los detenidos en virtud de las disposiciones de la CVRC'63. En la primera de las sentencias (de 31 de julio de 2012), las referencias se encuentran tan sólo en las alegaciones de parte. La segunda sentencia es la fundamental, pronunciada por la Gran Sala el 13 de diciembre de 2012. En ella la Corte entra de manera directa en la valoración de la violación del artículo 36 de la CVRC'63. Esta sentencia sería luego confirmada en un asunto similar contra Italia, el 23 de febrero de 2016, en el que también se alegaba la violación de la CVRC'63 como parte de la violación del artículo 5 del CEDH, que regula el derecho a la libertad y la seguridad.

En el primero de los casos, *M. and others v. Italy and Bulgaria*⁷⁵, los demandantes pretendían fundamentar una supuesta responsabilidad de Bulgaria –concurrente con la responsabilidad de Italia frente a la que reclamaban principalmente- en el hecho de que ningún agente consular había estado presente en ninguno de los interrogatorios del caso⁷⁶. La Corte rechazó la alegación de base, por cuanto que consideró que la responsabilidad que estaba en juego era exclusivamente la del Estado territorial donde sucedieron los hechos –Italia- y que conforme a su jurisprudencia “*the Convention organs have repeatedly stated that the Convention does not contain a right which requires a High Contracting Party to exercise diplomatic protection, or espouse an applicant’s complaint under international law or otherwise to intervene with the authorities of another State on his or her behalf*”⁷⁷. Esto es, el TEDH no entiende que deba examinar el posible incumplimiento de la CVRC'63 en este caso, por parte de Bulgaria por no haber aplicado la asistencia consular⁷⁸.

Sin embargo, ese mismo año de 2012 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

⁷³ Conforme a la base de datos HUDOC no hay ninguna sentencia previa en la que se cite la Convención de Viena de Relaciones Consulares de 1963.

⁷⁴ Así en los casos *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, no. 61498/08, ECHR, 2010; *Cudak v. Lithuania* [GC], no. 15869/02, ECHR, 2010; *Sabeh El Leil v. France*, [GC], no. 34869/05, ECHR, 2011; *Wallishauser v. Austria*, no. 156/04, ECHR, 2012; *Radunović and others v. Montenegro*, no. 45197/13, no. 53000/13 & no. 73404/13, ECHR, 2016; *Naku v. Lithuania*, no. 26126/07, ECHR, 2016.

⁷⁵ *M. and others v. Italy and Bulgaria*, [GC], no. 40020/03, 2012.

⁷⁶ *Idem*, par. 119.

⁷⁷ *Idem*, par. 127.

⁷⁸ Queda la duda de si en este pasaje el TEDH está malinterpretando las alegaciones de los demandantes y confundiendo la protección diplomática como mecanismo de responsabilidad y la asistencia consular derivada del artículo 36 CVRC'63. Puede bien querer decir el TEDH que la CVRC'63 no establece ninguna obligación para el Estado de nacionalidad de prestar tal asistencia, conforme al tenor del artículo 36.1.c), pero no entra a explicarlo suficientemente en el pasaje citado, única consideración que le dedica a la alegación.

afrontó un caso extraordinariamente complejo, tanto desde el punto de vista jurídico como por las consecuencias político-diplomáticas, en el que se pronunció de manera clara y contundente sobre la violación del artículo 36 de la CVRC’63 en relación con el derecho a la libertad y seguridad personal establecido por el artículo 5 del Convenio, esto es, en relación con las garantías de toda detención como privación de la libertad y seguridad de la persona.

El caso *El Masri* es el primero que llegó al TEDH del altísimo número de supuestos en los que los Estados miembros del Consejo de Europa participaron en la detención y traslado aéreo a centros de la CIA, en condiciones contrarias al CEDH, de presuntos delincuentes en el marco de la llamada “guerra contra el terrorismo” liderada por Estados Unidos después del 11-S. El caso fue visto y sentenciado en la Gran Sala⁷⁹.

En este asunto, un nacional alemán fue detenido al entrar en la antigua República Yugoslava de Macedonia el 31 de diciembre de 2003, recluido e incomunicado en un hotel, luego transferido al aeropuerto de Skopje, entregado a autoridades de la CIA, torturado y drogado para su traslado en avión a un centro de detención en Afganistán donde fue nuevamente torturado e interrogado. Luego fue devuelto y abandonado en territorio albanés el 28 de mayo de 2004. Había perdido más de 12 kilos, llevaba barba y melena de meses cuando fue encontrado. Su caso se incluye en varios de los informes que se hicieron al final de la década sobre la cuestión de los “vuelos de la CIA”.

⁷⁹ *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, [GC], no. 39630/09, sentencia de 13 de diciembre de 2012. Sobre la cuestión de las entregas extraordinarias en Europa, hay varios casos más: *Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*, nº 7511/13, sentencia de 24 de julio de 2014; *Al Nashiri v. Poland*, nº 28761/11, sentencia de 24 de julio de 2014 (aunque en ninguno de estos dos casos se cita la CVRC’63); *Nasr et Ghali v. Italie*, nº 44883/09, sentencia de 23 de febrero de 2016, que reitera la decisión del caso *El Masri*, citando también la CVRC’63.

En general, la bibliografía aborda distintos problemas relativos a las entregas de sospechosos en el marco de la lucha contra el terrorismo y la jurisprudencia del TEDH, entre otros, la complicidad de un Estado en las violaciones de derechos humanos por otro y la violación del CEDH por hechos ajenos, en la línea de la doctrina sentada en el caso *Soering*. Pueden verse para distintos aspectos de este problema y la jurisprudencia del TEDH, SANTOS VARA, J., “Extraordinary renditions: the interstate transfer of terrorist suspects without human rights limits”, en GLENNON, M. J. y SUR, S. (eds.), *Terrorisme et droit international*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 551-583; GAETA, P., “Extraordinary renditions” e giurisprudenzia italiana nei confronti degli agenti statunitensi coinvolti nel c.d. caso “Abu Omar”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 96, nº 2, 2013, pp. 530-537; MUSSI, M., “Extraordinary Renditions as Enforced Disappearances? The Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, pp. 365-378; NAPOLETANO, N., ““Extraordinary renditions”, tortura, sparizioni forzate e “diritto alla verità”: alcune riflessioni sul caso “El-Masri””, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, pp. 331-364; FABBRINI, F., “The European Court of Human Rights, Extraordinary Renditions and the Right to the Truth: Ensuring Accountability for Gross Human Rights Violations Committed in the Fight Against Terrorism”, *Human Rights Law Review*, 2014, vol. 14, nº 1, pp. 85-106; SFERRAZZA TAIBI, P., “Entregas extraordinarias en Europa. Un comentario a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Al Nashiri vs. Polonia y Abu Zubaydah vs. Polonia”, *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 12, 2014, pp. 163-199; DAVIS, J., “Uncloaking secrecy: international human rights law in terrorism cases”, *Human Rights Quarterly*, vol. 38, nº 1, 2016, pp. 58-84; LIGUORI, A., “Extraordinary Renditions nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Abu Omar”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 99, nº 3, 2016, pp. 777-796.

En el análisis del Derecho internacional relevante para el caso que incluye el TEDH en su sentencia, el primero de los textos es el artículo 36 de la Convención Viena de Relaciones Consulares de 1963⁸⁰. Al analizar las condiciones de la detención de El-Masri en Skopie, el Tribunal consideró probado que no hubo orden de detención, no hubo apertura de diligencias judiciales, el demandante no tuvo acceso a un abogado ni le fue permitido contactar con su familia o con un representante de la Embajada alemana “*as required by Article 36 § 1 (b) of the Vienna Convention on Consular Relations*”⁸¹, no pudo hacer alegaciones sobre la legalidad de su detención ante ningún juez o tribunal, y fue recluido en instalaciones extraordinarias fuera del marco judicial y a completa y absoluta disposición de sus captores. Por todo ello y teniendo en cuenta que el gobierno no ofreció explicación alguna para ello, el TEDH sostuvo que “*during the period the applicant was held in unacknowledged detention in complete disregard of the safeguards enshrined in Article 5, and that this constitutes a particularly grave violation of his right to liberty and security as secured by Article 5 of the Convention*”⁸².

Sin sacar de su contexto ni sobredimensionar este pronunciamiento, hay que tener en cuenta que el TEDH ha incorporado en su análisis de las condiciones que hacen que una detención viole el umbral de protección del artículo 5 del CEDH los derechos consulares establecidos en el artículo 36 CVRC’63. Y si bien es difícil determinar si el TEDH habría establecido una violación del artículo 5 por la sola violación de los derechos del artículo 36 de la CVRC’63, no es menos cierto que la gravedad y el cúmulo de circunstancias del caso permitían establecer una clara violación del artículo 5 del Convenio sin siquiera mencionar los derechos consulares. Por ello, consideramos que no es un exceso interpretativo ni voluntarismo afirmar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la finalidad de los derechos de asistencia y comunicación consular son parte fundamental del derecho a no ser privado arbitrariamente de la libertad.

Esta línea jurisprudencial ha sido confirmada en la posterior sentencia de 23 de febrero de 2016 en el caso *Nasr et Ghali v. Italie*. En este supuesto, aún cuando se constató la existencia de diversas violaciones del Convenio Europeo, entre ellas la del artículo 5 como en el caso *El-Masri*, el TEDH alabó el ejercicio ejemplar de las autoridades judiciales italianas a la hora de investigar los hechos, circunstancia que no se había dado en casos previos. Sin embargo, el TEDH lamentó que los tribunales italianos no hubieran condenado a los agentes que participaron en la entrega encubierta, so capa del secreto de Estado que protegía su conducta.

⁸⁰ *Idem*, par. 93.

⁸¹ *Idem*, par. 236.

⁸² *Idem*, par. 237.

III. UNA MESA DE JUEGO CADA VEZ MÁS ANIMADA: HACIA UNA REGULACIÓN EUROPEA COMÚN DE LOS “DERECHOS CONSULARES”

En el mismo período que esta jurisprudencia ha cobrado carta de naturaleza, en la Unión Europea se ha desarrollado un tratamiento dual y específico de los derechos de asistencia consular en caso de detención o arresto que condiciona y enmarca como es natural la normativa interna española. De un lado, la introducción del concepto de ciudadanía europea “comunitarizó” los servicios de protección y asistencia consular, que incluyen la asistencia a detenidos en el extranjero cuando el Estado de nacionalidad no estuviera representado en el territorio del tercer Estado. La regulación inicialmente desarrollada ha sido recientemente actualizada mediante una Directiva, pendiente de entrar en vigor en 2018. La consideración de estos derechos consulares como parte de las garantías básicas y su posible prestación por un Estado distinto del de la nacionalidad del detenido puede situarnos ante un escenario particular en términos de responsabilidad por incumplimiento o por violación de tales derechos (Sección III.1). De otro lado, en el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, se ha desarrollado un estándar común para algunos de los derechos procesales garantizados en caso de detención o arresto. Aun siendo un plan de desarrollo normativo escalonado en el tiempo, los derechos consulares ya han sido objeto de regulación. Tanto la normativa de la Unión como la nacional de transposición en el caso español sitúan los derechos consulares en la órbita del derecho fundamental a la libertad y seguridad (garantías mínimas en caso de detención) y del derecho a un juicio justo (Sección III.2).

1. Ciudadanos europeos por el mundo, necesitados de asistencia consular

El Tratado de la Unión Europea en 1992 (en adelante, TUE) al establecer como objetivo en su artículo B «reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión», concedió un lugar especialmente importante a la noción de ciudadanía europea y al régimen de derechos que esta comportaba⁸³.

Según lo establecido en el artículo 9 del TUE actualmente (y el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE)⁸⁴, es ciudadano de la Unión toda persona que posea la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión, que complementa la ciudadanía nacional sin sustituirla, está formada por un conjunto de derechos y deberes que se suman a los que comporta la nacionalidad de un

⁸³ Un análisis histórico, incluyendo el estudio del proyecto de Unión Europea de Spinelli, puede verse en VILARIÑO PINTOS, E., “Representación diplomática y consular en el Tratado de la Unión Europea”, *Revista de Instituciones Europeas*, 1995, pp. 417-443. Debe consultarse asimismo, JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos, B., “La protección consular y diplomática del ciudadano de la Unión Europea”, *Revista de Instituciones Europeas*, 1993, pp. 9-49, y en concreto sobre la propuesta española, pp. 17-20; BLÁZQUEZ PEINADO, M. D., *La ciudadanía de la Unión Europea*, Universidad de Valencia, 1998.

⁸⁴ Artículo 9 TUE: “La Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”, versión consolidada conforme al Tratado de Lisboa.

Estado miembro. Entre ellos, ocupa un lugar significativo desde 1992, el derecho a recibir protección diplomática y consular en el territorio de un tercer país por parte de las autoridades de otro Estado miembro, si su país carece de representación en ese tercer país, en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro en cuestión (artículo 20, apartado 2, letra c del TFUE⁸⁵). El TFUE le dedica de manera más detallada el artículo 23:

“Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Los Estados miembros tomarán las disposiciones necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección.

El Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo, directivas en las que se establezcan las medidas de coordinación y de cooperación necesarias para facilitar dicha protección”.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), adoptada en 2001 y con el mismo valor jurídico que el TUE conforme al artículo 6 del TUE, recoge en su artículo 46 la protección diplomática y consular⁸⁶.

En el año 1995 se aprobó una Decisión 95/553/CE, de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 19 de diciembre de 1995, relativa a la protección de los ciudadanos de la Unión Europea por las representaciones diplomáticas y consulares⁸⁷ cuando no exista en el lugar que se encuentre el ciudadano ni representación permanente accesible ni Cónsul honorario accesible y competente de su propio Estado o de otro Estado que lo represente de forma permanente. La Decisión entró en vigor en 2002⁸⁸.

⁸⁵ Artículo 20 TFUE: “2. *Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: (...); c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado*”, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁸⁶ Artículo 46 de la CDFUE: “*Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de este Estado*”, Carta de los Derechos Fundamentales, DOUE C 303/12, de 14 de diciembre de 2007.

⁸⁷ DO L 314 de 28/12/1995, pp. 73-76. Las obras generales sobre Derecho consular no suelen recoger esta regulación jurídica de la protección consular. Tampoco ha suscitado un exceso de atención en trabajos especializados entre la doctrina española. En cambio sí se cita en las obras generales sobre Instituciones Jurídicas de la Unión Europea. Por todas, véanse MANGAS MARTÍN, A., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 8ª ed. 2014, pp. 154-155; ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., y CASADO RAIGÓN, R., *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 109-110.

⁸⁸ Al año siguiente se adoptó una Decisión 96/409/PESC, Decisión de los representantes de los gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo de 25 de junio de 1996 relativa al establecimiento de un documento provisional de viaje, DO n° L 168, de 6 de julio de 1996. En esta

Esta Decisión, apartando la controvertida cuestión de la protección diplomática⁸⁹, se centra en la protección consular en la que se incluye la asistencia prestada por los cónsules a los nacionales detenidos en el extranjero⁹⁰. El artículo 5 de la Decisión prevé la prestación de la asistencia en caso de arresto o detención, entre otros supuestos. Aunque no se incorpora referencia expresa a la CVRC’63 en la Decisión –ni siquiera en su preámbulo–, de su ulterior desarrollo cabe inferir que regula el ejercicio de los derechos consulares previstos, para el caso de detención, en el artículo 36 CVRC’63, de la que todos los Estados miembros de la Unión Europea son parte⁹¹. No existe un sistema de información y consulta, vinculado a la Decisión, que establezca la normativa nacional aplicable a la asistencia que pueden proveer las autoridades diplomáticas y consulares de cada país miembro.

Conforme a su artículo 7, la Decisión 95/553/CE debía ser reexaminada a los cinco años de su entrada en vigor, aunque no se llevó a cabo tal revisión entonces. En cambio, el Consejo de la Unión Europea instituyó un Grupo de Trabajo encargado de la cooperación consular, denominado COCON. En junio de 2006 este grupo elaboró unas directrices sobre la protección de los ciudadanos europeos en terceros países⁹². No eran vinculantes, incidiendo en la necesidad del intercambio de información respecto a planes de crisis entre los países miembros. Igualmente subrayaban la necesidad de que

decisión se regula el tipo de documento de viaje que pueden expedir las autoridades diplomáticas y consulares de un Estado en beneficio de un ciudadano europeo de otro Estado miembro cuando sea solicitante de ello en el extranjero por no tener representación diplomática o consular propia en el país dónde acaecen los hechos.

⁸⁹ Críticamente ha sido afirmado que los derechos de ciudadanía no pueden incluir la protección diplomática stricto sensu como reclamación de responsabilidad internacional, siendo uno de los requisitos de esta la nacionalidad de la reclamación. Así, JIMÉNEZ PIERNAS, C. B., *op. cit.*, 1993, pp. 31-35. Puede verse *ad abundantiam* sobre este punto la bibliografía citada por PIERNAS LÓPEZ, J. J., “La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 18, nº 48, 2014, en pág. 580, nota 8, que no reproducimos por limitaciones de espacio.

⁹⁰ Sobre la distinción protección y asistencia consular, véase NÚÑEZ HERNÁNDEZ, J. y MARTÍ MARTÍ, X., *La función consular ...*, *op. cit.*, 2009 pp. 376-415.

⁹¹ El prof. Vilariño Pintos en cambio abogaba en 1995 por una comprensión amplia de la letra del Tratado. Al establecer que el ciudadano comunitario puede “*acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares*” de cualquier Estado miembro, cuando el propio no tenga legaciones, implica que pueda solicitar “*cualesquiera funciones propias de una misión diplomática o de una oficina consular (...). Esta interpretación es la única que lógica y ideológicamente da sentido a este artículo 8C y sobre todo si se piensa en él como un paso hacia una futura existencia de representaciones únicas de la Unión, al menos en materias que lleguen a ser de su exclusiva competencia. Además, tal interpretación concuerda con las disposiciones de los Convenios de Viena de 1961 y 1963, que reconocen ya tal posibilidad entre cualesquiera Estados que así lo acuerden, como en concreto se prevé en (...) los artículos 8 y 27.1,c) y 2,b) del de 1963, que regulan el ejercicio de funciones consulares por cuenta de un tercer Estado y la protección de los intereses del Estado que envía en circunstancias excepcionales; además siempre será posible, dentro de la autonomía de la voluntad de los Estados, acordar cualquier tipo de cooperación diplomática y consular*”, en VILARIÑO PINTOS, E., “Representación diplomática y consular ...”, *op. cit.*, 1995, pp. 433-434.

⁹² Doc. 10109/06 del Consejo de la Unión Europea, de 2 de junio de 2006. Puede verse el texto en <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/06/st10/st10109-re02.es06.pdf>. La versión original (de 2 de junio) sufrió dos revisiones (14 y 16 de junio de 2006), sin modificación sustancial.

los ciudadanos de la Unión se den a conocer y hagan saber sus datos a las misiones diplomáticas y a las oficinas consulares.

La Comisión presentó el 28 de noviembre de 2006 un Libro Verde titulado “La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión en los terceros países”. Además de otras cuestiones, este documento abordaba la necesidad de negociar con los terceros Estados –cada Estado bilateralmente y la Unión en el caso de los acuerdos mixtos- una cláusula estándar de consentimiento para la protección diplomática y consular comunitaria. Según el Libro Verde, “[e]n virtud de esta cláusula, los terceros países aceptarían que los ciudadanos de la Unión pudieran ser asistidos por cualquier Estado miembro representado in situ”⁹³. En realidad, ello refuerza y va más allá de las exigencias previstas al respecto por el artículo octavo de la CVRC’63, que establece que “una oficina consular del Estado que envía podrá, previa la adecuada notificación al Estado receptor y **siempre que éste no se oponga**, ejercer funciones consulares por cuenta de un tercer Estado en el Estado receptor”⁹⁴.

La Comisión recomendaba el acuerdo expreso con los terceros Estados, pues ello genera una mayor seguridad jurídica frente a la notificación unilateral sin oposición (exigencia mínima de la Convención de Viena) y, de otro lado, refuerza la visibilidad del concepto de ciudadanía europea –y por tanto de la Unión Europea- en los terceros Estados⁹⁵. Y ello, en opinión de la Comisión Europea, como una etapa previa al “examen de las

⁹³ COM (2006) 712 final, Libro Verde sobre la protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión en los terceros países, pp. 12-13.

⁹⁴ La negrita es nuestra.

⁹⁵ COM (2007) 767 final, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Protección consular eficaz en los terceros países: la contribución de la Unión Europea – Plan de Acción 2007-2009. Es discutible si es necesario el consentimiento del Estado tercero en el que va a prestarse la asistencia a favor de nacionales de un Estado miembro de la UE por las autoridades consulares de otro o basta con la no oposición a la notificación. En 1962, Zourek, quien fuera relator del tema en la CDI y con el proyecto ya aprobado, afirmaba la necesidad de ese consentimiento y lo ejemplificaba con el Tratado concluido en 1911 por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela (citado en el primer apartado del trabajo), en virtud del cual se permitía la asistencia consular de cualquiera de ellos en el territorio de cualquiera de los firmantes si no existía autoridad consular del Estado del que el individuo fuera nacional en el lugar en cuestión, en ZOUREK, J., “Le statut et les fonctions ...”, *op. cit.*, 1962, p. 423. Hay que tener en cuenta que ZOUREK basaba su argumentación en el texto del proyecto de artículos aprobados por la CDI cuyo art. 7 establecía: “Exercise of consular functions on behalf of a third State With the prior consent of the receiving State and by virtue of an agreement between the sending State and a third State, a consulate established in the first State may exercise consular functions on behalf of that third State” (la negrita es nuestra). En cambio, Maresca en el curso impartido en la Academia de La Haya y ya habiendo sido aprobada la CV’63 con la redacción final dada al artículo 8, no consideraba necesario el consentimiento expreso, bastando como consentimiento tácito la notificación de quien deba prestar la asistencia por cuenta de otro Estado al Estado receptor, y que no exista oposición del mismo, en MARESCA, A., “Les relations consulaires ...”, *op. cit.*, 1971, tomo 134, p. 119. La autora considera que teniendo en cuenta el tenor literal del art. 8 de la CV’63 basta el consentimiento tácito que deriva de la suma de notificación del Estado acreditante y no oposición del Estado receptor, por cuanto que dicho artículo indica que El citado artículo indica que “[p]revia notificación adecuada al Estado de acogida, una oficina consular del Estado de origen podrá ejercer funciones consulares en el Estado de acogida en nombre de un tercer Estado, siempre que el Estado de acogida no se oponga”. Cuestión distinta, como señala la Comisión, es la seguridad jurídica que imprime el consentimiento expreso.

posibilidades de obtener el consentimiento de los terceros Estados para que la Unión pueda ejercer, a través de las delegaciones de la Comisión, un deber de protección en los casos relacionados con competencias comunitarias”⁹⁶.

Como resultado del Libro Verde, la Comisión presentó el 5 de diciembre de 2007 un plan de acción 2007-2010 sobre “*Protección consular eficaz en los terceros países: la contribución de la Unión Europea*”, en el que trataba de establecer una hoja de ruta no exhaustiva de las medidas que la Comisión pretendía proponer en 2007-2009⁹⁷. Entre las medidas destacaban las acciones de difusión e información, como la creación de un portal específico para la protección consular derivada de la ciudadanía europea⁹⁸, la posibilidad de extender el derecho a los familiares de los ciudadanos de la Unión que sean nacionales de terceros países, entre otras. De especial relevancia para la cuestión que nos ocupa son las siguientes propuestas contenidas en el documento⁹⁹:

- a) que los Estados miembros “*negocien una cláusula de consentimiento estándar de los acuerdos bilaterales con los terceros países que garantice la protección de los ciudadanos de la Unión por parte de las autoridades diplomáticas y consulares*”;
- b) que la Comisión proponga la negociación de un cláusula de consentimiento de los futuros “*acuerdos mixtos*”, en igual sentido que se ha indicado antes; y,
- c) que la Unión analice la posibilidad de que la protección sea ejercida “*a través de las delegaciones de la Comisión en los casos que sean de competencia comunitaria*”¹⁰⁰.

Con respecto a la negociación por los Estados de la cláusula de consentimiento no parece haberse avanzado mucho, como se indica *infra* al hablar de la normativa española. Sin embargo y por lo que hace a la propuesta de incluir cláusulas de consentimiento en los acuerdos mixtos negociados por la Unión Europea, ya han sido

⁹⁶ COM (2006) 712 final, p. 13. Esta aspiración de la Comisión está desconectada de la protección funcional como mecanismo de ejercicio de la responsabilidad internacional, que le corresponde respecto de sus funcionarios. La Comisión apunta a una asunción de competencias consulares con respecto a la población general cuando alguna competencia de la UE esté en juego. Es un ámbito aún inexplorado.

⁹⁷ COM (2007) 767 final.

⁹⁸ <http://ec.europa.eu/consularprotection/>. La web (mayo de 2017) es una base de datos sobre representaciones diplomáticas y consulares de los Estados miembros en terceros Estados (no incluye las respectivas embajadas y consulados de unos Estados miembros en otros Estados miembros), sin que se detalle las normas nacionales que regulan la prestación o la extensión de los servicios consulares.

⁹⁹ COM (2007) 767 final, p. 12.

¹⁰⁰ El artículo 27 del Tratado de la Unión (Lisboa) establece, en su apartado tercero que: “*En el ejercicio de su mandato, el Alto Representante se apoyará en un servicio europeo de acción exterior. Este servicio trabajará en colaboración con los servicios diplomáticos de los Estados miembros y estará compuesto por funcionarios de los servicios competentes de la Secretaría General del Consejo y de la Comisión y por personal en comisión de servicios de los servicios diplomáticos nacionales. La organización y el funcionamiento del servicio europeo de acción exterior se establecerán mediante decisión del Consejo, que se pronunciará a propuesta del Alto Representante, previa consulta al Parlamento Europeo y previa aprobación de la Comisión*”. Probablemente la Comisión estaba pensando en la protección consular en relación con asilados y refugiados.

publicados en el Diario Oficial de la Unión los dos primeros acuerdos mixtos que incluyen una cláusula de protección consular. En concreto, se trata del Acuerdo de Colaboración y Cooperación Reforzadas entre la Unión Europea y sus Estados miembros y Kazajistán, de 26 de octubre de 2015 (artículo 239)¹⁰¹, y el Acuerdo sobre Asociación y Desarrollo entre la Unión Europea y sus Estados miembros y la República de Afganistán, de 18 de febrero de 2017 (artículo 29)¹⁰². El texto es en ambos casos equivalente, aceptándose que *“las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro de la Unión Europea representado en el país den protección a todos los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea que no cuente con una representación permanente en [Kazajistán/Afganistán] en disposición de proporcionar protección consular de manera efectiva en un caso determinado, y en las mismas condiciones que a los ciudadanos de dicho Estado miembro de la Unión Europea”*. En ambos casos los tratados han sido objeto de una decisión de aplicación provisional por parte de la UE, aunque ello no afecta a las competencias de los Estados de protección y asistencia consular y, por tanto, la aplicación efectiva de la cláusula deberá esperar a las ratificaciones de los Estados miembros¹⁰³.

En cumplimiento de la obligación de informar cada tres años conforme a lo indicado en el artículo 25 del TFUE, el 23 de marzo de 2011 la Comisión presentó una comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la *“protección consular para los ciudadanos de la UE en terceros países: Situación actual y perspectiva futura”*¹⁰⁴. Este documento establecía de manera clara que la protección consular es, conforme a la redacción de Lisboa del Tratado de la Unión, un derecho individual con eficacia directa y cuya denegación puede ser objeto de recurso judicial y generar responsabilidad del Estado por el perjuicio causado. Conforme al TFUE, el Consejo podrá, según el Tratado de Lisboa, adoptar medidas *“de coordinación y de cooperación necesarias para facilitar dicha protección mediante directivas en un procedimiento legislativo especial, previa consulta al Parlamento Europeo”*¹⁰⁵. En este documento la Comisión vuelve a insistir sobre la relevancia de la negociación de cláusulas de consentimiento en los acuerdos con terceros Estados, aun indicando que *“conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio de Viena de Relaciones Consulares, basta una notificación unilateral dirigida al tercer país”*.

La Comisión se comprometió en esta comunicación a presentar una propuesta legislativa en el plazo de un año, lo cual hizo antes de concluir 2011. Habiendo sido

¹⁰¹ DO L 29, de 4 de febrero de 2016.

¹⁰² DO L 67, de 14 de marzo de 2017.

¹⁰³ España no ha ratificado aún ninguno de ellos, a fecha de cierre de este trabajo para su publicación (15/5/2017). Obsérvese que la disposición no exige que no exista establecimiento diplomático o consular del Estado que es suplido, sino que no esté en disposición de prestar la protección efectiva en el caso, lo cual amplía el concepto de protección contemplado en los Tratados, la CDDFF y la Decisión 95/553/CE.

¹⁰⁴ COM (2011) 149 final.

¹⁰⁵ El Artículo 8C del Tratado de Maastricht de 1992 preveía en cambio que *“Antes del 31 de diciembre de 1993, los Estados miembros establecerán entre sí las normas necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección”*, lo cual se llevó a cabo tardíamente mediante la Decisión del Consejo 95/553/CE, de 19 de diciembre, DOUE L 314, de 28 de diciembre de 1995.

aprobada con propuesta de enmiendas por el Parlamento a final de 2012, no fue sin embargo aprobada por el Consejo hasta dos años y medio más tarde, como Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, de 20 de abril de 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE¹⁰⁶. El plazo de transposición de la Directiva concluye el 1 de mayo de 2018, fecha en la que dejará de estar en vigor la Decisión 95/553/CE.

En el proceso de negociación de esta Directiva, sin embargo, se dejaron en el camino alguna de las enmiendas del Parlamento Europeo, en concreto las dirigidas a la posibilidad de que Servicio Europeo de Acción Exterior pudiera asumir funciones consulares en situaciones de crisis. En su rechazo, la Comisión se basó en motivos financieros y de capacidades de gestión. Algunos Estados mostraron su oposición – más allá de la cuestión financiera u organizativa-, lo que hará difícil ese avance que exigiría una renegociación con todos los Estados terceros en los que algún Estado miembro tuviera Embajadas o Consulados y requerirá de una adaptación de las normas de la CV’63 o la adopción de normas bilaterales o regionales sustitutivas específicas. Sin embargo, la cuestión está sobre la mesa para futuros debates. Igualmente se descartó la posibilidad de que se ampliara la protección a los familiares no comunitarios de ciudadanos comunitarios, pero en cambio se incluyó en el preámbulo de la Directiva la posibilidad de que cada Estado decidiera si ofrecía asistencia a refugiados y apátridas que no siendo nacionales de ningún Estado miembro residan en ese Estado miembro, y viaje con un documento expedido por dicho Estado¹⁰⁷.

Los términos en los que está redactada la Directiva permiten avanzar que será fácil lograr la declaración de su eficacia directa frente a las autoridades nacionales por parte de los ciudadanos europeos en caso de no transposición, transposición tardía o defectuosa por parte de algún Estado. Aun cuando hay diferencias regulatorias entre la Decisión 95/553/CE aún en vigor y la nueva Directiva en otras cuestiones, nos interesa aquí ceñirnos a la normas en relación con la asistencia a detenidos. En tal sentido, la regulación sigue siendo escasa y escueta. Tan sólo se indica por ambas normas que la

¹⁰⁶ DOUE L106, de 24 de abril de 2015. Poca es la bibliografía general que hace referencia a esta nueva norma. Un caso particular es DE YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., *Los órganos del Estado para las relaciones...*, op. cit., p. 245, quien sin haber abordado la regulación en vigor mediante la Decisión 95/553/CE, cita sin embargo tanto el Libro Verde de 2007 como la Directiva 2015/637/UE. Puede consultarse un primer análisis sobre el borrador de esta norma en PIERNAS LÓPEZ, J. J., op. cit., 2014, pp. 577-599. Un análisis inicial de la misma puede verse en CRESPO NAVARRO, E., “La protección por afinidad de los ciudadanos de la Unión Europea no representados en terceros países”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 20, Nº 55, 2016, pp. 1019-1063.

¹⁰⁷ PIERNAS LÓPEZ, J. J., op. cit., 2014, pp. 591-595. Esta cuestión es relevante por cuanto que no hubo consenso en la Conferencia que adoptó la CV’63. Ello llevó a la adopción una de las tres declaraciones aprobadas en la Conferencia, Doc A/CONF.25/13/add.1, Resolution adopted by the Conference, I. Refugees, *United Nations Conference on Consular Relations*, 1963, Volume II: Annexes, Vienna Convention on Consular Relations, Final Act, Optional Protocols & Resolutions, p. 191. Y en todo caso, y volviendo a la dualidad protección diplomática y/o función v. protección y asistencia consular, la Comisión se refiere en todo caso a esta última, cuestión en todo caso distinta de la recogida en el artículo 8 del Proyecto de artículos sobre protección diplomática (anexo a las Res. A/62/67).

protección consular incluye “*la asistencia en casos de arresto o detención*”¹⁰⁸ o “*la asistencia en las circunstancias*” de “*detención o prisión*”¹⁰⁹.

La especialidad más significativa de la nueva normativa es que prevé la posibilidad de llegar a acuerdos bilaterales entre Estados miembros para la representación permanente a nivel de embajada o consulado, como ya contempla en el ordenamiento español el artículo 50 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, aunque sólo respecto de las Oficinas Consulares. Conjuntas con otros Estados miembros de la UE en terceros Estados, “*así como [para] compartir servicios comunes con las Oficinas Consulares de otros Estados de la Unión, en particular en materia de visados Schengen*”¹¹⁰.

De alcanzarse tales acuerdos, deberán hacerse públicos y primarán sobre la voluntad del ciudadano de dirigirse a una u otra representación diplomática o consular situada en el Estado receptor. Ante la solicitud de protección a un Estado diferente del ligado por el acuerdo, la solicitud deberá ser redirigida de oficio por las autoridades consulares ante las que se haya presentado, “*a menos que la protección consular se vea comprometida, en particular si la urgencia del caso requiere una intervención inmediata por parte de la embajada o consulado que reciba la solicitud*”¹¹¹.

En España tradicionalmente se ha regulado la asistencia a españoles detenidos y presos en el extranjero a nivel reglamentario y no legislativo, mediante órdenes ministeriales e instrucciones de servicio dirigidas al cuerpo diplomático y consular, como la Orden Circular 3252, que regula las obligaciones del funcionario consular y la Instrucción de Servicio 118 de 5 de abril de 2005, que establece un listado más detallado de obligaciones: la necesidad de que las oficinas consulares elaboren hojas informativas – genéricas- para los detenidos y se las entreguen en la primera visita, la obligación de abrir un expediente, la obligación de visitar y la periodicidad de las visitas siempre que el detenido quiera, la obligación de anotar las visitas en un Libro de visitas a detenidos españoles en el extranjero que debe llevar cada Oficina consular y que debe ser firmado en cada visita por el detenido, la obligación de remisión de información trimestral y anual a la Subdirección General de Protección de los Españoles en el Extranjero, información sobre la defensa y las ayudas disponibles de las que pueda beneficiarse (asistencia económica conforme a la Orden AEX/1059/2002, de 25 abril, modificada por la Orden AEC/3119/2005, de 26 de septiembre, que puede incluir gastos de defensa jurídica si el detenido no tiene recursos y no existe en el país de detención un sistema de

¹⁰⁸ Decisión 95/553/CE, art. 5.1.c), en vigor.

¹⁰⁹ Directiva (UE) 2015/637, art. 9.a), aún no en vigor.

¹¹⁰ “*Artículo 50. Oficinas Consulares conjuntas con Estados miembros de la Unión Europea. 1. El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe del Consejo Ejecutivo de Política Exterior, podrá acordar con otros miembros de la Unión Europea la creación de Oficinas Consulares conjuntas en terceros Estados, así como compartir servicios comunes con las Oficinas Consulares de otros Estados de la Unión, en particular en materia de visados Schengen. 2. En los acuerdos que se formalicen con las autoridades competentes se concretarán las condiciones que regirán estas oficinas*” (en negrita en el original), Ley 2/2014, de 25 de marzo.

¹¹¹ *Idem*, art. 7, 1. y 2.

defensa gratuita equiparable al español; asistencia no económica, como facilitar listados de abogados, entrega de mensajes, compra de alimentos, medicinas o ropa, entrega de material de lectura; y gestión del traslado de personas condenadas, en virtud del Convenio Europeo sobre el traslado de personas condenadas de 21 de marzo de 1983 y la extensa red de más de veinte tratados bilaterales concluida por España), entre otras¹¹².

Las referencias legislativas son escasas y en contextos diversos y no han sido especialmente concebidas ni para establecer y garantizar derechos individuales ni para desarrollar las necesidades derivadas de los derechos de ciudadanía europea, tal y como se plasman en la Decisión 95/553/CE, ni para configurar la prestación de la asistencia consular en caso de detención como una obligación del Estado. En tal sentido, la normativa española considera aún el servicio consular como una función estatal necesitada de ordenación administrativa, antes que como servicio público al ciudadano a través del cual se da satisfacción a derechos de los particulares, como los consulares aquí estudiados.

De un lado, la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, en su artículo 5 regula la asistencia y protección de los españoles en el exterior, limitándose a establecer la obligación de prestar “*especial atención*” “*a los privados de libertad, fundamentalmente a los condenados a la pena capital o cadena perpetua, así como a la ciudadanía española que haya sido víctima de delitos de lesa humanidad en procesos de represión política*”. No hay una referencia expresa al artículo 36 de la CVRC’63 y la redacción es mucho más imprecisa que la del texto internacional: en todo caso, la Convención de Viena que establece los derechos consulares individuales no atribuye una obligación paralela del Estado de prestar asistencia ni de comunicarse con los nacionales en los casos en que este lo solicite. El artículo 5 de la Ley 40/2006 establece obligaciones de comportamiento –que no de resultado- para que el Estado adopte “*medidas encaminadas a reforzar la tutela judicial de los españoles en el exterior*”, en relación con “*el reconocimiento de sentencias y defensa de los penados*”, “*fundamentalmente a los condenados a la pena capital o cadena perpetua, así como a la ciudadanía española que haya sido víctima de delitos de lesa humanidad en procesos de represión política*”. La norma remite al desarrollo

¹¹² Sobre la evolución histórica en la regulación de la institución consular en derecho español destaca el completo trabajo de NÚÑEZ HERNÁNDEZ, J., “A History of the Spanish Consular Service: An Institution in Its Own Right”, en MELISSEN, J., *Diplomatic Studies: Consular Affairs and Diplomacy*, Brill, 2011, pp. 247-273. De manera específica, la doctrina más especializada que detalla la regulación reglamentaria en España de la asistencia y protección consular contempla estas cuestiones con poco detalle: NÚÑEZ HERNÁNDEZ, J. y MARTÍ MARTÍ, X., *La función consular ...*, op. cit., 2009, pp. 395-396; MARTÍ, X., “La política española de protección y asistencia consulares a los ciudadanos españoles detenidos en el extranjero”, *REDI*, vol. LXV, 2013, pp. 43-72; VILARIÑO PINTOS, E., *Curso de Derecho...*, op. cit., 2016, pp. 381-385. Martí, en su trabajo de 2013 realiza un examen de Derecho comparado poniendo de manifiesto que Alemania e Italia tienen regulada la asistencia y protección que deben prestar las autoridades consulares mientras que no existe tal regulación en Francia, Australia, Canadá, Estados Unidos y Reino Unido (la mayor parte Estados de *Common Law*). Ello no implica que no se preste efectivamente la asistencia y protección, pero sin sujeción a un marco jurídico de rango legal. Ejemplos concretos de casos curiosos de atención a detenidos y presos son narrados en primera persona por DE YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., *Los órganos del Estado para las relaciones...*, op. cit., pp. 242-244.

reglamentario la posibilidad de acordar el beneficio de justicia gratuita en caso de necesidad económica, si el Estado en el que está detenido el nacional no cuenta con tal beneficio¹¹³.

En su conjunto, esta disposición es relevante por cuanto que su contenido determina legalmente la base de la asistencia que deberá prestarse tanto a nacionales, como a los ciudadanos europeos que puedan solicitar la asistencia a las autoridades consulares en el exterior, de no contar con representación de su propia nacionalidad.

Por su parte, la reciente Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, hace referencia a la asistencia y protección consular, aunque limitándose a la constitución del llamado “*Grupo de emergencia consular*” (art. 40), para supuestos de emergencia colectiva y grave (“*crisis bélica, de seguridad, desastre natural, de emergencia sanitaria o alimentaria o de cualquier otra índole*”). Esta disposición no hace referencia alguna a la prestación de asistencia a ciudadanos europeos no representados en el Estado donde ocurre la situación, ni al caso específico de detención, arresto o prisión en tales circunstancias¹¹⁴. No deja de ser criticable que en norma tan reciente no se haga referencia expresa a la prestación de la asistencia y protección consular derivada de la ciudadanía europea. De manera específica, no consta disposición alguna de cómo se canaliza y atiende la asistencia consular en los supuestos

¹¹³ Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, “*Artículo 5. Asistencia y protección de los españoles en el exterior. Los poderes públicos, en el ámbito de sus competencias, establecerán las medidas para que las Oficinas Consulares, Consejerías de Trabajo y Asuntos Sociales y demás dependencias de la Administración española en el exterior cuenten con los medios personales, materiales y técnicos precisos para prestar la debida asistencia, protección y asesoramiento a la ciudadanía española en el exterior. La Administración General del Estado y la de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, prestarán especial atención a aquellos que se encuentren en situaciones de necesidad y a los privados de libertad, fundamentalmente a los condenados a la pena capital o cadena perpetua, así como a la ciudadanía española que haya sido víctima de delitos de lesa humanidad en procesos de represión política. El Estado fomentará la adopción de medidas encaminadas a reforzar la tutela judicial de los españoles en el exterior, impulsando la firma de Tratados o Convenios en materias como reconocimiento de sentencias y defensa de los penados. Reglamentariamente, se determinarán los supuestos en que la ciudadanía española residente en el exterior que carezca de recursos económicos podrá acceder a la asistencia jurídica gratuita cuando este beneficio no exista en el país de residencia*” (en negrita en el original). El desarrollo reglamentario aún no se ha producido y sólo existe la regulación mediante Órdenes ministeriales antes descrita. Entendemos que debiera aprovecharse la pendiente transposición de la nueva Directiva (UE) 2015/637, cuyo plazo de transposición concluye el 1 de mayo de 2018, y la también reciente Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia /jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención (DO L 297, de 4 de noviembre de 2016) de la que hablaremos *infra*, y que debe llevarse a cabo antes del 25 de mayo de 2019.

¹¹⁴ “*Artículo 40. Grupo de emergencia consular. 1. Para garantizar la asistencia y protección debida a los ciudadanos españoles en el exterior, el Consejo de Política Exterior constituirá en su seno un grupo de emergencia consular, presidido por el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, cuando se produzca una situación de crisis bélica, de seguridad, desastre natural, de emergencia sanitaria o alimentaria o de cualquier otra índole, que requiera la coordinación de distintos órganos y organismos de la Administración General del Estado.*” (en negrita en el original), Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, BOE nº 74, de 26 de marzo de 2014.

de detención, arresto o prisión de nacionales y de ciudadanos europeos no nacionales, sea a través de las propias Oficinas Consulares o de las Oficinas Conjuntas.

Por último, no consta que España haya renegociado sus acuerdos de representación diplomática y consular con terceros Estados, o informado al menos a los terceros Estados de la posibilidad de prestar asistencia consular a los detenidos de Estados miembros de la UE que no cuenten con representación diplomática o consular en el tercer Estado. Si se ha hecho, no hay publicación oficial que lo recoja¹¹⁵. Por ello, es deseable que los necesarios actos de transposición de la nueva Directiva detallen al máximo el régimen de prestación de esta función consular de asistencia a los detenidos en el extranjero de nacionalidad distinta a la propia y que hayan solicitado el auxilio en base a su ciudadanía europea. La correcta transposición de la Directiva podría permitir contar con una base de datos (*EurLex*) respecto de la forma en que se presta esta asistencia en caso de detención, arresto o prisión por parte de las autoridades consulares de cada uno de los Estados miembros, así como los posibles acuerdos bilaterales de prestación “preferente” de asistencia que se concluyan entre Estados miembros. Es positiva la inclusión de una cláusula de asistencia consular en los acuerdos mixtos recientemente negociados por la UE y sus Estados miembros.

¹¹⁵ Un caso análogo a lo que sucede en el Tratado de la UE con respecto a la ciudadanía europea, son los acuerdos de amistad y cooperación de España con varios Estados de América Latina. En estos supuestos, el acuerdo se celebra entre dos Estados (acreditante y Estado de nacionalidad de quien solicite la protección y asistencia), aunque especificando en ellos que será necesario el consentimiento “de las autoridades locales”. Entendemos que se refiere al Estado receptor y no a las autoridades locales del lugar del hecho. La cláusula está redactada de la manera siguiente en el acuerdo con Argentina y de forma similar en los demás casos: “En aquellos terceros estados en los que no existan oficinas consulares de una de las partes, sus nacionales podrán acudir a la oficina consular de la otra y solicitar asistencia. Esta asistencia podrá concederse con el beneplácito del Estado cuyo nacional la haya solicitado y, en su caso, previa notificación y aceptación por parte de las autoridades locales”. Sin ánimo de exhaustividad, existen acuerdos de esta naturaleza con Argentina (de 3 de junio de 1988, *BOE* nº 205, de 28 de agosto de 1989, art. 11), Chile (de 19 de octubre de 1990, *BOE* nº 223, de 17 de septiembre de 1991, art. 16), México (de 11 de enero de 1990, *BOE* nº 169, de 16 de julio de 1991, art. 11), Uruguay (de 23 de julio de 1992, *BOE* nº 131, de 2 de junio de 1994, art. 13) y –paradójicamente– Venezuela (de 7 de junio de 1990, *BOE* nº 170, de 16 de julio de 1992, art. 10). En este último tratado se hace referencia expresa a la necesidad de consentimiento del “Estado receptor” como tal. No consta, sin embargo, si hay casos de la práctica en ejercicio de estas cláusulas y cómo se ha obtenido el consentimiento de las “autoridades locales” o del “Estado receptor”, si mediante consentimiento expreso o tácito. También se han firmado acuerdos con cláusulas de apoyo mutuo consular más genérico con Bolivia (de 16 de marzo de 1998, *BOE* nº 56, de 6 de marzo de 1999, art. 11), Brasil (de 23 de julio de 1992, *BOE* nº 162, de 8 de julio de 1994, arts. 13-15), Colombia (de 29 de octubre de 1992, *BOE* nº 182, de 1 de agosto de 1995, arts. 12-14) y Ecuador (de 30 de junio de 1999, *BOE* nº 97, de 21 de abril de 2004, art. 11), pero no establecen un derecho de ejercicio de asistencia consular recíproca en beneficio de los respectivos nacionales.

Entre los supuestos que afectan a España en esta prestación de asistencia consular respecto de nacionales de otros Estados, el ejemplo más acabado porque traba el consentimiento de todas las partes implicadas (que pueden ser indistintamente Estado acreditante, Estado receptor o Estado de nacionalidad del individuo que requiere asistencia) sólo encontramos el Tratado de Buena Vecindad, Amistad y Cooperación entre Francia, Andorra y España de 1993 (art- 7). Como recoge NÚÑEZ HERNÁNDEZ, J. y MARTÍ MARTÍ, X., *La función consular...*, *op. cit.*, 2009, p. 387, “esta cooperación está desarrollada en la Orden Circular 3.208 de 18 de enero de 1995”.

2. Garantías procesales penales comunes para los detenidos extranjeros en la Unión Europea

En paralelo a la implantación normativa de la ciudadanía europea, y para lograr el desarrollo del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea, la Comisión consideró necesario elaborar en 2003 un Libro Verde para examinar la oportunidad y la necesidad de establecer en los Estados miembros de la Unión Europea normas mínimas comunes sobre las garantías procesales concedidas a las personas sospechosas, acusadas, procesadas o condenadas por haber cometido un delito¹¹⁶.

La Comisión hizo un inventario de los derechos fundamentales, cuyo respeto era el fundamento de la actuación de la Unión en este ámbito: artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), que prevé el «derecho a un juicio justo» (posteriormente se incorporaría a los documentos legales la referencia al artículo 5 del CEDH sobre el derecho a la libertad y la seguridad en relación con las condiciones de la detención), el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales (en adelante, la “Carta”), que hace referencia al «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial» y otras disposiciones de otros Tratados internacionales entre los que incluyó el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Dicha inclusión se apoyaba en un largo proceso de consulta iniciado en 2001 en el que participaron los Ministerios de Justicia de los Estados miembros y expertos (departamentos gubernamentales, órganos profesionales, ONGs y particulares).

Por lo que se refiere a la definición de los «derechos fundamentales» que cubre el concepto de «derecho a un juicio justo», la Comisión llegó a la conclusión de que, aun siendo todos importantes, se debía dar prioridad a los derechos que se consideraban esenciales, para una primera fase de actuación. En concreto, el Libro Verde examinó: el derecho a la justicia gratuita y a la asistencia jurídica (representación) por abogado defensor; el derecho a contar con la asistencia de un intérprete y a obtener la traducción de los documentos esenciales; el derecho para las personas acusadas de un delito a obtener información escrita relativa a sus derechos fundamentales en una lengua que comprendan, lo que puede tomar la forma de una «declaración de derechos»; el derecho a una protección suficiente para las personas vulnerables; y de forma expresa, *el derecho a la asistencia consular*.

En todo caso, la Comisión evitó utilizar el término de derechos fundamentales recurriendo a la terminología de “derechos básicos” en el documento. En concreto afirmó que: *“El presente Libro Verde no pretende crear nuevos derechos ni controlar el respeto de los derechos que existen en virtud del CEDH u otros instrumentos, sino, más bien, determinar qué derechos existentes la Comisión considera básicos e impulsar su visibilidad”*¹¹⁷.

¹¹⁶ COM(2003) 75 final, de 19 de febrero de 2003, Libro Verde de la Comisión, “Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea”.

¹¹⁷ *Idem*, p. 16, y sobre la determinación de los derechos que se incluyeron en el Libro Verde, pp. 14-17.

En el Libro Verde, la Comisión refiriéndose a los procesos abiertos ante la CIJ en relación con la violación de la CVRC’63, indicó que:

“actualmente, el incumplimiento de la Convención de Viena sobre relaciones consulares puede dar lugar a la interposición de una acción ante el Tribunal Internacional de Justicia. Sin embargo, los procedimientos en ese tribunal son muy largos. Las acciones se interponen por los Estados, de modo que la base jurídica es que el Estado ha sufrido un perjuicio por no haber sido tratado su nacional de conformidad con el protocolo consular, lo que no representa una reparación para el individuo concreto que ha sido víctima del incumplimiento. Incluso si el Estado de origen estuviera dispuesto a interponer una acción contra el Estado ofensor, ello no proporcionaría una reparación efectiva y práctica al individuo en cuestión”¹¹⁸.

Después de la publicación del Libro Verde, la Comisión recibió casi un centenar de respuestas escritas apoyando la idea de definir normas mínimas comunes en materia de garantías procesales. En el Libro Verde incluía como una de las posibles propuestas la creación de una carta de derechos, con una parte común europea y otra nacional, que recogiera todos los considerados básicos. Este planteamiento resulta estar en la línea de la propuesta de la CIJ en el *Asunto Avena*, en el cual se recomendaba a los Estados Unidos que se informara de los “derechos consulares” junto con los derechos Miranda en el momento de la detención.

En junio de 2003, se organizó una audiencia y, teniendo en cuenta las reacciones, la Comisión presentó el 28 de abril de 2004 una propuesta de Decisión marco, sobre la base del artículo 31 del Tratado de la Unión Europea, referido a la cooperación judicial en materia penal¹¹⁹. Tras haber sido discutida en el seno del Consejo durante 3 años sin alcanzar un acuerdo para su aprobación, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior decidió en junio de 2007 dejar abierta la posibilidad de que se lanzara una cooperación reforzada en la materia. Francia manifestó su interés en proceder a ello¹²⁰.

En lugar de esperar a la puesta en marcha de una cooperación reforzada, la Comisión adoptó un enfoque diferente¹²¹, abordando cada una de las garantías de forma individual

¹¹⁸ COM (2003) 75 final, par. 7.2. Con independencia de las imprecisiones-incorrecciones terminológicas del texto, esta cita pone de manifiesto la originalidad de la solución adoptada por la Corte Internacional de Justicia (revisión y reconsideración de las sentencias, dotando de contenido específico al artículo 36.2 como generador de nuevos derechos para los individuos concernidos por el apartado primero del mismo artículo). Refuerza asimismo la idea de que la Corte trataba de dotar de garantías procesales extraordinarias a los casos en los que los extranjeros fueran condenados a penas extraordinarias. La Comisión al redactar este texto, antes de la sentencia *Avena* y otros, recoge una interpretación estrictamente interestatal de los derechos en presencia ante la Corte Internacional de Justicia.

¹¹⁹ COM (2004) 328 final, de 28 de abril de 2004, propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea.

¹²⁰ PV/CONS34, JAI 317, 2807ème session du Conseil de l'Union européenne (Justice et Affaires Intérieures), qui s'est tenue à Luxembourg les 12 et 13 juin 2007 de 2009, p. 12.

¹²¹ Un análisis de las diversas posibilidades del nuevo modelo de actuación en materia de garantías procesales comunes puede verse en SEC (2009) 916, de 8 de julio de 2009, Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales. Evaluación de impacto resumida.

y sucesiva. La Comisión presentó una primera propuesta en esta línea en julio de 2009, para una posible Decisión Marco del Consejo relativa al derecho de interpretación y traducción en los procesos penales¹²². La Comisión retiró la propuesta formalmente tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa al cambiar las bases jurídicas e instrumentos normativos aplicables a la cuestión¹²³.

De otro lado, el Consejo adoptó en noviembre de 2009 un “*Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales*”¹²⁴, en el que el citado derecho a la interpretación y traducción era el primero que debía ser abordado. El Plan de trabajo consideraba tan sólo orientativo el orden en el que se mencionan los derechos.

El derecho relativo a la información consular es el cuarto de los seis derechos enunciados en el Plan de trabajo de 2009, justo después de la traducción e interpretación, la información sobre derechos e información sobre los cargos y el asesoramiento y la justicia gratuita. Se une en la propuesta de trabajo al derecho de comunicación con los familiares y el empleador. En concreto, se contempla el derecho de “*todo sospechoso o acusado que sea objeto de una medida de privación de libertad en un Estado distinto del Estado del que sea nacional*” a ser “*informado de que tiene derecho a advertir a las autoridades consulares competentes de su privación de libertad*”. Aunque en el documento no menciona la referencia temporal, esto es, que el derecho debe ser comunicado “*sin dilación*” en el momento de la detención, tampoco prejuzga el tratamiento que posteriormente se hiciera de la cuestión, dada la concisión del Plan de Trabajo propuesto.

En el marco del citado plan se han ido adoptando un número ya significativo de Directivas. Los que llamamos derechos consulares (información, notificación y comunicación) del detenido extranjero han sido objeto de regulación ya desde la segunda Directiva (en 2012) del paquete aprobado, siendo luego completado su tratamiento por la tercera de las Directivas aprobadas (en 2013)¹²⁵. La Directiva

¹²² COM (2009) 338 final, Propuesta de Decisión Marco del Consejo, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

¹²³ COM (2009) 665 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - Consecuencias de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa sobre los procedimientos interinstitucionales de toma de decisiones en curso. En su pár. 4, la Comisión considera que en “las propuestas presentadas por la Comisión con arreglo al Título VI del Tratado de la Unión Europea, que ahora están reguladas por el nuevo Título V del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (...), debido a la naturaleza y ámbito de estos actos, no basta con substituir la base jurídica actual por una nueva. Estas propuestas, ahora «caducas», serán retiradas formalmente y la mayoría de ellas será sustituida, en el menor plazo posible, por nuevas propuestas en las que se tenga en cuenta el nuevo marco del Tratado de Lisboa (anexo 2)”. En el anexo 2 de la comunicación se encuentra tanto la “Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea” como la “Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales”, que quedan a partir de este documento formalmente retiradas.

¹²⁴ Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009, sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales, DOUE C 295/01, de 4 de diciembre de 2009.

¹²⁵ Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al

2012/13/UE regula el derecho del detenido a ser informado de sus derechos de asistencia y comunicación consular. La Directiva 2013/48/UE regula el derecho a que se notifique a las autoridades consulares la detención y a comunicarse y recibir la asistencia de las citadas autoridades.

Ambas Directivas se presentan como un elemento clave de la confianza recíproca entre los Estados miembros, base de la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones en materia penal, competencia de la UE en virtud del artículo 82.2.b) del TFUE. En el considerando sexto del preámbulo de la Directiva 2013/48/UE se afirma que “[e]l refuerzo de la confianza mutua exige normas detalladas para la protección de las garantías y los derechos procesales derivados de la Carta, del CEDH y del Pacto. También requiere, a través de la presente Directiva y de otras medidas, un mayor desarrollo dentro de la Unión de las normas mínimas establecidas en la Carta y en el CEDH”¹²⁶.

Dedicada al “derecho a la información en los procesos penales”, la Directiva 2012/13/UE regula los derechos mínimos de los que deben ser informados los sospechosos, acusados, detenidos o destinatarios de una orden de detención europea. Su plazo de transposición terminaba el 2 de junio de 2014. Reino Unido e Irlanda decidieron participar en el proceso de adopción y por tanto les es de aplicación la Directiva; sin embargo Dinamarca había rechazado esta opción. La Directiva por tanto no le es de aplicación a este último Estado. En febrero de 2017, todos los Estados miembros obligados salvo Bélgica habían adoptado medidas de transposición¹²⁷.

derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (*DO* L 280, de 26.10.2010); Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (*DO* L 142, de 1.6.2012); Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (*DO* L 294, de 6.11.2013); Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio (*DO* L 65, de 11.3.2016); Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales (*DO* L 132, de 21.5.2016); Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención (*DO* L 297, de 4.11.2016).

¹²⁶ En el considerando primero indica que “El artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo “la Carta”), el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo sucesivo denominado “Pacto”) consagran el derecho a un juicio imparcial. El artículo 48, apartado 2, de la Carta garantiza el respeto de los derechos de la defensa”. La Directiva 2012/13/UE hace referencia en términos similares a la misma normativa internacional en materia de derechos humanos.

¹²⁷ Sobre la transposición en España hablaremos al final del apartado conjuntamente con la transposición de la Directiva 2013/48/UE.

El artículo 4 regula específicamente la declaración de los derechos que deben ser notificados por escrito “*con prontitud*” a la persona detenida o privada de libertad en una lengua que comprenda. Entre ellos, el detenido debe ser informado de su “*derecho a informar a las autoridades consulares y a una persona*” (figura en el apartado 2.b)). Además, y conforme al artículo 8, dedicado a la verificación y recursos, “[*l*os Estados miembros garantizarán que la persona sospechosa o acusada, o su abogado, tenga derecho a impugnar, de conformidad con los procedimientos previstos por la legislación nacional, el hecho de que las autoridades competentes no le hayan proporcionado la información de conformidad con la presente Directiva o se hayan negado a hacerlo”.

Y, recogiendo también en esto el testigo de la sentencia *Avena* de la CIJ, la Directiva establece en su artículo 9 que “*los Estados miembros exigirán a las personas encargadas de la formación de los jueces, fiscales y personal policial y judicial que intervienen en los procesos penales que ofrezcan la formación adecuada con respecto a los objetivos de la presente Directiva*”.

Para alcanzar los objetivos apuntados, esta Directiva propone en el Anexo I un “*Modelo indicativo de la declaración de Derechos*” para “*ayudar a las autoridades nacionales a elaborar su declaración de derechos*”. No obstante, “*los Estados miembros no están obligados a utilizar este modelo*” y podrán modificarlo para “*armonizarlo con las normas nacionales aplicables y añadir otra información útil*”. Pero la declaración de derechos deberá ser entregada “*en el momento de la detención o privación de libertad*”. En la letra F del modelo de declaración de derechos se incluye la información en relación con la asistencia consular en los siguientes términos: “*Si usted es extranjero, indique a la policía que desea que su autoridad consular o su embajada sean informadas de su detención. Indique asimismo a la policía si desea ponerse en contacto con un funcionario de la autoridad consular o embajada que corresponda*”.

Con este último inciso, la Directiva 2012/13/UE está entrando en el ámbito de regulación de la siguiente Directiva 2013/48/UE que regula sustantivamente los derechos de notificación y comunicación consular.

Teniendo en cuenta que la CVRC’63 como tal no obliga directamente a la UE sino a sus Estados miembros¹²⁸, la Directiva 2013/48/UE no es una forma de cumplimiento, desarrollo o aplicación de la norma de 1963 por parte de la UE en relación con sus

¹²⁸ Como se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con antelación: “*únicamente si y en la medida en que la Unión haya asumido, en virtud de los Tratados UE y FUE, las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros de la Unión en el ámbito de aplicación de este convenio internacional, (...), las disposiciones de dicho convenio tendrían efecto vinculante para la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias International Fruit Company y otros, antes citada, apartado 18; de 14 de julio de 1994, Peralta, C 379/92, Rec. p. I-3453, apartado 16, y de 22 de octubre de 2009, Bogiatzi, C 301/08, Rec. p. I-10185, apartado 25). En efecto, para poder vincular a la Unión, es preciso también que ésta haya asumido y que de esta forma le hayan sido plenamente transferidas, las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros relacionadas con el convenio del que se trate (véanse, al respecto, las sentencias, antes citadas, Intertanko y otros, apartado 49, y Bogiatzi, apartado 33)*”, STJUE de 21 de diciembre de 2011, *Asunto Air Transport Association of America y otros*, C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864, apartado 50.

Estados miembros¹²⁹. Eso es lo que debemos entender cuando el preámbulo en su párrafo 37 establece que “*la presente Directiva confiere un derecho equivalente [al consagrado en el artículo 36 de la CVRC’63 sobre Relaciones Consulares] a los sospechosos o acusados o a las personas que se haya privado de libertad, si así lo desean*”. Sin embargo, desde la perspectiva de los Estados Miembros, tanto la Directiva como su posterior normativa de transposición deben considerarse como “leyes y reglamentos del Estado receptor” conforme a las cuales se ejercerán los derechos reconocidos en la Convención. Y tales normas –Directiva incluida- no deben impedir “que tengan pleno efecto los derechos reconocidos”.

El régimen establecido en el artículo 7 de la Directiva sigue muy de cerca las disposiciones del apartado b) del artículo 36.1 de la Convención de 1963. Contempla tanto los derechos del individuo como los de las autoridades consulares. En el primer caso, consagra el derecho del particular a ser visitado por las autoridades consulares e incluso a que le facilitaren representación legal (artículo 7, apartado 2). En el segundo caso, explicita el derecho de las autoridades consulares del Estado del que es nacional el detenido a ser informadas de su detención y el derecho a comunicarse con ellas (artículo 7, apartado 1). Estos últimos derechos, los de las autoridades consulares, quedan supeditados en la Directiva -como en el Convenio- a la voluntad del detenido, indicándolo reiteradamente en ambos apartados, (“*si así lo desea*” en el art. 7.1, y en el 7.2 “*si así lo desea el sospechoso o acusado de que se trate*”).

El Estado miembro donde ocurra la privación de libertad deberá velar porque la información se traslade al detenido “*sin demora injustificada*”. En este punto desgraciadamente la Directiva es menos garantista que la Convención de Viena en tanto en cuanto parece admitir la posibilidad de demoras “justificadas”. La redacción de la Directiva supone un retroceso de más de 55 años (y un retorno al proyecto original de la CDI, que data de 1961) y está en contradicción con las obligaciones asumidas por los Estados miembros de la UE en virtud de la CVRC’63, tal y como fue finalmente aprobada¹³⁰.

Cuestión distinta es la previsión por parte de la Directiva de un régimen de excepciones temporales para algunos de los derechos contemplados (siempre de carácter individual, sin menoscabo de las garantías del juicio justo y mediante decisión judicial con derecho

¹²⁹ Debe tenerse en cuenta que la Directiva en realidad sólo vincula a 25 de los 28 Estados miembros, puesto que Reino Unido, Irlanda y Dinamarca no participaron en la adopción de la misma conforme a lo establecido en los Protocolos 21 y 22, anejos al TUE y al TFUE. En el ámbito de la doctrina procesalista, los análisis sobre esta Directiva pasan de puntillas sobre el derecho de comunicación consular, aunque afirma que los derechos de información a un tercero (familiar, empleador) y el derecho de comunicación con las autoridades consulares son derechos diferenciados. Por todos, véase, NARANCO BULNES, M., “La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre los derechos de asistencia letrada y comunicación en el proceso penal: ¿realidad al fin?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 48, 2014, pp. 443-489, y en particular sobre estos derechos, pp.- 477-483

¹³⁰ Recuérdese que, como se ha indicado en el apartado I de este trabajo, el proyecto original de la CDI que sirvió de base para la negociación de la CVRC’63 establecía que la comunicación de la detención debía efectuarse “sin dilación indebida” (*without undue delay*). Gracias a una enmienda del Reino Unido se retiró la expresión “indebida”.

a revisión asimismo judicial, conforme al artículo 8). Sin embargo, esta eventual suspensión no es de aplicación al artículo 7 relativo al derecho a comunicarse con las autoridades consulares, sino tan solo a los derechos de asistencia letrada durante la fase de instrucción, el derecho a que un familiar u otra persona designada por el detenido sea informado de la detención (suspensión que puede darse aunque el detenido sea un menor).

Por último y de manera significativa, la Directiva incluye en su artículo 12 la obligación de los Estados miembros de facilitar “*vías de recurso efectivas conforme a la normativa nacional en los casos en que se hayan vulnerado los derechos que le confiere la presente Directiva*”. Con ello, la disposición se alinea con la jurisprudencia *LaGrand y Avena* de la CIJ, conforme a la cual el Estado debe facilitar recursos que permitan la revisión y reconsideración de las sentencias emitidas en violación de los derechos, por cuanto que los Estados parte en la Convención de 1963 se obligan a los derechos del artículo 36 puedan tener pleno efecto. No define la Directiva, sin embargo, cuál debe ser la consecuencia procesal de la violación de los derechos incluidos en la Directiva.

Frente a este texto, el primer borrador de Decisión Marco de la Comisión¹³¹, sobre garantías procesales comunes de 2004, ampliaba y modernizaba las disposiciones de 1963¹³². Se ofrecía una alternativa para los casos en los que el detenido no deseara contactar con las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad, independientemente de que existiera una motivación ligada a algún estatuto cualificado de extranjería –asilo, refugio, etc.,-. En tales casos, las autoridades del Estado miembro podían ofrecer la asistencia alternativa de “*una organización humanitaria internacional reconocida*”, por tal Estado. Como establece la Comisión en sus comentarios a la propuesta, “*la organización internacional más adecuada que ofrece este tipo de ayuda es el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) cuyas funciones oficiales incluyen visitar a los detenidos*”. No obstante, “*se invita[ba] a los Estados miembros a decidir qué organizaciones humanitarias internacionales reconocen*” a estos efectos¹³³.

¹³¹ Debe tenerse en cuenta que la propuesta de la Comisión se aprueba muy poco después de dictarse la sentencia *Avena* y otros. A cambio, esta propuesta cita el Convenio Europeo de Derechos Humanos y jurisprudencia específica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para aspectos diversos de las garantías comprendidas en el derecho al juicio justo. No formula ninguna referencia en el caso del derecho a la comunicación consular, puesto que no existe jurisprudencia específica en la materia en el ámbito europeo.

¹³² El artículo 13 de la propuesta de Decisión marco establecía el derecho a comunicarse con las autoridades consulares en los siguientes términos: “*1. Los Estados miembros asegurarán que la persona sospechosa detenida que no sea un nacional tenga derecho a que se informe cuanto antes de su detención a las autoridades consulares de su Estado de origen y a comunicarse con las autoridades consulares de su Estado de origen si así lo desea. 2. Los Estados miembros asegurarán que si una persona sospechosa detenida no desea la asistencia de las autoridades consulares de su Estado de origen se le ofrezca como alternativa la ayuda de una organización humanitaria internacional reconocida. 3. Los Estados miembros asegurarán que un no nacional residente de larga duración en un Estado miembro de la Unión Europea tenga derecho a la asistencia de las autoridades consulares de ese Estado en pie de igualdad con sus propios ciudadanos si tiene razones fundadas para no querer la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad*”.

¹³³ COM(2004) 328 final, par. 78-79.

La Directiva 2012/13/UE contemplaba como fecha final del plazo de transposición el 27 de noviembre de 2016. En febrero de 2017 Alemania, Bulgaria, Chipre, Croacia, Francia, Eslovenia y Grecia no habían adoptado ninguna medida de transposición.

España, a la espera de la discusión de un Código Procesal Penal propuesto en 2012 que pueda sustituir a la todavía y muy reformada vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (en adelante LECr), transpuso ambas directivas en 2015.

La Directiva fue transpuesta fuera de plazo, mediante Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales¹³⁴. Esta norma de transposición no afecta a la cuestión de los “derechos consulares”, que se encontraban ya desde 1983 recogidos en el artículo 520 de la LECr¹³⁵. En concreto, en su apartado segundo, letra d) (hoy en la letra e) se incluye entre los derechos de los que debe ser informado el detenido “*de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata*”, el derecho que le asiste “*(...) a que las circunstancias anteriores [la detención] se comuniquen a la Oficina Consular de su país*”. En principio el artículo 520 LECr permite satisfacer el derecho de información sobre la asistencia consular establecido en el artículo 36 de la CVRC’63 y el artículo 4.2.b) de la Directiva 2012/13/UE, cumpliendo “con prontitud” así con los deberes asumidos internacionalmente.

La Directiva 2013/48/UE fue transpuesta en plazo, mediante la Ley Orgánica 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica¹³⁶.

Esta norma introduce en el artículo 520.2.g) LECr como nuevo derecho la información sobre el “*g) Derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas*”. Con ello se completa el derecho de información al detenido y el derecho de comunicación de su detención a las autoridades consulares con su derecho a comunicarse efectivamente con las mismas.

Pero al mismo tiempo la LO 13/2015, introduce en el párrafo tercero del artículo 520 LECr una norma nueva, que está en contradicción con la letra y el espíritu de las

¹³⁴ BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015.

¹³⁵ La primera versión consolidada, que se ofrece como texto original, se corresponde con la de fecha 1 de junio de 1997, aunque el texto original se publicó en la *Gaceta de Madrid* el 17 de septiembre de 1882. Ref. BOE-A-1882-6036. En la versión original de 1882 no se hace referencia a los derechos consulares. La inclusión de esta garantía procede de la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el artículo 17.3 de la Constitución, en materia de asistencia letrada al detenido y al preso, y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1983. Con la LO 5/2015 cambia tan sólo la numeración por inclusión de otras garantías, estando los derechos consulares en el artículo 520.2.e).

¹³⁶ BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015 y corrección de errores en BOE núm. 285 de 28 de noviembre de 2015.

disposiciones de la Convención de 1963 y de la propia Directiva, al afirmar que:

“3. Si el detenido fuere extranjero, se comunicará al cónsul de su país el hecho de su detención y el lugar de custodia y se le permitirá la comunicación con la autoridad consular. En caso de que el detenido tenga dos o más nacionalidades, podrá elegir a qué autoridades consulares debe informarse de que se encuentra privado de libertad y con quién desea comunicarse”¹³⁷.

Esta disposición ignora el hecho de que la información sobre la detención a las autoridades consulares, así como el derecho de estas a la comunicación con el detenido son actuaciones supeditadas a la voluntad del detenido tanto en la CVRC'63 como en la Directiva 2013/48/UE¹³⁸. En este supuesto concreto, existe una incompatibilidad de obligaciones internacionales e internas que puede suscitar dudas y problemas de aplicación en situaciones concretas de detención. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que mientras la modificación de la LECr prevé la renuncia al derecho a la preceptiva asistencia letrada en el momento de la detención en el apartado 8 del artículo 520, no prevé la posibilidad de renuncia al derecho de información a y comunicación con las autoridades consulares, renuncia a la información a y comunicación con las autoridades consulares que sí está presente tanto en la Directiva como en la Convención de Viena.

En un sentido análogo y criticable, la redacción del artículo 520 LECr, apartado tercero, desde 1983 preveía que *“Si el detenido menor o incapacitado fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al Cónsul de su país”*. La transposición de la Directiva mantiene igualmente esta norma, pasando a situarse en el artículo 520.4 LECr. En la negociación de la CVRC'63 hubo enmiendas en el sentido de incluir una

¹³⁷ A nuestro juicio el primer párrafo debiera decir *“Si el detenido fuere extranjero, se comunicará al cónsul de su país el hecho de su detención y el lugar de custodia y se le permitirá la comunicación con el detenido”*, y no *“con la autoridad consular”* como dice el texto, pues se está hablando de la diligencia a practicar con respecto a las autoridades consulares y por tanto ellas no van a comunicarse con ellas mismas, salvo que falte el inciso ‘al detenido’.

¹³⁸ Es más, en su momento, España presentó una enmienda al texto originalmente discutido y preparado por la CDI que serviría de base a la Conferencia que aprobaría la CVC'63. El texto de la CDI establecía la asistencia consular a los detenidos y presos; España solicitó que el texto incluyera la abstención de las autoridades consulares cuando el detenido se opusiera expresamente a ello (Doc. A/CONF.25/C.2/I.114, Proposals and amendments submitted in the Second Committee, *Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, Vol. II, p. 86). Por otra parte y sorprendentemente dados los contenciosos en los que se ha visto involucrado, el Ordenamiento jurídico de los Estados Unidos distingue del supuesto de comunicación voluntaria ex CVRC'63 los casos en los que un tratado bilateral establece esa obligación de informar a las autoridades consulares de la detención. Puede consultarse en tal sentido 8 CFR (Code of Federal Regulations) 236.1 - *Apprehension, Custody, And Detention*, en la letra, *“(e) Privilege of communication. Every detained alien shall be notified that he or she may communicate with the consular or diplomatic officers of the country of his or her nationality in the United States. Existing treaties with the following countries require immediate communication with appropriate consular or diplomatic officers whenever nationals of the following countries are detained in removal proceedings, whether or not requested by the alien and even if the alien requests that no communication be undertaken in his or her behalf. When notifying consular or diplomatic officials, Service officers shall not reveal the fact that any detained alien has applied for asylum or withholding of removal”*. Y sigue luego la lista de países con respecto de los cuales la notificación de la detención al consulado es obligatoria en virtud de convenio bilateral.

disposición de este tipo (como se ha indicado *supra* en el Capítulo I), pero no salieron adelante. Esta norma prevé la información de oficio a las autoridades consulares, sin supeditarla a la consulta a quienes detenten la patria potestad o guarda y custodia del menor ni del Ministerio Fiscal (como Defensor del interés del menor), para apreciar si en las circunstancias del caso se aconseja dar traslado de la detención a las autoridades consulares¹³⁹.

A ello se añade que la regulación de la llamada “detención incomunicada” en el artículo 527 LECr (y que data también de 1983) puede afectar y suspender temporalmente los derechos de información y comunicación del detenido con las autoridades consulares. Ello es absolutamente incompatible en nuestra opinión con el tenor de la Directiva 2013/48/UE, que prevé de manera específica los supuestos de suspensión como se ha visto *supra*, sin que incluya entre tales los derechos consulares.

Por último, en la transposición de la norma europea no consta ni se designa de manera específica cuáles son los recursos efectivos para asegurar el cumplimiento de estos derechos. Entendemos que, como defectos procesales, todas las vías de recurso posibles podrán canalizar la alegación del defecto procesal y, además, estaría abierta la vía del recurso de amparo ante el TC dado el carácter orgánico del artículo 520 LECr, en tanto en cuanto conforme a la LO 5/2015 desarrolla el artículo 24 de la Constitución Española¹⁴⁰. Todas estas normas de transposición han sido consideradas normas de desarrollo de los derechos fundamentales de la Constitución española, como así indican sus respectivos preámbulos¹⁴¹. Por su parte, la LO 5/2015 mantuvo el carácter orgánico del artículo 520 de la LECr¹⁴².

Sin duda alguna, en derecho español la aplicación de estos derechos es bastante pacífica en el marco del proceso penal, aunque como se ha visto no deja de plantear problemas el análisis de la transposición realizada. La regulación de la Unión Europea de esta garantía no alcanza a los derechos de comunicación con las autoridades consulares durante el período de encarcelamiento. La legislación española, sin embargo, sí tiene regulada esta circunstancia. Aun cuando la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria¹⁴³ no contempla la comunicación de los presos extranjeros de manera

¹³⁹ Imaginemos un supuesto de un menor extranjero o extranjero con capacidad disminuida a efectos judiciales que es objeto de persecución por las autoridades de su país, y ello con independencia de la posible solicitud de protección que pudiera cursarse. La comunicación a las autoridades consulares podría poner en riesgo la propia seguridad del menor.

¹⁴⁰ LO 5/2015, Preámbulo, par. VII.

¹⁴¹ Tal es el caso de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, en su apartado VII, con referencia expresa al artículo 24 de la Constitución; LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, apartado II, con referencia expresa a los artículos 18 y 24 de la Constitución.

¹⁴² LO 5/2015, de 27 de abril, disposición final segunda, *a sensu contrario* (pues cita los preceptos reformados que no tienen carácter orgánico).

¹⁴³ BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979.

específica, el reglamento de la ley, aprobado mediante Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero¹⁴⁴, establece en su artículo 49.3: que “[l]os internos extranjeros podrán comunicar, en locales apropiados, con los representantes diplomáticos o consulares de su país, o con las personas que las respectivas Embajadas o Consulados indiquen, previa autorización del Director del Establecimiento, y con aplicación en todo caso de las normas generales establecidas sobre número de comunicaciones y requisitos de las mismas en el artículo 41”. Aún más, y teniendo en cuenta la diversidad posible de situaciones, el apartado 4 prevé que “[a] los súbditos de países que no tengan representante diplomático o consular, así como a los refugiados y a los apátridas, les serán concedidas comunicaciones en las mismas condiciones con el representante del Estado que se haya hecho cargo de sus intereses o con la Autoridad nacional o internacional que tenga por misión protegerlos, o con las personas en quienes aquéllos deleguen”.

IV. JUEGO DE MANOS, JUEGO DE VILLANOS: LA DISPAR REGULACIÓN DE LOS “DERECHOS CONSULARES” FUERA DEL ÁMBITO PENAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

Cuando salimos de la zona de confort tradicional del proceso penal y las penas de prisión, surgen una pluralidad de supuestos de detención en los cuales cabe plantearse si rigen los llamados “derechos consulares”. Entendemos que nada debiera impedir que esta normativa internacional fuera igualmente aplicable en el supuesto de sustitución de pena privativa de libertad por expulsión con internamiento previo de los extranjeros que no residen legalmente en el territorio y fueron condenados a una pena privativa de libertad de duración superior a un año¹⁴⁵, previsto en el artículo 89 del Código Penal. La normativa propia que regula el internamiento en estos centros, como luego veremos, tiene en cuenta los derechos de información, notificación y asistencia consular.

No debiera dudarse tampoco de la aplicabilidad de las garantías y derechos consulares en los casos en los que se decida la sustitución de pena privativa de libertad por una medida de seguridad consistente en el internamiento en centro psiquiátrico, centro de deshabitación o en un centro educativo especial conforme al artículo 96 del Código Penal¹⁴⁶, cuando están directamente conectadas al cumplimiento de una sentencia penal. A nuestro entender, y sobre la base de la CVRC’63 y el proyecto de la CDI, en todos estos supuestos conexos con el proceso penal y que implican alguna forma de detención

¹⁴⁴ BOE núm. 40, de 15 de febrero de 1996.

¹⁴⁵ Hasta la reforma por LO 1/2015, de 30 de marzo, (BOE núm. 281, de 24/11/1995) del artículo 89 del Código Penal, la disposición establecía la sustitución por expulsión sólo de las penas inferiores a seis años. Tras esta reforma, cualquier pena superior a un año será sustituida por la expulsión salvo circunstancias excepcionales que permiten el cumplimiento parcial con carácter previo a la expulsión “cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”.

¹⁴⁶ LO 10/1995, artículo 96, Título IV del Código Penal, De las Medidas de Seguridad. El Juez o Tribunal puede aplicar y modificar estas medidas durante la ejecución de la sentencia, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 97).

no carcelaria, las autoridades consulares deben tener acceso a los extranjeros recluidos en tales instituciones en virtud de sentencia judicial. Y los extranjeros tienen derecho a ser informados de esta posibilidad y a decidir si aceptan o no la comunicación de su detención o internamiento y si desean o no comunicarse con sus autoridades consulares.

Pero en los casos de internamiento de extranjeros en casos de detención administrativa o civil, puede surgir la pregunta de hasta qué punto están incluidos en el ámbito de la norma internacional y cuál es la naturaleza jurídica de esta garantía, como venimos planteando en relación con los procesos penales. El tenor literal del artículo 36.1 de la Convención de Viena habla de forma genérica de que el nacional haya sido “arrestado en cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva” o “preso”. No son términos definidos por la propia convención. No hay, tampoco ninguna referencia explícita o expresa a la naturaleza “penal” del proceso y acto de detención. Ello plantea la cuestión del alcance de los derechos establecidos por el artículo 36 en relación con formas de detención no penal.

La Comisión de Derecho Internacional al elaborar el proyecto de artículos que con modificaciones devendría CVRC’63 consideró que el concepto “detención” debía interpretarse de forma amplia, más allá del contexto estrictamente penal. Así, en los comentarios al proyecto indica al analizar el artículo 36.1 que “[t]his provision applies also to other forms of detention (quarantine, detention in a mental institution)”¹⁴⁷. No debe entenderse a nuestro juicio la enumeración entre paréntesis como cerrada, sino meramente ejemplificativa del concepto de “otras formas de detención”. En la azarosa negociación de este artículo en la Conferencia de 1963 nunca se hizo referencia al alcance del concepto de “detención”, por lo que debemos entender que se aceptaba el concepto y explicación de la CDI.

Pero la determinación de en qué medida y manera estos supuestos están considerados amparados por los derechos consulares es una cuestión que requiere la revisión de las normas de derecho interno aplicables (que, en este caso, es el Ordenamiento jurídico español puesto que no entra en el ámbito de competencias de las normas de la UE antes citadas).

Fundamentalmente, dos son los contextos en los que puede hallarse un extranjero privado de libertad fuera de un proceso penal¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Draft Articles on Consular Relations, with commentaries 1961, adopted by the International Law Commission at its thirteenth session, in 1961, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session, *Yearbook of the International Law Commission*, 1961, vol. II, pp. 112-113.

¹⁴⁸ Una primera distinción son los supuestos de retención en el sentido de privación de libertad sumarísima (como por ejemplo a efectos de identificación por la policía, para una prueba de alcoholemia, etc.) frente a la detención. En los supuestos de retención, el Tribunal Constitucional ha determinado la aplicabilidad de alguno de los derechos recogidos en el artículo 17 de la Constitución y relativos a las garantías en caso de detención. MÁLAGA DIÉGUEZ, F., “Detención y Retención”, *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 2-4, 2001, pp. 143-170; MAGRO SERVET, V., “La difícil frontera de la retención policial”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 74, 1010, 6 páginas. Sin embargo, comienza a introducirse la idea de que el internamiento en centros específicos para extranjeros

1) Los supuestos de internamiento “civil” o en virtud de una decisión judicial en un proceso civil, como pueden ser los internamientos psiquiátricos o los de mayores en centros geriátricos (Sección IV.1).

2) Las diversas situaciones de “retención” de extranjeros en el marco de la legislación de extranjería¹⁴⁹. Dos son fundamentalmente los supuestos, a su vez: de un lado, la detención e internamiento a la espera de una decisión sobre un expediente de asilo o de la ejecución de una decisión de expulsión en ambos casos retenciones/detenciones en conexión con procedimientos administrativos (ni civiles ni penales) y, de otro lado, los casos de detención sin expediente para proceder al “rechazo en frontera” o a las llamadas “expulsiones en caliente”. Ambas modalidades son de especial relevancia en el contexto social actual, dado la situación de masificación de los centros y el flujo imparable de inmigrantes en situación irregular que se llegan a nuestras fronteras (Sección IV.2).

1. Detenidos “civiles” y asistencia consular

Procedimientos civiles de privación de libertad son los supuestos de internamiento de personas contra su voluntad, o en ausencia de su voluntad, por distintas motivaciones: trastornos psicológicos, deshabitación de drogodependencias, reclusión de ancianos con senilidad... Es quizás la situación más problemática en la que pueden encontrarse los extranjeros, pues el derecho interno español no refleja procedimentalmente el tiempo y modo de ejercicio de los derechos consulares citados cuando se ven sujetos a una medida de privación de libertad civil.

Hasta la etapa constitucional no se puso de manifiesto la relevancia de la intervención judicial en el marco de este tipo de internamiento, por tratarse de una limitación de la libertad personal¹⁵⁰. Inicialmente y aunque de manera ciertamente tardía, se introdujo la exigencia de la autorización judicial para el internamiento mediante la reforma de la

en situación irregular por períodos que pueden llegar a superar un mes son asimismo supuestos de retención, en los que no serían aplicables garantías propias de las formas de detención penal. En tal sentido, asimila críticamente el internamiento en CIEs a la figura de la retención, LLEDÍN VITOS, J., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos en España: el caso de los Centros de Internamiento para Extranjeros (1999-2014)”, *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, nº 9, 2015, pp. 279-303, en especial pp. 287-290.

¹⁴⁹ Aunque sin referencias a la CV'63, un interesante análisis jurisprudencial sobre la detención de extranjeros puede verse en MARTÍNEZ PRADO, V. J., “Estudio Jurisprudencial sobre la detención de extranjeros”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, nº 19, enero-junio, 2007.

¹⁵⁰ En la regulación previa a la Constitución de 1978 la intervención judicial era posible pero no preceptiva en todos los casos. Así, la intervención judicial en los internamientos “de dementes” se regula desde el Real Decreto de 19 de mayo de 1885, dictando reglas para la admisión de dementes en los establecimientos de beneficencia (*Gaceta de Madrid* núm. 141, de 21 de mayo de 1885). Esta norma preveía la intervención judicial para los casos de internamiento recurrente a efectos de observación, siendo la reclusión definitiva necesariamente decidida en virtud de expediente judicial. Fue posteriormente sustituido por el Decreto de 3 de julio de 1931, dictando reglas relativas a la asistencia a enfermos psíquicos (*Gaceta de Madrid* núm. 188, de 7 de julio de 1931) prevé igualmente la intervención judicial, aun cuando permite los casos de internamiento por decisión gubernativa como una opción más y no excepcional. Esta última norma fue luego derogada por la Ley 13/1983, de Reforma del Código Civil en materia de tutela (*BOE* núm. 256, de 26 de octubre de 1983).

figura de la tutela, prevista en el artículo 211 del Código Civil. Modificada su redacción por la Disposición adicional duodécima de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el precepto fue derogado con posterioridad para dar cabida a las críticas doctrinales y a los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional¹⁵¹.

Se sustituyó la regulación del Código Civil por una específicamente procesal mediante la reforma del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que lo regula bajo el epígrafe de “*Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico*” y que incluye un procedimiento ordinario y otro para casos de urgencia¹⁵². Esta nueva regulación, referida de manera estricta a los casos de “*razones psíquicas*” ha sido criticada en diversas sentencias del Tribunal Constitucional. Los diversos casos que motivaron los recursos de amparo afectan fundamentalmente a las garantías propias del concepto de detención: plazos de internamiento sin conocimiento judicial superiores a las 72 horas, falta de información y asistencia jurídica de los internados,...¹⁵³ Asimismo, el Tribunal Constitucional ha reiterado que el antiguo artículo 211 del Código Civil y el actual 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulan materia reservada a Ley Orgánica siendo por tanto formalmente inconstitucionales, aun cuando el Tribunal Constitucional optó por no declarar la nulidad de las disposiciones ni en 2010¹⁵⁴ ni en 2012 “*al no haberse cuestionado su contenido material y atendiendo al vacío no deseable que de otro modo se hubiera creado dentro del ordenamiento. Instamos entonces al legislador a que “a la mayor brevedad posible proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica” (STC 132/2010, FJ 3), sin que a día de hoy este requerimiento haya sido todavía atendido, por lo que procede reiterarlo*”¹⁵⁵. Lamentablemente, tampoco a fecha de mayo de 2017 el requerimiento ha sido atendido.

¹⁵¹ STC 129/1999, de 1 de julio, *BOE* núm. 181, de 30 de julio de 1999, cuestión de inconstitucionalidad que trataba de analizar si el artículo 211 del Código Civil se adecuaba a las exigencias de los artículos y 17.1 y 24.1 y 2 de la Constitución. La cuestión fue desestimada, no encontrándose motivos de inconstitucionalidad.

¹⁵² DESVIAT MUÑOZ, M., “El internamiento psiquiátrico en España”, *Red de Salud Comunitaria, Psiquiatría Pública en la Red*, 6 páginas; GRACIA GONZÁLEZ, S., “Internamiento psiquiátrico e Internamiento forzoso”, *Temas de Hoy*, 3 páginas. Sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la derogación del artículo 211 del Código Civil, su sentido, alcance y los procedimientos que comporta, puede verse ROMA VALDÉS, A., y CARREIREAS SOUTO, M. L., “El internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico”, www.fiscalia.org. En concreto, sobre el procedimiento de urgencia y el impacto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, primer amparo en esta materia y en la que el TC se fundamenta en la jurisprudencia sobre la figura y su compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para delimitar las exigencias del proceso y la garantía de los derechos del internado, puede verse CABAÑAS GARCÍA, J. C., “Internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico y tutela del derecho fundamental a la libertad personal”, *ADC*, tomo LXV, 2012, fasc. IV, 1883-1909.

¹⁵³ STC 132/2010, de 2 de diciembre de 2010; STC 141/2012, de 2 de julio de 2012; STC 22/2016, de 15 de febrero de 2016; STC 50/2016, de 14 de marzo de 2016.

¹⁵⁴ La STC 132/2010, de 2 de diciembre de 2010, aunque formalmente continuista con la doctrina sentada en STC 129/1999, de 1 de julio de 1999 (*vid.* FJ 2), rompe claramente con la línea argumentativa estableciendo que la regulación del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aun siendo procesal “es materia reservada a la ley orgánica” (FJ 3).

¹⁵⁵ STC 141/2012, de 2 de julio de 2012, *BOE* núm. 181, de 30 de julio de 2012, FJ 3.

Conforme a la legislación española actualmente en vigor, por tanto, para el internamiento en un centro psiquiátrico es preceptiva la intervención de Juez o Tribunal, que deberá autorizarlo con carácter previo salvo razones de urgencia, incluso en los casos en los que esté sometido a patria potestad o tutela, conforme al artículo 763 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁵⁶.

En estos casos, se establece que “[a]ntes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y **a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente** o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley”¹⁵⁷.

Una solución fácil sería considerar que esa otra persona que pudiera ser escuchada fuera el funcionario consular o el especialista que el mismo aconsejara. Sin embargo, ello no respeta en sentido estricto los derechos consulares del internado. Una posición garantista y tendente a conciliar las obligaciones de la CVRC’63 con todo tipo de supuestos de detención o internamiento, exige que sea una obligación informar al internado de sus derechos consulares y permitirle su ejercicio. Y ello muy especialmente si se tiene en cuenta que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional la intervención judicial es sustantiva¹⁵⁸, y por tanto el juez viene obligado a asegurar el respeto de los compromisos internacionales asumidos por España en todo caso, como es la CVRC’63 y los derechos individuales que esta establece, con independencia de su naturaleza de derecho fundamental o no. La intervención judicial es una autorización o control externo de la decisión que sustituye o subsana la carencia de expresión o voluntad del internado. A esta intervención judicial deben sumarse las demás garantías básicas que el TC exige a cualquier tipo de detención (plazo máximo de detención de 72, derecho de información del “detenido”, derecho a asistencia jurídica...) en

¹⁵⁶ LO 1/2000, de 7 de enero. En sus apartados primero y segundo establece que: “1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley. 2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”.

¹⁵⁷ LO 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero, artículo 763, apartado 3. La negrita es mía.

¹⁵⁸ STC 141/2012, de 2 de julio de 2012, Fj. 6.

consonancia con reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos¹⁵⁹ y conforme a las obligaciones asumidas por España en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El TC ha afirmado así que “*el derecho a la libertad personal y a la seguridad personales reconocido en el art. 9.1 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos de 1966, con la consiguiente garantía de legalidad en su restricción, ha sido reconocido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU (cuyas resoluciones hemos considerado fuente interpretativa válida: entre otras, STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3; y 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4) en el sentido de que tal derecho resulta “aplicable a todas las formas de privación de libertad... como por ejemplo las enfermedades mentales”*”¹⁶⁰. Es importante resaltar que, conforme a la doctrina constitucional en las sentencias que venimos citando, la vulneración de las garantías implica la nulidad de las actuaciones.

Dado que ninguno de los casos en los que existe jurisprudencia constitucional está relacionado con internados extranjeros, en ninguno de los casos ha habido siquiera la posibilidad de referirse a los derechos consulares. Lo mismo ocurre con la jurisprudencia del TEDH que, hasta la fecha, no se ha visto llamada a analizar si los derechos consulares del artículo 36 CVRC'63 son garantías esenciales en el marco de este tipo de privación de libertad. El Derecho aplicable, básicamente el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no lo recoge tampoco. Sin embargo, nosotros entendemos que dada la identificación de este tipo de internamiento desde la perspectiva constitucional con el concepto de detención a efectos de garantías y régimen jurídico es coherente sostener la vigencia de los derechos de información, notificación y asistencia consular en caso de que el internado sea extranjero, como la CDI pretendía.

La dificultad residiría en determinar si con carácter previo el extranjero “con trastorno psíquico” está en condiciones de entender y expresar su voluntad sobre su derecho a que el consulado fuera notificado y su derecho a aceptar o rechazar la intervención del agente consular en cuestión, así como de las posibles consecuencias de la privación de libertad que implica el proceso al que se ve sometido. Entendemos que en tal caso, el ejercicio de tales derechos deberá regirse por las mismas pautas que el derecho a ser informado del proceso de internamiento y que su derecho a una asistencia letrada y a un recurso sobre la decisión de internamiento. Quien pudiere disponer en defecto de la voluntad del interno en la designación de asistencia letrada podrá decidir sobre la notificación y asistencia consular¹⁶¹.

¹⁵⁹ La jurisprudencia del TEDH se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las garantías que deben rodear el internamiento psiquiátrico: STEDH de 24 de octubre de 1979, asunto *Winterwerp c. Holanda*, par. 60 y 66; STEDH de 12 de mayo de 1992, asunto *Megyeri c. Alemania*, para. 22, apartados c) y D); STEDH de 14 de febrero de 2012, asunto *D.D. c. Lituania*, par. 163, apartado c) y par. 166.

¹⁶⁰ STC 141/2012, de 2 de julio de 2012, FJ 3.

¹⁶¹ Conforme al artículo 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la representación y defensa deben ser asumidas en tal caso por el Ministerio Fiscal actuante en la causa. Si el fiscal fuere el promotor del internamiento, conforme al mismo artículo, deberá solicitar la designación judicial de un defensor para el internado. Así expresamente lo recuerda el Tribunal Constitucional en STC 22/2016, de 15 de febrero de 2016, FJ 4, y STC 50/2016, de 14 de marzo de 2016, FJ 4.

Más allá de los casos de internamiento por razón psiquiátrico, esta regulación deja en un limbo complejo los supuestos de internamientos por motivos diferentes, como el de personas mayores en geriátricos, respecto del que existe disparidad de criterios entre los tribunales, en las normativas autonómicas relacionadas con la atención y protección de las personas mayores y en la doctrina especializada en lo relativo a las garantías que deben rodear tales internamientos¹⁶². El artículo 45 de la Ley andaluza 6/1999 es uno de los más garantistas, ya que establece expresamente la necesidad de autorización judicial para el ingreso de mayores cuyo consentimiento no conste fehacientemente, en una vocación tuitiva frente a posibles abusos por parte de tutores o curadores de los mismos¹⁶³. Pero nada prevé la norma respecto a los derechos consulares en caso de nacionalidad extranjera del ingresado.

En todo caso, el hecho de que el TC haya establecido el derecho a la asistencia jurídica en los casos de internamiento psiquiátrico y de que algunas normas autonómicas prevean garantías judiciales para los internamientos geriátricos puede interpretarse como una extensión analógica de las garantías de los procesos penales, lo que llevaría a incluir conforme a la Directiva 2016/48/UE y aunque no sea aplicable a este tipo de procedimiento de manera directa, el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y el derecho a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la misma, sea de la naturaleza que sea el internamiento o establecimiento donde se produzca. Ello sería plenamente compatible con la finalidad tuitiva y protectora del nacional en el extranjero que se contempla en el artículo 36.1.b) de la CVRC'63 y los trabajos preparatorios de la misma, siempre que la información sobre el derecho de notificación a la oficina consular se le hiciera llegar al extranjero con carácter previo al proceso por el cual será eventualmente internado.

¹⁶² Puede verse así en MARTÍN PÉREZ, J. A., “El internamiento o ingreso de personas mayores en centros geriátricos (Acerca de la procedencia de autorización judicial cuando el ingreso es involuntario)”, en MARTÍNEZ GALLEGO, E. M. (coord.), *Protección jurídica de los mayores*, Árbol académico, 2004, pp. 167-192; DE COUTO GÁLVEZ, R. M., ARMENDÁRIZ LEÓN, C. y MIRAT HERNÁNDEZ, P., *La protección jurídica de los ancianos. Procedimiento de incapacitación e instituciones tutelares que los protegen: el internamiento involuntario y su incidencia penal*, Madrid, Colex, 2007; SILLERO CROVETTO, B., “El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”, en LASARTE ÁLVAREZ, C. (Dir.), *La protección de las personas mayores*, Madrid, Tecnos, 2007, pp. 162-178; ZURITA MARTÍN, I., “El internamiento de personas mayores en centros geriátricos o residenciales”, en ZURITA MARTÍN, I. (Coord.), *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, Bosch, 2008, pp. 19-66; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Sobre el internamiento involuntario de ancianos no incapacitados en centros geriátricos”, *Diario La Ley*, Nº 7958, 2012.

¹⁶³ Artículo 45 de la Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, *BOJA*, núm. 87 de 29 de julio de 1999, “1. Ninguna persona mayor podrá ser ingresada en un centro, sin que conste fehacientemente su consentimiento. En los casos de incapacidad presunta o declarada en los que no sea posible tal consentimiento, se requerirá autorización judicial para el ingreso”, en relación también con lo previsto en el artículo 47, “Las Administraciones Públicas, así como profesionales, familiares, amigos, vecinos o instituciones, pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos procedentes, las actuaciones de los tutores o curadores de las personas mayores que pudieran redundar en perjuicio de los intereses de éstas”.

2. Derechos consulares ante la privación de libertad administrativa

El segundo de los supuestos aludidos es el relativo a los casos de detención de extranjeros de forma previa a la expulsión acordada en procedimiento administrativo, como medida cautelar para evitar el riesgo de huida. Excepcionalmente cabría también la detención sin expediente en ciertos casos de expulsión.

Los centros de internamiento de extranjeros aparecen por vez primera en el ordenamiento jurídico español en el artículo 26 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que contempla la posibilidad de que el juez de instrucción acuerde, como medida cautelar vinculada a un expediente de expulsión, el internamiento de extranjeros en locales que no tengan carácter penitenciario.

El funcionamiento de estos espacios de internamiento fue regulado en el reglamento de ejecución de la ley mediante el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, y la Orden del Ministerio de Presidencia de 22 de febrero de 1999, dictada en cumplimiento de la habilitación contenida en el referido real decreto. Mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2005 se declaró la nulidad de diversos apartados de los artículos 30, 33 y 34, apartado 5. Esa normativa inicial ha sido sustituida por la regulación, mediante norma con rango de ley orgánica, de los aspectos más trascendentes del funcionamiento de los centros de internamiento de extranjeros mediante la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. En los artículos 62 bis a 62 sexies, introducidos por dicho texto legal, se abordan aspectos esenciales del funcionamiento de estos centros como son los derechos y obligaciones de los internos, la información que debe serles suministrada a su ingreso, la formulación de peticiones y quejas, la adopción de medidas de seguridad, etc. La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana declara el carácter orgánico de estos artículos de la LO 4/2000, de 11 de enero¹⁶⁴. Se entiende por tanto que afectan a los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en España y por ello están cubiertos por la reserva de ley orgánica.

Con posterioridad, el desarrollo reglamentario de dichas normas legales se ha hecho mediante el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, derogado después por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, y finalmente, por el actualmente en vigor Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

Para el internamiento de los extranjeros en situación irregular pendientes de un expediente administrativo de expulsión o de su ejecución, el Tribunal constitucional

¹⁶⁴ *Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015)*, cuya Disposición final primera adiciona una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que enumera los artículos precisos que tienen carácter orgánico.

exige que exista un riesgo de fuga¹⁶⁵ y que la decisión de internamiento vaya precedida de un control judicial respecto a la causa de expulsión, la situación legal y la probabilidad de huida¹⁶⁶. La legislación vigente en materia de extranjería, ha incorporado estas decisiones jurisprudenciales¹⁶⁷.

En concreto, y en relación en primer lugar con la detención previa al internamiento, el artículo 61.1.c) de la LO 4/2000, redactada conforme a la LO 11/2003, establece como medida cautelar *“desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión”, la “detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de setenta y dos horas, previas a la solicitud de internamiento. En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a setenta y dos horas”*. No sería lógico negar los derechos de información, notificación y comunicación consular en tal caso, dado que la Convención se refiere a un “arresto en cualquier forma”. Sin embargo, ni la Ley ni su Reglamento mencionan los derechos consulares del detenido ni los derechos de la autoridad consular.

En el caso del internamiento decidido por el juez como medida cautelar para asegurar el cumplimiento del expediente de expulsión el internamiento en un centro¹⁶⁸, el artículo 62 *bis* de la LO 4/2000, redactado conforme a la LO 14/2003, prevé ya la necesidad de garantizar, entre otros derechos al extranjero internado, que en virtud del artículo 62 *quater* le deberán ser comunicados en un idioma que entiendan por escrito en el momento de su ingreso:

“a) A ser informado de su situación. (...).

c) A que se facilite el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento. (...).

e) A que se comunique inmediatamente a la persona que designe en España y a su abogado el ingreso en el centro, así como a la oficina consular del país del que es nacional. (...)

g) A comunicarse en el horario establecido en el centro, con sus familiares, funcionarios consulares de su país u otras personas, que sólo podrán restringirse por resolución judicial”.

El nuevo reglamento de la ley precisa –y amplía en cierto sentido- estos derechos, estableciendo el derecho del internado a “que se comunique inmediatamente” a” la

¹⁶⁵ STC 86/1996, de 21 de mayo.

¹⁶⁶ STC 66/1996, de 16 de abril.

¹⁶⁷ La ley llamada “de extranjería” fue adoptada como LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Ha sido modificada en 2000 (LO 8/2000, de 22 de diciembre), en 2003 (LO 11/2003, de 29 de septiembre; y, LO 14/2003, de 20 de noviembre), y en 2009 (LO 2/2009, de 11 de diciembre), existiendo un texto consolidado. Por ello, cada vez que se cita un artículo en vigor se indica la fecha en que la redacción fue introducida en la LO 4/2000.

¹⁶⁸ Regulado en el artículo 62 de la LO 4/2000, redactado conforme a la LO 2/2009.

oficina consular del país del que es nacional” no sólo el ingreso sino cualquier “traslado”¹⁶⁹.

Con esta redacción parecen cubrirse adecuadamente todas las necesidades de información y comunicación derivadas del artículo 36 de la CVRC’63. Hay que recordar que en su párrafo segundo este artículo supedita los derechos a las leyes y reglamentos del Estado receptor –como en el caso de la letra g) antes citada que prevé la posible suspensión judicial del derecho de comunicación del internado-. Pero el límite de estas restricciones es, conforme a la Convención, que dichas leyes y reglamentos no pueden impedir el pleno efecto de tales derechos. Ello implica que la suspensión de la comunicación consular debe ser interpretada de manera restrictiva y ser decidida por el juez en casos excepcionales y con razones de mucho peso que lo justifiquen. Y no deja de plantear duda si, como ya analizáramos respecto a la transposición de la Directiva 2016/48/UE, este derecho puede ser objeto de tal suspensión. Puede ser aceptable en el caso de la detención administrativa de extranjeros, en tanto en cuanto la Directiva como tal sólo es de aplicación a procesos penales y la CVRC’63 no regula de manera específica este extremo. Sin embargo, la identidad del supuesto de hecho permite hacer dudar de la legitimidad de mantener una postura menos garantista con respecto a detenciones e internamientos dirigidos a la expulsión del extranjero que los relacionados con un proceso penal.

Gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha construido un sistema garantista para todos los supuestos de inmovilización contra la voluntad de la persona. El Tribunal Constitucional ha establecido con claridad que la retención en la frontera de un extranjero en espera de su expulsión o retorno constituye una situación fáctica de pérdida de libertad de movimiento¹⁷⁰. Ahora bien, el Tribunal Constitucional no lo llega a equiparar con la detención, en tanto en cuanto considera que la detención preventiva prevista y sujeta a las garantías del artículo 17.2 y 3 de la Constitución Española viene ligada necesariamente a un proceso penal, y el “detenido” es el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal¹⁷¹. A pesar de ello, considera que es aplicable el apartado cuarto del artículo 17, que regula el derecho de *Habeas Corpus*, en los casos de detención previa a la devolución de extranjeros a su país¹⁷². Asimismo, el Tribunal Constitucional considera que si la detención previa a la expulsión del extranjero sobrepasa las 72 horas, en zonas de tránsito de aeropuertos¹⁷³ o de cualquier otra forma, es una detención ilegal. Tras ese plazo, el detenido debe ser puesto necesariamente a disposición judicial¹⁷⁴. Lo que es relevante es determinar la existencia

¹⁶⁹ Real Decreto 62/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros (BOE núm. 64, de 15 de marzo de 2014), Artículo 16.2.g)

¹⁷⁰ STC 115/1987, de 7 de julio; STC 179/2000, de 26 de junio.

¹⁷¹ STC 341/1993, de 18 de noviembre; STC 174/1999, de 27 de septiembre; STC 179/2000, de 26 de junio; STC 53/2002, de 27 de febrero.

¹⁷² STC 21/1996, de 12 de febrero; STC 66/1996, de 16 de abril; STC 86/1996, de 23 de mayo; STC 179/2000, de 26 de junio.

¹⁷³ STC 224/1999, de 13 de septiembre; STC 232/1999, 13 de diciembre; STC 147/2000, de 22 de mayo; STC 179/2000, de 26 de junio.

¹⁷⁴ STC 31/1996, de 27 de febrero, en relación con STC 224/1998, de 24 de noviembre; STC 288/2000,

de otros derechos legales y fundamentales que deben acompañar las citadas inmobilizaciones.

En general, los estudios sobre los derechos de los extranjeros en situación irregular y su ingreso en centros de internamiento no analizan la cuestión de los derechos relativos a la asistencia consular. Suele referirse la doctrina tan sólo al núcleo básico de los derechos fundamentales reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 236/2007, FJ 3; STC 107/1984, FJ 3; STC 95/2000, FJ 3) y por los convenios internacionales de derechos humanos que obligan a España, pero no a estos derechos derivados de un convenio de diferente naturaleza (la CVRC'63)¹⁷⁵.

En último lugar, quedarían los supuestos de detención sin expediente administrativo, no destinados a un eventual internamiento sino a una expulsión directa. Tal es el caso previsto en el artículo 58.3 de la ley de extranjería, que en su letra a) prevé la detención y expulsión de aquellos que contravengan una prohibición de re-entrada en España y aquellos que “*pretendan entrar ilegalmente en el país*”, figura extraña y no exenta de indefinición jurídica. Conforme al art. 23 del reglamento de la ley, lo son quienes “*sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones*”.

A estas normas –legal y reglamentaria- viene a sumarse para el caso específico de la frontera de Ceuta y Melilla la regulación contenida en la Disposición adicional décima de la LO 4/2015 en relación con la llamada “devolución en caliente” de los extranjeros en situación irregular que, a juicio de las autoridades no han sobre pasado la línea de “demarcación fronteriza”¹⁷⁶. Con independencia de la multitud de problemas legales

de 27 de noviembre; STC 242/2002, de 25 de noviembre, STC 23/2004, de 23 de febrero.

¹⁷⁵ Por ejemplo, puede verse JARRÍN MORÁN, A., RODRÍGUEZ GARCÍA, D. y DE LUCAS MARTÍN, F. J., “Los Centros de Internamiento para Extranjeros en España: una evaluación crítica”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, nº 99, 2012, pp. 286-287; LLEDÍN VITOS, J., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos en España: el caso de los Centros de Internamiento para Extranjeros (1999-2014)”, *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, nº 9, 2015, pp. 279-303, en especial pp. 286-287.

¹⁷⁶ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015), cuya Disposición final primera adiciona una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con la siguiente redacción: «Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla. 1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.». Sobre la cuestión, existen ya trabajos de interés: FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías”, *Diario La Ley*, Nº 8382, 2014, GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “Expulsiones “en caliente”, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla”, *Revista de Administración Pública*, vol. 196, 2015, pp. 309-329; MELERO ALONSO, E., “El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (o las “expulsiones en caliente”): un supuesto de derecho administrativo del enemigo”, *Revista española de derecho administrativo*, Nº 174, 2015, pp. 401-434; RUIZ SUTIL, C., “El rechazo en frontera o la denominada “devolución en caliente” y su regulación en la

que la figura suscita (tanto en relación con la definición del territorio y el concepto de frontera, como respecto de la aplicabilidad del derecho español y el derecho internacional de los derechos humanos desde una perspectiva estrictamente territorial o a nuestro entender más correctamente, jurisdiccional) esta norma pone igualmente en jaque un posible (in)cumplimiento de los derechos de los extranjeros derivados de la CVRC'63.

La nueva figura introducida en 2015 mediante la Disposición final primera de la Ley de Seguridad Ciudadana LO 4/2015, relativa a la llamada “devolución en caliente”, está llamada a no superar en ningún caso las 72 horas de detención, dado su carácter inmediato y a no llevar a ninguna medida de internamiento, pues su finalidad es la devolución inmediata entendiéndose que ni siquiera han entrado en el territorio del Estado. En todo caso debe ser considerada una norma excepcional dado su ámbito de aplicación territorial a las fronteras de Ceuta y Melilla. Y sin embargo tal excepcionalidad no implica que puedan desconocerse las obligaciones internacionales asumidas por España en relación con los extranjeros ni con la privación de libertad de la persona. En tal sentido, el proyecto de ley se enriqueció en su paso por las cámaras legislativas, incluyendo un apartado en el que expresamente se prevé que las expulsiones se efectuarán “[e]n todo caso, (...) respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte”. Si bien la enmienda estaba pensada para acompañar el rechazo con las normas relativas al asilo y refugio, así definida debe entenderse que los derechos derivados del artículo 36 de la CVRC'63 para los detenidos en cualquier forma en el extranjero son normas de “protección internacional” al menos¹⁷⁷. Sin embargo, y hasta el momento la doctrina sobre esta figura ha subrayado la necesidad de conciliar las normas de extranjería con las normas internacionales de protección de extranjeros en relación con derechos humanos y estatutos de protección especial (asilo y refugio), sin incluir mención alguna a las normas protectoras del artículo 36 de la Convención de Viena. Nosotros consideramos que deben ser respetadas incluso en los supuestos de devolución en caliente. Es bien cierto que puede existir una cierta incompatibilidad entre la voluntad de solicitar asilo y la voluntad de comunicarse con las autoridades consulares. Y aun no solicitando asilo el extranjero puede no querer revelar cuál es el país de su nacionalidad, para evitar la devolución. Sin embargo, las razones que a título personal pueda un extranjero tener para ejercer o no sus derechos consulares no pueden ser causa ni

LOEX”, *REDI*, vol. 68, 2016, pp. 329-336; DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 55, 2016, editorial; GONZÁLEZ GARCÍA, Inmaculada, “Ceuta y Melilla y devoluciones en caliente: ¿y los derechos humanos de los inmigrantes?”, en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y PETIT DE GABRIEL, E. W. (Edits.), *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 223-234; TIRADO ROBLES, C., “La aplicación del Derecho español y del Derecho de la Unión Europea en Ceuta y Melilla: control de fronteras exteriores y derechos humanos”, en *idem*, pp. 235-246.

¹⁷⁷ Es más discutible, sin embargo, su consideración como parte de la “normativa internacional de derechos humanos”, aunque como luego estudiaremos, España parece militar en la posición de incluir los derechos de información, notificación y asistencia consular como parte de los derechos fundamentales del detenido extranjero.

justificación para que el Estado receptor no respete y garantice sus derechos consulares en todo caso y “sin demora”.

Además, debieran ser aplicables a esta figura de “devolución en caliente” las normas del artículo 23.2 del reglamento de extranjería de los supuestos de expulsión sin expediente administrativo. El reglamento prevé que los migrantes interceptados sean conducidos a la comisaría de policía e identificados, con carácter previo a su devolución. Y en tal sentido recoge los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TEDH en materia de identificación previa a la expulsión. Las garantías establecidas por la norma reglamentaria no incluyen hasta el presente los derechos consulares, pero en cambio sí incluyen otras garantías que se asocian en las normas comunes del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia a los derechos consulares en caso de detención penal como son la asistencia jurídica, intérprete y el beneficio de justicia gratuita en caso de necesidad económica.

En suma, tanto en los casos de internamientos en contra de la voluntad en centros psiquiátricos como en el caso de las detenciones de extranjeros en relación con su expulsión del territorio del Estado, nada en el texto ni en el espíritu de la convención prejuzga la (in)aplicabilidad de la misma a tales supuestos. Muy al contrario, la CDI al redactar el texto pretendió que los derechos dimanantes del artículo 36 fueran de aplicación en supuestos de detención no penal. Sin embargo, la regulación desigual a nivel interno de los distintos supuestos posibles de detención no penal pueden estar llevando a la inaplicación de este derecho, aun cuando el tratado es directamente aplicable en España por ser Estado parte, encontrarse en vigor y haber sido debidamente publicado en el BOE¹⁷⁸.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿UN ENVITE REGIONAL A MEDIO JUGAR?

Partiendo de uno de los ámbitos más clásicos del Derecho Internacional Público, cual es la regulación de las relaciones consulares, hemos abordado los últimos desarrollos jurisprudenciales internacionales y normativos europeos y españoles que tratan de enlazar el Derecho internacional que regula las relaciones entre Estados con el Derecho que regula las relaciones del individuo con el Estado, cualquiera que sea el individuo, cualquiera que sea el Estado.

El derecho consular ha sido y aún es un sector del Derecho Internacional en desarrollo progresivo. Así se consideró en 1963 al adoptarse la Convención de Viena de 1963 de Relaciones Consulares, y así lo sigue siendo hoy. El artículo 36 CVRC’63 fue en su momento objeto de una compleja negociación que lo convirtió en un ejemplo de “modernidad” de la Convención. Ese mismo artículo es aún objeto de nuevos desarrollos jurisprudenciales y normativos que justifican un estudio como este.

¹⁷⁸ BOE nº 56, de 6 de marzo de 1970, páginas 3629 a 3638.

Este trabajo se ha centrado en la dimensión humana de las relaciones consulares. Entendiendo que la finalidad de la información, notificación y comunicación consular del artículo 36 de la CVRC’63 –los “derechos consulares” en este trabajo- es atender los intereses de los nacionales en el extranjero, protegiéndolos en los supuestos que pudieran generar una situación de indefensión, hemos intentado proyectar luz sobre los problemas que suscita una concepción centrada en la persona –y no en el Estado- de los derechos consulares citados.

Con motivo de una multiplicidad de casos acaecidos en los Estados Unidos de América, México, Paraguay y Alemania iniciaron dos sendas jurisdiccionales en las que solicitaban pronunciamientos –consultivo uno, contenciosos otros- sobre la naturaleza de estos derechos, como derechos individuales de un lado, como garantías procesales, de otro.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva de 1999, analiza como parte de las garantías del juicio justo los derechos consulares, en relación con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La CIJ reconoce la existencia de derechos de carácter individual establecidos por la CVRC’63, pero evita los términos del debate con respecto a las garantías procesales básicas por no ser un tribunal de derechos humanos. Sin embargo, ambos tribunales, la CIDH y la CIJ entran a examinar las consecuencias de la violación y los modos de reparación de la misma. Por su parte, la CIDH considera que la violación de los derechos consulares en casos de pena de muerte implica la ilegalidad de la imposición de esta; esto es, considera que los derechos consulares son garantías esenciales con independencia de las circunstancias del caso y del impacto que la eventual asistencia consular pudiera tener en el desarrollo del proceso, desconociendo incluso que el Estado de la nacionalidad del detenido podría eventualmente no prestar asistencia consular alguna por no estar obligado a ello por la CVRC’63. La CVRC’63 establece obligaciones entre el Estado que recibe y el individuo y el Estado que recibe y el que envía, pero no así entre el Estado que envía y el individuo de su nacionalidad.

La CIJ tanto en *LaGrand* (2001) como en *Avena y otros* (2004), sin entrar en tal cuestión, recomienda a los Estados Unidos que, como garantía de no repetición del ilícito, incluyan los derechos consulares en la declaración de derechos que se realizan a los detenidos (*Miranda Rights*), dando así entrada soterrada a su posible tratamiento como garantías esenciales de toda detención. Y es en este terreno donde la CIJ se acerca a las arenas movedizas del debate de si los derechos consulares son parte de las garantías básicas de la detención y el proceso, aunque sin pretenderlo expresamente. La CIJ, además, considera que deben existir vías de recurso frente a las sentencias impuestas en violación de estos derechos (*review and reconsideration*) sobre la base de que la CVRC’63 exige que el Derecho del Estado que recibe no debe impedir que los derechos consulares tengan pleno sentido y propósito. En esta línea, parece la CIJ concebir que los derechos consulares puedan afectar a las garantías y al resultado del proceso, aun cuando no lo formula expresamente como tal.

El sendero jurisprudencial iniciado por la CIDH, y seguido de manera renuente por la CIJ, ha llegado hasta el TEDH. En concreto, será con motivo de los casos en relación con las entregas extraordinarias a Estados Unidos (nuevamente) de sospechosos de pertenecer a Al-Qaeda, que tuvieron lugar en diversos países de Europa. El TEDH en el caso *El-Masri v. Antigua República Yugoslava de Macedonia* (2012) ha analizado estos derechos en el marco de las violaciones del art. 5 del CEDH, derecho a la libertad personal, y no en el marco de los derechos al juicio justo del artículo 6, dadas las circunstancias del caso. Lo relevante en esta sentencia como en la posterior de 2016 (caso *Nasr y Ghali v. Italia*) es que la violación de los derechos consulares es incluida entre los parámetros que definen la existencia de una violación grave de este derecho. Ello es sumamente relevante por cuanto que, en ausencia de esta mención, el TEDH hubiera igualmente declarado la existencia de la violación del art. 5 CEDH. Y sin embargo, ello no implica que su sola violación constituya infracción del artículo 5 conforme a la jurisprudencia existente.

En resumen, y desde la perspectiva de la jurisprudencia internacional en su conjunto podemos asumir que los derechos consulares son garantías esenciales tanto en el proceso de detención como en el desarrollo del proceso penal justo. Los derechos consulares por sí mismos y como tales no son derechos fundamentales, pero constituyen parte del núcleo de los derechos a la libertad (prohibición de detenciones arbitrarias y sin garantías) y al juicio justo. Su violación, según las circunstancias del caso, sus consecuencias sobre la libertad o el proceso penal y su acumulación o no con la violación de otras garantías, puede llevar a considerar que existe una violación de las garantías establecidas en artículos como el 5 y el 6 del CEDH o del artículo 14 del PIDCP.

Desde la perspectiva normativa, la Unión Europea ha entrado por la misma senda, en la cual los derechos consulares pasan a integrarse en el régimen de garantías básicas y fundamentales de la detención y el proceso penal. La transposición al Derecho español de las normas europeas mediante normas de naturaleza orgánica refuerza su carácter de garantías esenciales de los derechos fundamentales a la libertad y al juicio justo. No obstante, un análisis de las normas de la UE y de su transposición permite poner de manifestó tanto sus virtudes como sus defectos

En el ámbito de la Unión Europea, la asistencia consular a los detenidos puede ser prestada por un Estado distinto de la nacionalidad en virtud de los derechos que confiere a los ciudadanos europeos el estatuto jurídico de ciudadanía europea. Ello no altera la naturaleza de los derechos consulares en sí, sean o no parte de la baraja de los derechos fundamentales. Tan sólo amplía el número posible de Estados prestatarios. Sin embargo, a fecha actual, el conocimiento de la extensión y medios que ofrece cada Estado miembro en la prestación de tal asistencia es prácticamente nulo, dado que no existe un repositorio al efecto.

En el caso español, la normativa española considera aún el servicio consular como una función estatal necesitada de ordenación administrativa, antes que como servicio público al ciudadano a través del cual se da satisfacción a derechos de los particulares,

como los consulares aquí estudiados. Así, la asistencia consular se encuentra regulada de manera detallada a nivel reglamentario fundamentalmente, sin configurar la prestación de la asistencia consular en caso de detención como una obligación legal del Estado de contenido concreto.

Así, el art. 5 de la Ley 40/2006, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, ofrece de manera imprecisa una indicación de obligaciones de comportamiento de las autoridades españolas en relación con la atención a los detenidos y presos en el extranjero, pero carece de precisión y no establece obligaciones específicas para las autoridades nacionales, que pudieran luego extenderse a los ciudadanos europeos. Una cuestión tan elemental como saber si la prestación de la asistencia consular por parte del Estado es o no obligatoria desde la perspectiva del derecho interno, tendrá importantes consecuencias, y no sólo para la efectiva prestación de la misma. En el marco de la prestación de asistencia a los ciudadanos europeos no nacionales, y teniendo en cuenta que la información, notificación y asistencia consular en caso de detención, arresto y prisión están en vías de ser consideradas parte de las garantías básicas de una detención y de un juicio justo, es necesario que las reglas de atribución de responsabilidad internacional al Estado que está llamado a prestar la asistencia –el Estado de nacionalidad del detenido- y/o al Estado que pone sus órganos a disposición de aquel en virtud del régimen de ciudadanía europea –el Estado de la Unión que asiste a un ciudadano europeo no-nacional- sean claras, identificables y precisas con respecto a su contenido. De otra forma, pueden darse equívocos en términos de incumplimiento del Derecho de la Unión Europea –a partir de 2018, la Directiva 2015/637- y, eventualmente, de violación de garantías del proceso –los derechos consulares como parte de las garantías necesarias para el respeto del artículo 5 y del 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Aunque en el asunto *M. and others v. Italy and Bulgaria*, los demandantes solicitaron un pronunciamiento sobre la eventual violación de la CEDH por la no prestación de asistencia consular por parte de Bulgaria, el TEDH, en unos párrafos confusos, desestimó la cuestión por considerar que la responsabilidad en cuestión que debía examinar era la del Estado territorial. Podría llegar el caso en el que el Tribunal decidiera entrar a fondo en la cuestión.

La regulación del derecho a la asistencia consular en el marco de la ciudadanía europea mediante la Decisión 95/553/CE no ha aportado precisión jurídica al mismo durante décadas, dado lo somero de la regulación europea y la innecesaria transposición de la Decisión. La nueva Directiva 2015/637 es una oportunidad para, al menos, tener noticia cierta del estatus jurídico del derecho a la asistencia consular en casos de detención por parte de las autoridades consulares de cada uno de los Estados miembros. Esperemos que su transposición –que debe llevarse a cabo antes del 1 de mayo de 2018- ofrezca un panorama más claro de lo que esperar de cada Estado miembro respecto de los derechos consulares de los ciudadanos europeos.

La Directiva, en todo caso, concede prioridad a los acuerdos bilaterales entre Estados miembros en la prestación del derecho de asistencia diplomática y consular, creando así asistencias “concertadas” dentro del concepto genérico de derechos de la ciudadanía (una especie de mini-cooperación reforzada bilateral en materia de asistencia

diplomática y consular). La Ley (española) 2/2014, de la Acción y el Servicio Exterior, ya prevé la posibilidad de establecer Oficinas Conjuntas y/o de prestar servicios conjuntos con las autoridades de otro Estado miembro en un tercer país en su artículo art. 50.

Igualmente escasa –por no decir nula- es la información disponible sobre la imprescindible notificación, conforme a lo que establece el artículo 8 de la CV'63, a los terceros Estados de la decisión de prestar asistencia diplomática y consular a nacionales de Estados miembros de la UE, lo que podría suponer un obstáculo al efectivo ejercicio del derecho. Es criticable en todo caso que si tales notificaciones se han hecho, no haya bases de datos que informen al respecto, ni en el ámbito español ni en el de la Unión Europea. Al menos ya se han producido avances concretos en la opción de negociar “cláusulas consulares” en los acuerdos mixtos negociados por la UE con terceros Estados, como son los casos de los acuerdos con Kazajistán y Afganistán.

En este mismo sentido crítico, llama la atención que el artículo 40 de la reciente Ley de Acción Exterior mencionada, que prevé la creación de un grupo de emergencia consular en supuestos de "*crisis bélica, de seguridad, desastre natural, de emergencia sanitaria o alimentaria o de cualquier otra índole*", no contemple entre sus destinatarios a ciudadanos europeos no españoles que no se encuentren representados en el lugar de la catástrofe. Sería igualmente deseable que se aprovechara la transposición de la Directiva 2015/637 para completar la legislación interna en este sentido.

Por otra parte y con base en la construcción de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo han desarrollado un programa normativo para lograr una regulación mínima común de las garantías procesales básicas. En dicho proceso normativo, los “derechos consulares” han estado incorporados desde las primeras propuestas de regulación con referencia expresa a la CVRC'63. La base de la regulación de estas garantías procesales comunes se encuentra tanto en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE como en los artículos 5 y 6 del CEDH, tal y como los interpreta la jurisprudencia del TEDH.

Dos son a fecha actual las directivas que afectan a la regulación del conjunto de Derechos consulares. La Directiva 2012/13/UE, relativa a la información en los procesos penales, incluye en su propuesta de carta de derechos que debe ser entregada con carácter pronto e inmediato tras la detención la información sobre los derechos consulares, tal y como la CIJ había propuestos en sus decisiones *LaGrand* y *Avena y otros*. Igualmente incluye una referencia a la necesidad de formación del personal policial y judicial en relación con los derechos de los que debe ser informado el detenido. Esta Directiva no obliga a Dinamarca. La Directiva 2013/48/UE, por su parte, regula los derechos de comunicación con las autoridades consulares y de estas con el detenido, siempre que este lo desee. Esta Directiva no obliga ni al Reino Unido, ni a Irlanda ni a Dinamarca. La suma de ambas viene a completar el conjunto de derechos consulares regulado por el art. 36 de la CVRC'63, de manera consonante con la misma, con excepción de la comunicación consular durante la prisión en virtud de sentencia (que escapa al ámbito material de regulación de los derechos del proceso). Sin embargo,

la segunda de las directivas introduce la posibilidad de justificar una demora en la comunicación al detenido de sus derechos, abriendo una puerta en contra del tenor literal de la CV'63, la cual siempre se refiere a la necesidad de comunicación “sin retraso” y “sin dilación”. Ambas directivas incluyen además la referencia a la necesidad de que existan vías de recurso eficaces para hacer valer la vulneración de los derechos en cuestión.

La normativa española de trasposición de estas directivas viene a completar la norma ya existente en la LECr, que desde la reforma de 1983 adaptó la ley al artículo 17 de la Constitución Española incluyendo el derecho del detenido extranjero a que las autoridades consulares sean informadas sobre su detención. La transposición de las directivas añade los derechos de información, comunicación y asistencia consular propiamente dichos. Sin embargo, la transposición es a nuestro juicio insatisfactoria por cuanto que: a) sigue estableciendo la comunicación de oficio de la detención de los menores de edad, sin información o consulta previa a quienes ostenten la guarda y custodia del menor o en su defecto al Ministerio Fiscal, que debe velar por el interés del menor; b) parece introducir la comunicación automática de la detención de extranjeros a las autoridades consulares sin especificar que dicha comunicación está sujeta a la solicitud y/o aceptación del detenido; c) permite la suspensión de los derechos consulares durante la llamada “prisión incomunicada”. En cambio, no parece acoger la redacción de la Directiva en relación a una posible causa que justifique el retraso en la comunicación de los derechos consulares al detenido.

En relación con la naturaleza de los derechos consulares recogidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todas las normas de transposición han subrayado el carácter orgánico de los preceptos modificados, por tratarse de desarrollo de derechos fundamentales recogidos en el Título I de la Constitución Española de 1978.

En tal sentido, en el ordenamiento jurídico español los derechos consulares de los que están en prisión en cumplimiento de condena (derechos que como hemos dicho no son objeto de regulación en las Directivas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia analizados) vienen amparados por el reglamento de la Ley General Penitenciaria (art. 49.3 del Real Decreto 190/1996). Sería deseable que su rango legal pasara a ser de Ley Orgánica por sintonía y coherencia con la regulación del resto de derechos consulares tras la jurisprudencia internacional y los desarrollos legislativos que se han producido en los últimos veinte años.

A pesar de todos estos avances quedan situaciones donde la aplicación de los derechos consulares de la CVRC'63 es compleja. En España, ha costado muchos años de lenta construcción jurisprudencial la incorporación de las garantías básicas de toda detención en el caso de las detenciones conexas con los expedientes de expulsión de extranjeros irregulares sean de naturaleza administrativa o como conmuta de una pena de cárcel. Hoy por hoy, la regulación de los derechos de aquellos que entran en centros de internamiento de extranjeros incluye los derechos consulares (de notificación al consulado y de comunicación con las autoridades consulares), en disposiciones que gozan de rango de ley orgánica. No se establece de forma expresa, en cambio, el

derecho a ser informado de los demás derechos consulares (a notificar al consulado y mantener comunicación con las autoridades consulares) en el momento mismo de la detención, que debiera ser incluido en LO 4/2000, de Extranjería.

Menos clara es la situación legal de estos derechos en los casos de expulsión sin expediente (art. 58.3 LO 4/2000) y de las llamadas “devoluciones en caliente” reguladas por la disposición adicional décima de la LO 4/2015, en relación con las zonas fronterizas de Ceuta y Melilla. En ninguno de ambos casos se hace referencia en el ordenamiento español a la relación entre esas detenciones y los derechos consulares. Si en el caso del artículo 58.3 de la LO 4/2000 el vacío es absoluto, en el caso de Ceuta y Melilla al menos, las expulsiones se efectuarán “[e]n todo caso, (...) respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte”. Así definida, debe entenderse que los derechos derivados del artículo 36 de la CVRC’63 para los detenidos en cualquier forma en el extranjero son normas de “protección internacional” aplicables al supuesto. Ello llevaría a entender que estos derechos son igualmente de aplicación en las demás detenciones para expulsión sin expediente. Y desde luego, el carácter orgánico como garantías de derechos fundamentales de estos derechos tal y como venimos analizando no deja otra vía alternativa.

Mucho más dramática aún es la situación legal con respecto a los internamientos no voluntarios por motivos psíquicos, geriátricos o de drogodependencia. Su normativa específica no contempla en ningún caso los derechos consulares. La jurisprudencia constitucional ha examinado las garantías que deben regir estos internamientos, aplicando la jurisprudencia del TEDH en relación con la privación de libertad y sus garantías conforme al artículo 5 del CEDH. Sin embargo, ninguno de estos dos tribunales ha tenido que examinar nunca el internamiento psíquico, geriátrico o similar de un extranjero, caso en el que podría ponerse de manifiesto como ya ocurre en el supuesto de detención e internamiento penal, que los derechos consulares son parte de las garantías básicas. Sería deseable que las normas internas evolucionaran hacia una equiparación de las garantías consulares para toda persona sujeta a un “*arresto en cualquier forma, detención o prisión preventiva*”, teniendo en cuenta que la Comisión de Derecho Internacional consideraba que los derechos consulares eran aplicables a todo tipo de situación de detención –incluidas las psiquiátricas, geriátricas, sanitarias y otras formas de detención e internamiento-.

Porque, finalmente, ¿puede una garantía frente a la arbitrariedad de la detención ser considerada parte del derecho fundamental en ciertos supuestos de detención y no en otros? La doble naturaleza de los derechos consulares como garantías en la detención y garantías en el proceso que se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia y en el desarrollo normativo de los derechos deben hacer reflexionar sobre la transcendencia de estos derechos. Su sola violación puede no implicar la violación automática de los derechos fundamentales de tal gravedad que genere una nulidad de actuaciones como pretendían los Estados demandantes ante la CIJ o México ante la CIDH. Pero deben existir al menos vías de recurso que permitan subsanar la violación de los mismos dando pleno sentido a la posibilidad de la asistencia por las autoridades consulares.

A nuestro entender, y con el peso de la jurisprudencia y la normativa apoyándonos, los derechos consulares son en el ámbito de los Estados Miembros de la Unión Europea parte de las garantías básicas de la detención –toda detención- y del proceso penal. Y tal naturaleza es consuetudinaria y por ello oponible incluso a los Estados que no participan del régimen de las Directivas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Estos Estados están a la par obligados por la CVRC’63 y por la jurisprudencia del TEDH a respetar los derechos consulares como garantías básicas de la detención y del juicio justo. En el caso del Ordenamiento español y a pesar de los defectos sustantivos señalados en la transposición, el rango orgánico de las normas adoptadas y la justificación presentada para ello en las exposiciones de motivos de las normas específicas dejan clara la consideración de que los derechos consulares son elementos de los derechos fundamentales a la libertad y al juicio justo. Por tanto, podrían llegar a ser objeto de los recursos específicos en caso de violación de derechos fundamentales y, en todo caso, todos los recursos en relación con defectos procesales.

Pueden quedar dudas sobre las consecuencias de la violación de estos derechos y por ello pensamos que la partida está aún a medio jugar. No creemos sin embargo que pueda negarse que los derechos consulares forman parte de las garantías básicas de los derechos a la libertad y a la seguridad (art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y a un proceso equitativo (art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) en el doble ámbito europeo del Consejo de Europa y la Unión Europea.