

prueba, así como del riesgo de reiteración delictiva, ya atacando bienes jurídicos de la víctima, ya cometiendo otros hechos delictivos.

*Autora: Ana María Neira Pena
(Profesora contratada de Derecho Procesal,
Universidad de A Coruña)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de Derecho procesal penal*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015; NEIRA PENA, Ana María. «Tema 14. Medidas cautelares personales. Detención y prisión provisional. La incomunicación. La libertad provisional y otras medidas cautelares personales. El procedimiento de “habeas corpus”». En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús (coordinador). *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020; BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona: Bosch, 1988.

PROTECCIÓN CONSULAR

Conforme al Diccionario panhispánico del español jurídico, «protección consular» es:

Acción que un funcionario consular ejerce ante las autoridades locales del Estado receptor para prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado acreditante que residen o se encuentran en su circunscripción consular y que tiene causa en una conducta de esas autoridades, que supone a su entender una infracción de las normas del ordenamiento internacional o del interno que regulan el trato a los extranjeros.

Asistencia y protección consular son términos cercanos, aunque deben diferenciarse. Remitimos al examen complementario del término de «asistencia consular».

La protección de los nacionales en el extranjero es una de las funciones básicas y primigenias de la institución consular, que debe diferenciarse

de la «asistencia consular» (1). La regulación de la protección consular se encuentra básicamente en normas convencionales, universales o regionales (2). Igualmente importante es la consideración de la regulación nacional del alcance y condiciones específicas que la protección consular comprende (3).

1. Funciones consulares: asistencia vs. protección consular

La institución consular «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» (VILARIÑO PINTOS, 2018, p. 83). No 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 solo directamente ante los connacionales, sino también para su asistencia y protección ante las autoridades locales de residencia se desarrolla entre los siglos XIV y XV.

Dentro de las funciones consulares, la protección consular «en sentido propio o estricto es una función paralela a la protección diplomática, que no se puede confundir con lo que en sentido genérico se denomina protección [...] que hace referencia a funciones de asistencia» (VILARIÑO PINTOS, 2018, p. 385). Esto es, si la función de asistencia consular pone en relación estrecha agente consular y ciudadano destinatario de la asistencia, la función de protección se ancla en la relación entre el agente y las autoridades del Estado de residencia. En paralelo, la asistencia consular reviste una «función asistencial», mientras que la protección consular implica una «función política» de la misión consular (YTURRIAGA, 2015, cfr. p. 242 y ss. ver p. 270 y ss.).

2. Regulación jurídica

Como se indica en la entrada dedicada a la «asistencia consular» (*vid.*), y 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 bilaterales. El camino hacia la codificación de las mismas ha sido lento, iniciándose en el ámbito privado por Bluntschli (1868), Field (1876) o Fiore (1890), y en el ámbito institucional por el Instituto de Derecho Internacional (1888-1896 y, nuevamente en 1927), el Instituto Americano de Derecho Internacional (1925), la Asociación de Derecho Internacional (1926 y 1928) o la Harvard Law School (1928). Tras esfuerzos codificadores en el continente americano, el tema se consideraría apto para su codificación universal ya antes de la creación de las Naciones Unidas. Sería uno de los temas inicialmente inscritos en la agenda de la Comisión de Derecho Internacional en 1949, bajo el título de «relaciones e inmunidades consulares». La Comisión adoptó un texto en 1961, decidiendo la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante su Resolución 1685 (XVI), que se celebró entre marzo y abril de 1963. El 24 de abril, se adoptó por unanimidad la Convención de Viena de Relaciones Consulares (Doc. Of. A/Conf. 25/16, Add. 1, vol. II, pp. 179-192), compuesta por 73 artículos y dos Protocolos facultativos, así como tres resoluciones. La mayor parte de la doctrina 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». En la actualidad (enero de 2023), este convenio tiene 182 Estados parte.

2.1. *La regulación universal*

Actualmente y en el ámbito de los convenios multilaterales universales, la protección consular se encuentra recogida como una de las funciones propias de la oficina consular en el artículo 5.a) de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, 24 de abril de 1963 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, p. 261), que establece:

Las funciones consulares consistirán en:

[...]

- a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el Derecho internacional.

La doctrina considera que esta función tiene un carácter consuetudinario, hasta el punto de que el Estado receptor no puede oponerse a su ejercicio. Se concreta en la posibilidad de reclamar y dirigirse a las autoridades locales solicitando la reparación adecuada en relación con los intereses legítimos del Estado que envía o los de sus nacionales. No se trata de una reclamación internacional —de Estado a Estado— como la llamada protección diplomática, sino una reclamación interna ante el Estado que recibe. En la práctica puede funcionar como paso previo, aunque no es una exigencia normativa, del ejercicio de la protección diplomática, puesto que no se integra en el concepto de «agotamiento de recursos internos».

El artículo 8 del Convenio de 1963 prevé el «ejercicio de funciones consulares por cuenta de un tercer Estado» en los siguientes términos:

Una oficina consular del Estado que envía podrá, previa la adecuada notificación al Estado receptor y siempre que este no se oponga, ejercer funciones consulares por cuenta de un tercer Estado, en el Estado receptor.

Como se desarrolla en el apartado siguiente, a partir del siglo XX dicha prestación por tercero va a ser objeto de una red de tratados bilaterales, mientras que en el siglo XXI ha alcanzado nuevos desarrollos de la mano de la normativa de la Unión Europea.

2.2. *La regulación regional y bilateral*

En el ámbito regional europeo, en el marco del Consejo de Europa, se adoptó en París, el 11 de diciembre de 1967 el Convenio Europeo sobre las Funciones Consulares. A fecha actual (enero de 2023), cuenta tan solo con 5 Estados parte: Georgia, Grecia, Noruega, Portugal y España

(*BOE* n.º 84, de 8 de abril de 2011), para los que entró en vigor el 9 de junio de 2011.

El artículo 2.1 del Convenio está redactado en términos que aparentemente conectan protección y asistencia, aunque debe quedar clara la dimensión política —más que asistencial— de la función de protección:

Los funcionarios consulares tendrán derecho a proteger a los nacionales del Estado que envía y a defender sus derechos e intereses.

El Convenio europeo prevé igualmente la protección de intereses de un tercer Estado en su artículo 2.3:

Previa notificación al Estado que recibe, cualquier parte contratante tendrá el derecho a confiar la protección de sus nacionales y la defensa de sus derechos e intereses a los funcionarios consulares de otra parte contratante.

La diferencia más significativa entre el Convenio universal de 1963 y el Convenio europeo de 1967 es la posible oposición del Estado que recibe, que queda clara en el Convenio universal. Sin duda, dicha oposición debe ser posible también en el más restringido regional, dado que las relaciones consulares están siempre basadas en el consentimiento de los Estados implicados.

Muy frecuentemente, dicha prestación de funciones por un tercero se sustancia en acuerdos bilaterales, entre quienes se auxilian recíprocamente. En tal sentido, a modo de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, España ha concluido acuerdos de esta naturaleza con Argentina (de 3 de junio de 1988, *BOE* n.º 205, de 28 de agosto de 1989, artículo 11), Chile (de 19 de octubre de 1990, *BOE* n.º 223, de 17 de septiembre de 1991, artículo 16), México (de 11 de enero de 1990, *BOE* n.º 169, de 16 de julio de 1991, artículo 11), Uruguay (de 23 de julio de 1992, *BOE* n.º 131, de 2 de junio de 1994, artículo 13) y Venezuela (de 7 de junio de 1990, *BOE* n.º 170, de 16 de julio de 1992, artículo 10). También se han fir-

mado acuerdos con cláusulas de apoyo mutuo consular más genérico con Bolivia (de 16 de marzo de 1998, *BOE* n.º 56, de 6 de marzo de 1999, artículo 11), Brasil (de 23 de julio de 1992, *BOE* n.º 162, de 8 de julio de 1994, artículos 13-15), Colombia (de 29 de octubre de 1992, *BOE* n.º 182, de 1 de agosto de 1995, artículos 12-14) y Ecuador (de 30 de junio de 1999, *BOE* n.º 97, de 21 de abril de 2004, artículo 11).

Un caso más excepcional, pero más completo técnicamente porque traba el consentimiento de todas las partes implicadas, lo encontramos el Tratado de Buena Vecindad, Amistad y Cooperación entre Francia, Andorra y España de 1993 (de 3 de junio de 1993, *BOE* n.º 155, de 30 de junio de 1993, artículo 7).

En línea análoga, aunque con una estructura jurídica más compleja, el Tratado de la Unión Europea de 1992 introdujo el concepto de ciudadanía europea, entre cuyos derechos recoge la posibilidad de los ciudadanos 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.

Originalmente recogido en el artículo 9 del TUE, hoy se encuentra explicitado en el artículo 20.2.c del Tratado de Funcionamiento de la UE y en el artículo 46 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta norma genera un derecho para todos los nacionales de los Estados miembros (que por esa condición gozan automáticamente del estatuto de ciudadanía europea) cuando se encuentran en el territorio de países terceros. Esta disposición, al estar inserta en un tratado que vincula a todos los Estados miembros de la UE, viene a sustituir los acuerdos bilaterales entre Estado que representa y Estado representado. Sin embargo, ello no exime de la búsqueda de la aceptación o al menos no oposición de los terceros Estados, en los que la protección consular debe tener lugar.

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* (COM [2006] 712 final), en el que recomendaba que se lograra la aceptación expresa de los Estados receptores por cuanto generaría una mayor seguridad jurídica. Con posterioridad la Comisión presentó un plan de acción 2007-2010 sobre Protección consular eficaz en los terceros países: la contribución de la Unión Europea (COM [2007] 767 final). En estos documentos, la Comisión proponía igualmente incluir una cláusula de protección consular en los acuerdos mixtos celebrados por la UE, los Estados miembros y terceros Estados. En dos casos, al menos, se ha hecho realidad esta propuesta. 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 (DO L 29, de 4 de febrero de 2016, artículo 239), 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 (DO L 67, de 14 de marzo de 2017, artículo 29). 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 firma y aplicación provisional por parte de la UE. Con relación al tratado con Afganistán puede verse la Notificación relativa a la aplicación provisional del Acuerdo de Cooperación sobre Asociación y Desarrollo entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Islámica de Afganistán, por otra (DO L 273 de 24 de octubre de 2017). En el caso de Kazajistán, el acuerdo ha sido definitivamente aprobado mediante la Decisión (UE) 2020/244 del Consejo (DO L 52 de 25 de febrero de 2020).

La protección consular fue regulada en la Unión Europea mediante la 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 consulares (DO L 314 de 28 de diciembre de 1995). Ha sido sustituida con posterioridad por la Directiva 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 (*DOUE* L106, de 24 de abril de 2015). Su plazo de transposición (adaptación de la normativa interna de los Estados miembros) terminó el 1 de mayo de 2018. España, como luego analizamos, ha transpuesto la Directiva fuera de plazo.

3. La regulación nacional

El contenido preciso de la protección consular vendrá definido por cada ordenamiento nacional y su regulación. Ello esencialmente definirá si la protección consular es, además de una función estatal, un derecho del nacional y en qué medida y con qué contenidos.

Como ejemplo, baste una referencia a las normas españolas. Tradicionalmente, se ha regulado la protección y asistencia consular 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.

Las referencias legislativas son escasas y recientes, no distinguiendo de manera técnica la función de protección y la función de asistencia. 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. 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 ciuda-

danos 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 Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (*BOE* n.º 74, de 26/03/2014) hace referencia a la asistencia y protección consular, aunque limitándose a la constitución del llamado «grupo de emergencia consular» (artículo 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 y/o protección a ciudadanos europeos no representados en el Estado donde ocurre la situación. En cambio, la misma ley prevé la posibilidad de creación

de Oficinas Consulares conjuntas en terceros Estados, así como [de] 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.

Conforme a esta regulación, de crearse dichas oficinas, tales acuerdos deberán hacerse públicos. Primará la competencia de estas oficinas 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 conforme al artículo 7 de la ley:

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.

Más recientemente, la Ley 3/2018, de 11 de junio (*BOE* n.º 142, de 12 de junio de 2018), por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de no-

viembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación, ha introducido las normas específicas de transposición de la 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. La reforma ha añadido las disposiciones adicionales décima séptima, décima octava y décima novena a la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado. En ellas se hace extensivo a los familiares no ciudadanos europeos los derechos de protección consular reconocidos de los ciudadanos españoles en el extranjero. Dicha normativa de rango legal ha sido completada recientemente por el desarrollo reglamentario mediante Real Decreto 561/2019, de 9 de octubre, por el que se completa la transposición de la 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/CE (BOE n.º 244 de 10 de octubre de 2019).

Todos estos desarrollos nacionales (caso español) ilustran la confusión que indicábamos al inicio entre la función de protección y la función de asistencia consular, a nivel dogmático. Sigue abierto a la par el debate de la exigibilidad de las protección y asistencia consular tanto como derecho individual ante el ordenamiento jurídico interno como su naturaleza de garantía básica desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Eso último es, sin duda, determinante para valorar su papel en el ámbito de la justicia penal internacional.

*Autora: Eulalia W. Petit de Gabriel
(Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,
Universidad de Sevilla)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AHMAD, Mohammed Ali. *L'institution consulaire et le droit international*. París: L. G. D. J., 1973; MARESCA,

Adolfo. *Relazioni consolari*. Madrid: Aguilar, 1974; MORTAROTTI, Pablo César. «La protección diplomática y consular en la Unión Europea: ¿un Derecho con perspectivas de desarrollo y evolución?». En *Revista de la Facultad*, 2020, vol. XI, n.º 2, nueva serie II, pp. 11-44; NÚÑEZ HERNÁNDEZ, Jesús. *La función consular en el Derecho español*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores, 1980; PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. «Los “derechos consulares” de los extranjeros detenidos: ¿nuevas cartas en la baraja de los derechos fundamentales?». En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2017, n.º 33; PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. «Intertwining Consular and Human Rights Law: a European Contribution to the Humanisation of International Law». En *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 2021, vol. 22, n.º 1; TORROBA SACRISTÁN, José. *Derecho consular: guía práctica de los consulados de España*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores, 1993; VILARIÑO PINTOS, Eduardo. *Curso de Derecho diplomático y consular*. Madrid: Tecnos, 2018, sexta edición; YTURRIAGA BARBERÁN, José Antonio. *Los órganos del Estado para las relaciones exteriores. Compendio de Derecho diplomático y consular*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Colección Escuela Diplomática, 2015.

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

El término protección diplomática abarca un número de relaciones jurídicas de distinto orden y que se pueden enmarcar en diferentes áreas del Derecho internacional público, pero que tienen en común un objetivo principal: la protección y defensa de los nacionales de un Estado en el extranjero. Esta institución se desarrolla para favorecer la defensa de los derechos e intereses de los nacionales del Estado que la ejerce y, cabe decir, que tal institución no es ajena a los procedimientos penales, tal como se evidencia, por ejemplo, en los casos *Avena y otros nacionales mexicanos* (México c. Estados Unidos) y *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos), ambos ventilados ante la Corte Internacional de Justicia, en los cuales tanto México como Alemania, respectivamente, consideraron que la ausencia de notificación consular —por parte de la justicia americana