

LA DETENCIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS: OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN CONSULAR*

Gonzalo Bonifaz Tweddle**

“El género humano aunque dividido en varios pueblos y reinos, siempre tiene alguna unidad no sólo específica, sino también cuasi política y moral que indica el precepto natural del mutuo amor y la misericordia, que se extiende a todos, aun a los extraños y de cualquier nación...”

Francisco Suárez

¿Qué derechos tienen los detenidos en un país que no es el suyo? ¿Pueden ser protegidos por el cuerpo diplomático de su país? ¿Cuántas personas saben qué hacer al momento de ser detenidas en otro país? Las respuestas a estas interrogantes son cada vez más relevantes en un mundo globalizado. En el siguiente artículo, Gonzalo Bonifaz da respuesta a las mismas, de manera clara y precisa, analizando a profundidad la figura de la protección consular.

Al mismo tiempo, el autor resalta las principales deficiencias prácticas que se presentan para ejercer estos derechos, proponiendo la difusión de los mismos como parte de la solución.

Hoy, a pesar de que el número de ciudadanos extranjeros ha aumentado vertiginosamente en varios Estados¹, poco se conoce de la institución de la Protección Consular tanto por parte de los ciudadanos como de las autoridades. Qué consecuencias ha traído este desconocimiento en los supuestos de ciudadanos extranjeros detenidos por autoridades locales, muchas y muy graves, incluso la pérdida de vidas humanas. Es por ello, que nuestra intención en el presente artículo es la de colaborar con dar a conocer esta institución y sus alcances, así como llamar la atención para que las autoridades competentes inicien una verdadera campaña de educación sobre los derechos que asisten a los ciudadanos extranjeros al ser detenidos y los deberes que de estas detenciones se derivan para con los Estados.

1. DESARROLLO DE LA PROTECCIÓN CONSULAR

Para estudiar el origen de la protección consular

* A mi hermano Rodrigo.

** Estudiante de noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ BENAVIDES, Héctor. “Perú: Un examen de la migración internacional en la Comunidad Andina usando datos censuales”. Santiago, CEPAL, 1998. “La historia de la migración peruana se caracteriza, en los últimos decenios, por el predominio de la emigración. Este fenómeno exhibe un comportamiento creciente y cada vez más diversificado”. Según información proporcionada por la Dirección de Migraciones del Ministerio del Interior en el Perú en el año 2000 salieron del territorio nacional 796,728 peruanos, de los cuales 312,441 viajaron a los Estados Unidos de América, mientras que ingresaron al territorio nacional un total de 1’026,000 extranjeros.

debemos remontarnos hasta la antigüedad²; sin embargo, si trazamos una idea que esté presente en su desarrollo histórico, aún de manera diferenciada y con las peculiaridades de cada época, podemos señalar que la protección consular ha sido creada con la finalidad de proteger los intereses de los nacionales y del Estado que envía³ en el extranjero.

Para ello, resulta necesario que se produzca una cooperación múltiple y diversa entre las distintas autoridades del Estado territorial y los órganos consulares del Estado que envía, lo cual exige una especial confianza recíproca entre ambos Estados. Sin esta cooperación, la formación y mantenimiento de las relaciones consulares “no sería posible y llevaría inexorablemente a su extinción”⁴.

Es en este espíritu de cooperación que un gran número de Estados, conscientes de la necesidad de establecer reglas claras y uniformes respecto a la práctica consular, concluyeron el 24 de abril de 1963 los trabajos de

codificación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares⁵.

La protección consular fue uno de los puntos más discutidos en los largos debates de la Convención, incluso en la Asamblea Plenaria se llegó a insinuar que todo el artículo 36 de la Convención debía desaparecer debido a que los representantes de los Estados no llegaban a ponerse de acuerdo sobre los alcances y efectos que debía tener el referido artículo⁶. No obstante ello, el texto final del artículo 36.1.b, a pesar de sus diversas modificaciones, fue aprobado por la Asamblea Plenaria y quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 36.- “Comunicación con los nacionales que envía.

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

(...)

² Maresca desarrolla ampliamente los antecedentes de la institución consular llegando a establecer la siguiente cronología: en Egipto luego de la caída del régimen teocrático y sacerdotal aparecen las primeras ideas de protección y ayuda al comercio y navegación extranjera, la labor era llevada por un sacerdote “Agoromono”. En Grecia podemos encontrar a los “Proxenos”, ciudadanos insignes del Estado de residencia, a quienes el soberano de otra ciudad-estado les otorgaba su confianza para la protección de sus bienes y ciudadanos en el Estado de residencia, así Píndaro representó a Atenas, Alcibíades a Esparta y Demóstenes a Tebas. En Atenas estuvieron los “Sicofontes” reemplazados por los “Metecofilacos”, los cuales se encargaban de velar por los extranjeros bajo la institución de la hospitalidad y protección de Zeus peregrino. En Roma el “Protectori”, ciudadano romano nombrado por el Senado, cumplía la función de proteger a los súbditos e intereses de otra ciudad-estado sometida al Imperio Romano por el tratado de vasallaje, así Cicerón fue protector de Siracusa y Catón de Chipre. En la Germania el extranjero (*warganeus*) estaba fuera de la ley y para gozar de protección debía colocarse bajo el patronato de un germano libre, lo cual lo obtenía pasando tres noches bajo el techo de un patrono. En la alta edad media aparece la institución consular en distintos países europeos, su característica común fue la protección y representación de la comunidad extranjera en el territorio de otro soberano. Sin embargo, no existía uniformidad ni continuidad de las instituciones consulares las cuales variaban de un Estado a otro e incluso en un mismo Estado llegó a tener formas distintas, así en este período aparecen tres categorías de funcionarios consulares los *electi*, los *missi* y los *hospites*. Será con motivo de las cruzadas, que la institución consular conseguirá una gran expansión y esplendor debido al contacto de la Europa medieval y la civilización de Oriente. Para el siglo XVII, la institución consular ingresará en una etapa de decadencia por el establecimiento de misiones permanentes que privan a los cónsules de sus funciones diplomáticas. Sin embargo, a partir del siglo XVIII las relaciones consulares vuelven a tomar un papel preponderante dando lugar a la celebración de un gran número de convenios bilaterales. A comienzos del siglo XX, la expansión de la institución consular se hizo manifiesta debido en gran parte a la aparición de nuevas formas de transporte, de nuevos Estados y a la necesidad de cooperación internacional entre éstos y por la latente necesidad de uniformizar la práctica internacional en materia consular. MARESCA, Adolfo. “Las relaciones consulares”. Madrid, Aguilar, 1974; también se puede consultar ABRISQUETA, Jaime. “El Derecho Consular Internacional”. Madrid, Reus, 1974. p. 640; ANTOKOLETZ, Daniel. “Tratado teórico y práctico del Derecho Diplomático y Consular”. Vol. I y II, Buenos Aires, Ideas, 1948. REMIRO BROTONS, Antonio. “Derecho Internacional”. Madrid, McGraw-Hill, 1997. 1269 p.

³ La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (en adelante la Convención) utiliza el término “Estado que envía” para referirse al Estado del cual el ciudadano extranjero es nacional y no el de “Estado acreditante” debido a que las oficinas consulares no desempeñan funciones de representación.

⁴ MARESCA, Adolfo. Op. cit. p. 4.

⁵ La creciente demanda de las relaciones consulares desembocó a que en 1955 la Comisión de Derecho Internacional (creada el 21 de noviembre de 1947, mediante Resolución 174 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en virtud del inciso a. del párrafo 1 del artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas), con el afán de impulsar el avance progresivo del Derecho Internacional y su codificación, planteara oficialmente el tema de estudio de las relaciones consulares a fin de sistematizar y uniformizar la institución consular (cabe destacar que desde su primera sesión en abril de 1949, la Comisión de Derecho Internacional había incluido al Derecho Consular entre las catorce materias que consideraba susceptible de codificación). El 18 de diciembre de 1961, la Asamblea General mediante Resolución 1685 expreso su agradecimiento a la Comisión de Derecho Internacional por los trabajos realizados y convocó para el 24 de abril de 1963 una conferencia con el fin de elaborar el texto definitivo. La conferencia inició sus trabajos con la participación de noventa y dos Estados el 4 de marzo de 1963 y los concluyó el 24 de abril del mismo año. Entre las principales características de la conferencia podemos resaltar que ésta fue de carácter diplomático, deliberativa y se restringió al mandato confiado por las Naciones Unidas. La Convención entró en vigor el 19 de marzo de 1967, después de haberse registrado el vigésimo segundo instrumento de ratificación.

⁶ Durante el desarrollo de la Convención, la Comisión de Derecho Internacional presentó como propuesta que las autoridades locales debían informar automáticamente a la oficina consular del Estado que envía de la detención de su nacional, mientras que por otro lado en la segunda comisión de trabajo se llegó a proponer una enmienda destinada a eximir a las autoridades territoriales del deber de información en los casos que el extranjero detenido se opusiera. Ver MARESCA, Adolfo. Op. cit. p. 227.

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin más 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 autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los Derechos que se le reconocen en este apartado”.

2. DEFINICIÓN DE LA PROTECCIÓN CONSULAR

Podemos definir la protección consular como un conjunto de acciones, gestiones e intervenciones de funcionarios consulares⁷ del Estado que envía, dentro de su distrito consular⁸, derivadas de las consecuencias de un acto u omisión de un órgano del Estado territorial que sean contrarios al Derecho Internacional o a su Derecho interno, en beneficio de sus connacionales dentro de los límites permitidos por el Derecho Internacional y siempre que se respete la legislación interna de cada Estado⁹.

Así, cuando un ciudadano es detenido por la autoridad local territorial y no se le informa de su derecho a poder solicitar asistencia consular, de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 de la Convención, estaremos ante un supuesto de protección consular o cuando habiendo sido detenido e informado de su derecho a solicitar asistencia consular se viola en el desarrollo del proceso su derecho al debido proceso (por ejemplo, en caso permanezca detenido más tiempo del establecido, no

se le permita contar con un intérprete o que su abogado no tenga acceso adecuado al expediente judicial).

Es preciso diferenciar a la protección consular de la asistencia consular, siendo un rasgo esencial de la segunda el estar destinada a facilitar a los nacionales extranjeros su permanencia en el Estado receptor sin que se haya producido la comisión de una infracción del Derecho Internacional o del Derecho interno por parte del Estado receptor. Por ello, para que la asistencia consular se ejerza sólo se requerirá una situación de necesidad por parte de un ciudadano del Estado que envía¹⁰, como por ejemplo, en los casos en que el detenido extranjero sea oportunamente informado de su derecho de solicitar asistencia consular y éste desee que se comunique de su situación a su oficina consular o cuando un cónsul visita a un connacional que se encuentra cumpliendo una condena judicial¹¹.

3. PRESUPUESTOS PARA LA PROTECCIÓN CONSULAR

La protección consular puede desarrollarse ante cualquier autoridad competente, sea ésta municipal, administrativa o judicial, pero en ningún caso podrá ejercerse contra un acto legislativo u otros actos de alcance general. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la protección diplomática, en la protección consular “la reclamación no se presenta ante el gobierno del Estado infractor sino directamente ante el órgano del que emane el acto ilícito”¹² y por su propia naturaleza no requiere el agotamiento de vía interna.

Para el ejercicio de esta protección es necesario que el ciudadano mantenga un vínculo efectivo (nacionalidad) con el Estado que envía¹³, tanto en el momento

⁷ De acuerdo al artículo 10 de la Convención los jefes de las oficinas consulares serán nombrados por el Estado que envía (cartas o letras patentes) y serán admitidos al ejercicio de sus funciones por el Estado receptor (*exequatur*). Recordemos que de acuerdo a lo establecido por la Convención se da inicio a las relaciones consulares por el previo consentimiento entre los Estados, también se entenderán establecidas en los casos en que los Estados hayan otorgado su consentimiento para el establecimiento de relaciones diplomáticas, salvo indicación en contrario. MOROCHO, Arturo. “Nueva dimensión de la representación consular en el Derecho Internacional Público”. Lima, Concytec, 1981. p. 80.

⁸ Se define al distrito o circunscripción consular como el territorio comprendido en uno o más países que se asignan al cónsul por patente y en el que tiene competencia para ejercer sus funciones. WYBO, Luis. “Terminología usual en las relaciones internacionales, asuntos consulares”. México, S.R.E., 1981. p. 18; Dicha competencia territorial está determinada por su circunscripción y será fijada por el Estado que envía y aprobada por el Estado receptor. XILOTL, Ramón, “Ensayo jurídico consulares”. México, S.R.E., 1987. p. 78.

⁹ Debemos señalar que no estamos ante un supuesto de reclamación de carácter internacional como lo sería la protección diplomática. REMIRO BROTONS, Antonio. Op. cit. pp. 515-516.

¹⁰ PASTOR RIDRUEJO, José. “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”. Madrid, Tecnos, 2001. p. 252.

¹¹ NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. “Derecho Internacional Público. Sujetos de Derecho Internacional”. Tomo II. Lima, IDEI, 2002. p. 382.

¹² PASTOR RIDRUEJO, José. Op. cit. p. 251.

¹³ El 6 abril de 1955, la Corte Internacional de Justicia se pronunció respecto a la necesidad de ejercer la nacionalidad efectiva en el asunto *Nottebohm* al establecer que “Se ha considerado que la mejor manera de hacer esa regla acorde con las variantes condiciones demográficas de los distintos Estados, es dejar a su propia competencia el establecimiento de ésta. Pero, por otro lado, un Estado no puede reclamar que la regla que él mismo ha establecido tenga que ser enteramente reconocida por otros Estados, a menos que haya actuado en conformidad con este principio general de hacer que la nacionalidad concedida sea acorde a un vínculo efectivo entre el propio Estado y el individuo”. (La traducción es nuestra). Para mayor información se puede consultar www.icj-cij.org/iccjwww/idecisions/isummaries/ilgsummary

en que se ha producido el hecho que motiva la protección como durante el ejercicio de la protección misma. Sin embargo, ésta no sólo se limita a las personas físicas sino que también se extiende a las personas jurídicas cuando por su naturaleza les sea compatible. Excepcionalmente, la protección consular podrá ser realizada por un tercer Estado extranjero en favor de individuos que no son nacionales suyos, siempre y cuando los Estados involucrados lo autoricen¹⁴.

La protección consular que puedan necesitar los extranjeros en el Estado territorial suele variar mucho de un Estado a otro y es prestada por las oficinas consulares de manera muy diversa. Coincidimos con la afirmación de Torroba Sacristán¹⁵ al señalar que el ejercicio de la protección consular suele estar en relación directa al grado de desarrollo de los Estados que la realizan.

4. OBLIGACIONES DERIVADAS DEL ARTÍCULO 36.1.B DE LA CONVENCIÓN

Podemos señalar que el artículo 36.1.b de la Convención impone a los Estados las siguientes obligaciones:

- a. Las autoridades territoriales están obligadas a informar sin dilación al detenido extranjero de su derecho a solicitar que la oficina consular competente en ese Estado sea advertida de la situación en que se encuentra. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva¹⁶ unánimemente ha considerado que el término "sin dilación" significa que la información al detenido de sus derechos recogidos en el artículo 36.1.b de la Convención debe realizarse "al momento de privar de la libertad al inculpado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad".
- b. La obligación de las autoridades territoriales de informar al cónsul de la detención de su cona-

cional no es automática, sino que está subordinada a la petición del detenido extranjero y todo rechazo a dicha protección por parte de éste tendrá que ser de carácter expreso. El origen de este requisito fue ampliamente discutido durante los debates de la Convención, finalmente los Estados concluyeron que era necesario respetar la voluntad de los individuos detenidos y que de ellos dependía si las autoridades informaban o no a la oficina consular de su detención.

- c. Incumbe a las mismas autoridades territoriales la obligación de transmitir sin demora a la oficina consular cualquier comunicación que el detenido extranjero desee que le sea transmitida, puesto que resulta evidente que la oficina consular no podrá ejercer sus funciones consulares respecto de su nacional detenido si estas autoridades no comunican dicha detención. El Departamento de Estado de los Estados Unidos de América¹⁷ ha señalado que "el acceso personal oportuno (...) le otorgan a la oficina consular la oportunidad de explicar los procedimientos legales y judiciales del Estado territorial, así como, los derechos que podrá gozar el detenido en dicho Estado extranjero en el momento en que esta información resulta de mayor utilidad"¹⁸, en igual sentido, podemos recoger la importancia de esta obligación en la memoria presentada por los Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia¹⁹, en el caso del personal diplomático y consular de la embajada de los Estados Unidos en Teherán, al señalar que "Una función principal del Cónsul es la de proveer asistencia a sus connacionales y por este motivo el canal de comunicaciones entre la oficina consular y sus connacionales debe mantenerse siempre abierto. En efecto, dicha comunicación resulta tan esencial para el ejercicio de las funciones consulares que sin ella perdería sentido la institución misma de las relaciones consulares".

¹⁴ Por ejemplo, en el caso que un Estado haya confiado su representación a otro por carecer éste de órganos diplomáticos o consulares en un tercer Estado.

¹⁵ TORROBA, José. "Derecho Consular, Guía Práctica de los Consulados de España". Madrid, Ministerio de Relaciones Exteriores, 1993. p. 178.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16 del 1 de octubre de 1999.

¹⁷ En adelante los "Estados Unidos". En el desarrollo del presente trabajo haremos especial referencia a la posición adoptada por los Estados Unidos debido a que los casos más representativos en el ámbito internacional, por haber llegado éstos a la Corte Internacional de Justicia, han sido presentados contra dicho Estado (casos Breard y LaGrand). Además debemos señalar, que la mayoría de Estados de los Estados Unidos contemplan en su ordenamiento legal la pena de muerte (California, Florida, Nueva York, Nueva Jersey, Nuevo México, Virginia, Alabama, Nebraska, Oregon, Pensilvania, Texas, Utah, Washington, Oklahoma, etc.).

¹⁸ *Consular Notification and Acces: Instruction for Federal, State and Local Law Enforcement and others officials regarding foreign nationals in the United State and the rights of consular officials to assist them.* (La traducción es nuestra).

¹⁹ Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán. I.C.J., *Reports* 1979. (La traducción es nuestra). En TORRECUADRADA, Soledad. "El incumplimiento de las Ordenanzas de la CIJ: El caso LaGrand". En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado No. 98. Nueva Serie. Año XXXIII. 2000. p. 809.

d. Corresponde a los Estados el deber de imprimir en su ordenamiento interno las características especiales que aseguren el pleno alcance de los fines de asistencia y de cooperación, para los cuales se han previsto las situaciones jurídico subjetivas. En el caso de Estados de estructura federal, las autoridades de los Estados federales no pueden oponer su derecho interno frente a los Tratados celebrados por el gobierno central ni ignorar el contenido de estos Tratados²⁰. No obstante ello, la práctica nos demuestra que hay una grave laguna en las relaciones entre el gobierno federal y los gobiernos estatales, en lo que se refiere a las obligaciones internacionales contraídas por el primero²¹.

El objetivo de dichas obligaciones está relacionado con la necesidad de proveer un puente cultural para los detenidos extranjeros que deberán enfrentar un sistema legal que no les es familiar y hasta incluso hostil. En tal sentido, podemos señalar que las obligaciones establecidas en el artículo 36.1.b de la Convención “no están sujetas ni a excepciones, ni a las condiciones dependientes del Estado receptor que considere oportuno imponer”²². Consciente de ello y de su repercusión en el ámbito internacional el juez Butzner, en su voto particular al desestimarse la acción civil interpuesta por Paraguay en el caso *Breard*, señaló que “Las protecciones otorgadas por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares se extienden más allá del caso *Breard*. Los ciudadanos norteamericanos están esparcidos por todo el mundo (...) Sus libertades y seguridad peligran si los agentes del Estado incumplen la Convención y otros Estados

siguen este ejemplo. Los funcionarios públicos deben tener en cuenta que el derecho internacional se basa en la idea de reciprocidad”²³.

5. EL ARTÍCULO 36.1.B DE LA CONVENCIÓN: NORMA QUE CONSAGRA DERECHOS INDIVIDUALES

La Convención fue convocada con la finalidad de regular y codificar²⁴ la práctica de los diversos Estados en materia de Derecho Consular, lo cual no significó que ésta únicamente atribuyera derechos y obligaciones a los Estados parte sino que también se dirigían a los propios individuos²⁵.

Como bien señala Remiro Brotóns²⁶, el Derecho Internacional no reconoce al particular el derecho de protección consular, ya que ésta reviste un carácter discrecional por parte de los Estados. Sin embargo, aquí debemos distinguir dos situaciones, la primera, la protección consular en sí misma (a la cual Remiro Brotóns se refiere), y la segunda, consistente en el derecho del individuo a poder acceder a la protección consular que su Estado le pueda proporcionar (notificación consular).

Si hacemos una lectura del artículo 36.1.b de la Convención podemos determinar que dicho artículo establece el deber que tienen los Estados de informar sin dilación a los detenidos extranjeros de los derechos que dicho artículo les confiere a fin de poder, si así lo solicitara, comunicar a su oficina consular de su situación. ¿Quién es titular del derecho correlativo a

²⁰ Resulta sorprendente la poca información de las normas internacionales sobre materia consular en el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, baste citar que en 1997 en el Estado de Texas durante el proceso de Virgino Maldonado, nacional mexicano, el Juez refiriéndose a la Convención señaló que “desconozco su existencia (...) no soy un experto en Derecho Internacional”; o en el proceso de Mario Murphy, también ciudadano mexicano, ejecutado en el Estado de Virginia, en donde el Fiscal General y dos Jueces del tribunal en una vista celebrada en la Corte de Apelación del Cuarto Circuito admitieron que no habían oído hablar de la Convención, incluso el Fiscal General Robert Humphreys llegó a declarar “Lo que quiero decir es ¿cómo van a remediarlo? Supongo que México podría declararnos la guerra (...) Me parece una cuestión totalmente ridícula. Es responsabilidad del acusado decir, eh, disculpen, soy un ciudadano mexicano; avisen a mi embajada”; o las palabras de Gerald Arenberg, director ejecutivo de la Asociación Nacional de Jefes de Policía Retirados, al señalar que “En los 47 años que he dedicado al cumplimiento de la ley, jamás he visto nada procedente del Departamento de Estado o del FBI sobre la Convención”. En: www.edai.org/centro/amr/eeuu/25100198.html

²¹ Esto ha sido puesto en evidencia en el informe presentado por Bacre Waly Ndiaye, relator especial de las Naciones Unidas, sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, en violación a los derechos humanos y libertades fundamentales ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Ver www.unhchr.ch

²² CARNERERO, Rubén. “Algunas cuestiones de Derecho Internacional suscitadas por el caso *Breard*”. En: Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional. Madrid, IHLADI, 1999. p. 246.

²³ ACEVES, William. “Litigation under the Viena Convention”. En: International Civil Liberties Report. California. ACLU. Mayo 1998. p. 10. (La traducción es nuestra).

²⁴ Coincidimos con Novak y García Corrochano al definir a los Tratados como “el acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, con capacidad para concertarlo, celebrado en forma verbal o escrita, regido por el Derecho Internacional y destinado a crear, modificar, regular o extinguir derechos y obligaciones de este ordenamiento”. En NOVAK, Fabián y GARCÍA CORROCHANO, Luis. “Derecho Internacional Público”. Tomo I. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2000. p. 133.

²⁵ La Corte Permanente de Justicia Internacional declaró que “si bien normalmente no es misión de los convenios internacionales atribuir directamente derechos y obligaciones individuales, no existe ninguna imposibilidad de que algún Tratado lo haga”. Corte Permanente de Justicia Internacional. serie B. número 15. pp. 17 y 18. En MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. “Introducción al Derecho Internacional Público”. Madrid, 1979, Yagues. p. 274.

²⁶ REMIRO BROTONS, Antonio. Op. cit. p. 516.

ese deber impuesto al Estado? La respuesta sólo nos puede señalar al individuo detenido²⁷, más aún cuando es el propio artículo 36.1.b el que establece que la notificación a la oficina consular sólo podrá oponerse cuando el detenido expresamente lo haya solicitado.

Los Estados Unidos, en sentido contrario, han sostenido que no existe evidencia alguna que apoye la pretensión de establecer a la notificación consular (medio por el cual el individuo accede a la protección consular) como un derecho individual, más aún cuando el propósito de la Convención fue “el establecimiento de normas de derecho que regulen las relaciones entre Estados y no entre Estados e individuos”²⁸. Sin embargo, contradictoriamente han señalado también, en el caso del personal diplomático y consular de la embajada de los Estados Unidos en Teherán, que la Convención “establece derechos no sólo a favor de los funcionarios consulares sino también para los nacionales del Estado que envía, a quienes se les asegura acceso a sus representantes consulares”²⁹.

Finalmente, esta discusión ha sido resuelta³⁰ por la Corte Internacional de Justicia luego de su pronunciamiento en el caso de los hermanos LaGrand³¹ al señalar que *“this is also true of the dispute as to whether paragraph 1 (b) creates individual rights and whether Germany has standing to assert those rights on behalf of its nationals”* y más precisamente que el artículo 36.1.b *“creates individual rights, with, by virtue of article 1 of the Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of detained person. These right were violated in the present case”*³².

6. EL ACCESO A LA PROTECCIÓN CONSULAR COMO GARANTÍA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como ya hemos señalado, el artículo 36.1.b de la Convención genera derechos individuales; sin embar-

go, es necesario realizar un segundo análisis para determinar si este derecho a poder acceder a la protección consular forma parte del catálogo de los Derechos Humanos.

Un Tratado puede concernir a la protección de los Derechos Humanos, con independencia de cuál sea su objeto principal. El artículo 36.1.b de la Convención, tal como ya hemos referido, constituye una excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente estatal, de los derechos y obligaciones consagradas en la Convención.

Esta necesidad de proteger a los ciudadanos extranjeros detenidos y de imponer un deber de información al Estado responde a la presencia de una desigualdad real que obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que pudieran tener los detenidos extranjeros para poder hacer valer sus derechos y ejercer su defensa ante los tribunales.

En tal sentido, la omisión de informar al detenido sobre sus derechos consagrados en el artículo 36.1.b de la Convención por parte de las autoridades constituye además del incumplimiento de una obligación jurídica internacional una violación al debido proceso³³, ya que dicha omisión no va a permitir que el detenido extranjero pueda afrontar y defenderse adecuadamente de los cargos que se le hayan imputado.

Consideramos que no es suficiente que los Estados puedan subsanar la omisión de su deber de informar al detenido sobre los derechos que le confiere el artículo 36.1.b de la Convención asignándole un abogado de oficio para que éste ejerza su defensa³⁴, ya que para ejercerla diligentemente no bastará que un abogado conozca su sistema legal sino que además deberá conocer el sistema legal del Estado que envía, su idioma y ser capaz de interpretar sus costumbres³⁵. La Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁶ al

²⁷ En igual sentido se manifiesta Abrisqueta. Ver ABRISQUETA, Jaime. Op. cit. p. 341. 28 Posición establecida por los Estados Unidos a raíz de la Opinión Consultiva OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁹ Personal diplomático y consular de la embajada de los Estados Unidos en Teherán. I.C.J., Reports 1979. (La traducción es nuestra).

³⁰ Tal como señala Acosta, la jurisprudencia de la Corte no puede ser considerada como fuente del Derecho Internacional ni tiene carácter vinculante para los magistrados. Sin embargo, ésta sirve como prueba de la existencia de normas internacionales y aclara su contenido y sentido. En ACOSTA, Joseph. “El proceso ante el Tribunal Internacional de Justicia”. Barcelona, Bosch, 1995. p. 283.

³¹ El 2 de marzo de 1999, la República Alemana presentó ante la Corte Internacional de Justicia una demanda contra los Estados Unidos por haber violado el artículo 36.1.b de la Convención al haber detenido, procesado y condenado a los hermanos Karl y Walter LaGrand sin haberles informado sobre sus derechos establecidos en el artículo 36.1.b. de la Convención.

³² *LaGrand Judgment (Germany v. United States of America)*. I.C.J. Reports 2001. Ver www.icj-cij.org/icjwww/idocket/igus/igusjudgment

³³ Opinión Consultiva OC-16. “Para que exista un debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.

³⁴ La notificación consular es relevante en todos los casos de detención de un ciudadano extranjero y no existe elemento alguno en el artículo 36.1.b de la Convención que nos permita hacer distinción alguna debido a la gravedad de la pena impuesta.

³⁵ Debemos señalar que el Juez Oliver Jackman en su voto disidente emitido en la Opinión Consultiva OC-16, difiere de nuestra posición al no considerar que la inobservancia del artículo 36.1.b acarree necesariamente una violación al debido proceso.

³⁶ Opinión Consultiva OC-16.

respecto ha señalado que “es evidente, que en tales circunstancias, la notificación del derecho a comunicarse con el representante consular de su país, contribuirá a mejorar considerablemente sus posibilidades de defensa (...) y respeto de la dignidad de las personas. En tal virtud, el derecho individual que se analiza debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo”.

Por lo tanto, para obtener una sentencia justa se requerirá que ésta no sólo sea el reflejo de la conducta realizada por el sujeto, sino que además se dé un respeto absoluto a las garantías del debido proceso, que en nuestro caso concreto se materializará en el deber que tienen las autoridades territoriales de informar al detenido extranjero de los derechos que le confiere el artículo 36.1.b de la Convención, a fin de que éste, si así lo decidiera, opte por la asistencia que su oficina consular le pueda brindar para coadyuvar a su defensa.

Cabe destacar que considerar el acceso a la protección consular como parte de uno de los derechos reconocidos dentro del catálogo de los derechos humanos, no implica que los nacionales de Estados extranjeros que sostienen relaciones consulares tengan más derechos que quienes son nacionales de Estados que no sostienen ese tipo de relaciones o de Estados que no son parte de la Convención³⁷, ya que un derecho como el debido proceso es oponible “*per se*” a todos los Estados³⁸. Como bien ha señalado Salmón³⁹, “la consagración internacional de los derechos del ser humano significan que éste pasa a tener

derechos propios en la esfera internacional que puede oponer jurídicamente a todos los Estados incluyendo al propio”.

7. LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 36.1.B DE LA CONVENCIÓN

La Convención es una norma internacional de carácter primario, es decir que en ella no se han previsto las consecuencias de su incumplimiento, lo cual es materia de las denominadas normas secundarias y de los órganos competentes para su interpretación⁴⁰.

El principio “*pacta sunt servanda*”⁴¹ establece que los Estados están requeridos a cumplir sus obligaciones derivadas de la Convención y toda violación de ésta por parte de alguno de ellos constituye la comisión de un acto ilícito internacional del cual será responsable bajo el Derecho Internacional⁴².

Así, el fundamento de la responsabilidad internacional, consiste en la violación de una obligación jurídica internacional que crea para el Estado autor la obligación de repararla, mientras que hace surgir un derecho subjetivo a favor del sujeto perjudicado de exigir la reparación a través de la vía competente⁴³.

Lo que nos compete ahora es determinar las consecuencias del hecho ilícito internacional a fin de poder definir el contenido y la forma de reparar el daño generado.

En cuanto al contenido, podemos señalar que los Estados son responsables por los actos acreditados por sus agentes públicos independientemente de su jerar-

³⁷ Más aún cuando los publicistas coinciden en sostener que el establecimiento de relaciones consulares no importa el reconocimiento del Estado con el que se sostienen ni el de su gobierno. Para mayor abundamiento, la propia Convención establece en su artículo 2 inciso 3 que la ruptura de relaciones diplomáticas no entrañará, *ipso facto*, la ruptura de relaciones consulares.

³⁸ Oraá y Gómez para determinar cuales derechos revisten carácter vinculante recurren al informe presentado en 1994 por la International Law Association (ILA), en donde se señala que “podrán ser normas jurídicas vinculantes para todos los Estados de la Comunidad Internacional... el derecho a un juicio justo”. Citado por RUDA, Juan José. “Algunas consideraciones a propósito del cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”. En: NOVAK Fabián y Juan José RUDA. “Declaración Universal de los Derechos Humanos: 50 años”. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1999. p. 100.

³⁹ SALMÓN Elizabeth. “Los Tratados de Derechos Humanos”. En: NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. “Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos”. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2000. p. 55.

⁴⁰ JIMENEZ, Francisco. “Asunto relativo a la Convención de Viena sobre relaciones consulares”. En: Revista Española de Derecho Internacional. 1998 (2). Vol. L. Madrid. Imprenta Nacional. 1999. p. 133.

⁴¹ El principio *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que los Estados partes en un Tratado tienen la obligación de dar fiel cumplimiento a éste de buena fe, es decir, de respetar su palabra en aquello que se han comprometido.

⁴² “Si un Estado viola una norma del Derecho Internacional o ignora las obligaciones impuestas por un Tratado, se establece que ha cometido una infracción del Derecho Internacional y por lo tanto un acto ilícito internacional”. MALANCZUK, Peter. “Akehurst modern introduction to International Law”. En ICJ. “Memorial of the Republic of Paraguay (Paraguay v. United States of America, case concerning the Vienna Convention on consular relations)”. Ver: www.icj-cij.org. (La traducción es nuestra)

⁴³ Sin embargo, como bien señala Cançado Trindade en el Sistema Interamericano los individuos no gozan de *ius standi*, siendo la Comisión quien lleva el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a diferencia del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos en donde el propio individuo puede llevar su caso ante el Tribunal. En: CANÇADO TRINDADE, Antonio. “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI”. Vol. II. San José, CIDH, 2001. p. 668.

quía. Así, si las autoridades policiales omiten informar a un detenido extranjero de los derechos que le confiere el artículo 36.1.b, están cometiendo un hecho ilícito internacional que acarrea la responsabilidad del Estado al cual pertenecen. Dicha violación va a implicar poner al detenido extranjero en una situación de indefensión, ya que como señaláramos, la finalidad del artículo 36.1.b es compensar la situación de desigualdad que tiene el detenido extranjero al enfrentar un sistema legal ajeno.

Para reparar el daño generado, los Estados Unidos⁴⁴ sostienen que es suficiente reconocer la violación, remitir las excusas respectivas al Estado que envía y comprometerse a tomar las medidas necesarias para que dicho acto ilícito no vuelva a cometerse. En el caso *Breard*, los Estados Unidos se disculpó con el gobierno de Paraguay señalando que “El Departamento de Estado extiende, en nombre de los Estados Unidos, sus más profundas disculpas por la aparente falla de las autoridades competentes de informar a Ángel Francisco Breard que él podría haber solicitado que se informara a las autoridades consulares paraguayas de su detención”⁴⁵, y se comprometió a tomar las medidas necesarias para que no se repitiese.

Sin embargo, nosotros no consideramos que lo señalado por los Estados Unidos sea suficiente, ya que el daño generado por la violación al artículo 36.1.b en principio puede ser resarcido. Así, si la omisión de informar al detenido extranjero constituye una afectación al debido proceso, como bien lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁶, corresponde que se aplique, tal como lo solicitó Paraguay en el caso *Breard*⁴⁷, la “*restitutio in integrum*”⁴⁸ a fin de que el acto ilícito sea reparado. Lo cual significaría disponer el reinicio del proceso a fin de que se desarrolle de manera regular. De esta manera, no quedará impune la supuesta conducta delictiva del individuo, sino que

simplemente tendrá que determinarse su culpabilidad a través de un proceso que respete las garantías que implica el debido proceso⁴⁹. Lo cual no significa atender contra la soberanía de los Estados, sino muy por el contrario contribuye al fortalecimiento de la legitimidad de los sistemas judiciales internos y por ende a la seguridad de la comunidad internacional.

8. CONCLUSIONES

El derecho de los extranjeros detenidos a poder acceder a la protección consular, a través de la notificación consular, es un derecho individual que resulta esencial para el cumplimiento de las garantías del debido proceso, y obliga a los Estados a tomar las medidas necesarias para hacer efectivo su ejercicio, es decir, que éstos no se pueden limitar a consagrarlo en el ámbito internacional sino que además deberán tomar las medidas necesarias para plasmarlo en su ordenamiento interno. En el presente trabajo nos hemos referido específicamente al supuesto de ciudadanos extranjeros detenidos, pero la protección consular, tal como señaláramos, no se agota en este supuesto. Tampoco ha sido nuestra intención establecer que los Estados Unidos es el único Estado donde se han presentado casos de violación al derecho del individuo a poder acceder a la protección consular. Sin embargo, su experiencia nos permite traer a colación dos consideraciones de gran importancia: la primera es que la relación a más desarrollo (bienestar económico) mayor cumplimiento del ordenamiento jurídico internacional no necesariamente se cumple, y la segunda es llamar la atención sobre las condiciones en las cuales se ejecutan las condenas de pena de muerte en los Estados cuyos ordenamientos la consagran.

Consideramos que, en el caso peruano, las autoridades deben realizar una mayor campaña de difusión de los derechos consagrados en el artículo 36 de la

⁴⁴ Podemos citar entre los casos de violación al artículo 36.1.b por parte de los Estados Unidos (condenados a pena de muerte y ejecutados): Karl y Walter LaGrand (1999), Ángel Francisco Breard (1998), Irineo Tristán Montoya (1997), Mario Benjamín Murphy (1997), Virginio Maldonado (1997).

⁴⁵ ABC Color. “Paraguay retira demanda contra EE.UU. sobre el caso Breard”. En www.abc.com.py/archivo/1998/11/05. (La traducción es nuestra).

⁴⁶ La Corte concluyó en su Opinión Consultiva OC-16 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 (...) con las consecuencias atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación”.

⁴⁷ Finalmente la República de Paraguay el 11 de noviembre de 1998, retiró el caso de la competencia de la Corte Internacional de Justicia al aceptar las disculpas de los Estados Unidos.

⁴⁸ La *restitutio in integrum* constituye un principio general del Derecho Internacional firmemente establecido en la jurisprudencia. En la sentencia del asunto de la fábrica Chorzów la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que “El principio esencial que se deriva de la noción misma del acto ilícito y que parece desprenderse de la práctica internacional, especialmente de la jurisprudencia de los tribunales, es que la reparación debe en lo posible borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer al Estado que debiera verdaderamente existir si el referido acto no hubiese sido cometido”. (La traducción es nuestra). CPJI Serie A, No. 17, p. 47.

⁴⁹ “Las garantías del debido proceso exigen también que el fallo se sustancie de acuerdo al procedimiento establecido por la respectiva ley procesal que rija”. En: CHICHIZOLA, Mario. “El Debido Proceso como garantía constitucional”. En Revista Jurídica Argentina La Ley, 1983. Buenos Aires. p. 912.

Convención, focalizándose principalmente en capacitar a las autoridades policiales y judiciales. Asimismo, resulta necesario establecer puestos de información sobre estos derechos y otros conexos (refugiados, régimen de extranjería, etc.) en las principales zonas fronterizas y en los aeropuertos, para con ello, prevenir y garantizar la protección de los derechos no sólo de nuestros connacionales sino también de

los extranjeros. Recordemos, como bien señala Medina⁵⁰, que el modelo ideal de protección de los derechos humanos y de prevención de violaciones a éstos será aquél que hace prácticamente innecesaria la supervisión internacional, correspondiendo a los ordenamientos internos un rol principal en el respeto, promoción y garantía del ejercicio de estos derechos.

⁵⁰ MEDINA, Cecilia y Jorge MERA. "Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El Derecho Nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos". Santiago, UDP, 1996. p. 33.