

QUINTA CONFERENCIA SUDAMERICANA SOBRE MIGRACIONES

*La Paz, Bolivia
25 y 26 de Noviembre de 2004*

DOCUMENTO

**“ESTUDIO SOBRE EL ALCANCE Y CONTENIDOS
DEL ARTICULO 36 DE LA CONVENCION DE VIENA SOBRE
RELACIONES CONSULARES DE 1963”**



OIM Organización Internacional para las Migraciones
Secretaría Técnica
Conferencia Sudamericana sobre Migraciones

La OIM está consagrada al principio de que la migración en forma ordenada y en condiciones humanas beneficia a los migrantes y a la sociedad. En su calidad de organismo intergubernamental, la OIM trabaja con sus asociados de la comunidad internacional para: ayudar a encarar los desafíos que plantea la migración a nivel operativo, fomentar la comprensión de las cuestiones migratorias, alentar el desarrollo social y económico a través de la migración, y velar por el respeto de la dignidad humana y el bienestar de los migrantes.

Editor:

Organización Internacional para las Migraciones
Misión con Funciones Regionales para el Cono Sur de América Latina
Av. Callao 1033 piso 3°
1023 Buenos Aires
República Argentina
Tel: +54.11.4815.5194/5
Fax: +54.11.4816.4596
E-mail: mrfbuenosaires@iom.int
Internet: <http://www.iom.int>

© 2004, Organización Internacional para las Migraciones

El presente material ha sido elaborado a fin de dar cumplimiento con lo establecido en el Art. 17 de la Declaración Final aprobada en noviembre de 2003, en la ciudad de Montevideo, Uruguay en el marco de la Cuarta Conferencia Sudamericana sobre Migraciones.

Este documento ha sido realizado con la cooperación técnica del Dr. Juan Alejandro Kawabata (Buenos Aires, octubre de 2004). Las opiniones expresadas en este artículo son las del autor y no reflejan, necesariamente, las de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

Todos los derechos reservados. Sin previa autorización escrita del editor, ninguna parte de esta publicación podrá reproducirse, almacenarse en un sistema de recuperación de datos o transmitirse bajo cualquier forma por un medio electrónico, mecánico, de fotocopia, grabado u otro.

INDICE

I. Introducción.....	1
II. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.....	2
III. El alcance del art. 36.....	3
III.1 El inciso 1 a) del artículo 36.....	5
III.2 El inciso 1 b) del artículo 36.....	6
a) El art. 36 como generador de derechos individuales....	10
b) El art. 36 1. b) y su relación con el debido proceso.....	15
c) El alcance del término " <i>sin dilación</i> ".....	20
d) La notificación a las autoridades consulares.....	24
e) La aplicación de la pena de muerte en violación del art. 36 1. b).....	26
f) El deber de identificar al detenido.....	30
III.3 El inciso 1. c) del art. 36.....	32
III.4 El inciso 2 del art. 36.....	33
IV. La protesta del Estado que envía.....	35
V. La aplicación de la CVRC en los Estados Federales.....	37
VI. La obligación de reparar.....	37
VII. Conclusiones.....	39
VIII. Recomendaciones.....	42

I. Introducción

El presente estudio ha sido elaborado a fin de dar cumplimiento con lo solicitado en la Cuarta Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, conforme lo expresó en su Declaración Final¹ aprobada en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 7 de noviembre de 2003.

Este trabajo tiene por objeto:

- Describir y analizar el alcance del art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares;
- Presentar el estado actual de ratificaciones, declaraciones, reservas y/o denuncias efectuadas por los países sudamericanos respecto de la citada Convención; y
- Formular conclusiones y recomendaciones para fortalecer el cumplimiento del citado art. 36.

El documento, a su vez, persigue el doble propósito de:

- Promover la divulgación del alcance del citado art. 36, atendiendo a un perfil de funcionarios con un conocimiento parcial de la citada Convención, y
- Profundizar el análisis del alcance de los derechos y obligaciones que emanan del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, particularmente teniendo en cuenta los trabajos preparatorios de la misma. Asimismo se consideraron los nuevos desarrollos en materia de interpretación y aplicación de dicha norma derivados, entre otras fuentes, de las sentencias en los casos "LaGrand" y "Avena" por parte de la Corte Internacional de Justicia y la Opinión Consultiva N° 16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²

¹ En la Declaración Final de la Cuarta Conferencia Sudamericana sobre Migraciones se solicitó a la Secretaría Técnica en el apartado Décimo séptimo: "*b) Elaborar estudios y celebrar una reunión técnica específica destinada a intercambiar experiencias sobre la aplicación del art. 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares*".

² Debe recordarse que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) establece en materia de interpretación de los mismos lo siguiente (arts. 31 y 32):

Art. 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin..
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

II. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (en adelante CVRC) fue adoptada el 24 de abril de 1963.

La discusión del texto definitivo de dicha Convención se llevó a cabo durante la Conferencia de Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares celebrada en Viena del 4 de marzo al 22 de abril de 1963, en la que participaron representantes y expertos de 93 Estados,³ tres organismos especializados (OIT, FAO y la Organización Internacional de Energía Atómica), el Consejo de Europa y observadores del ACNUR.

El documento base de los debates fue el "*Proyecto de artículos sobre relaciones consulares*"⁴ que había sido aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su decimotercer período de sesiones.

La Convención codificó las distintas prácticas y normas en materia de Relaciones Consulares y refiere a: el establecimiento y ejercicio de las funciones consulares; las categorías de jefes de oficina consular; el nombramiento y admisión de los jefes de oficina consular; la terminación de las funciones consulares; la protección de los locales y archivos consulares y de los intereses del Estado que envía en circunstancias excepcionales; las facilidades, privilegios e inmunidades relativos a las oficinas consulares, a los funcionarios consulares de carrera y a otros miembros de la oficina consular; la comunicación con los nacionales del Estado que envía; la información en casos de defunción, tutela, curatela, naufragio y accidentes aéreos; la comunicación con las autoridades del Estado receptor; las obligaciones de terceros Estados; y al régimen aplicable a los funcionarios consulares honorarios y a las oficinas consulares dirigidas por los mismos.

La CVRC entró en vigor el 19 de marzo de 1967, esto es (conforme lo exige su artículo 77 numeral 1) al trigésimo día de haberse reunido las primeras 22 ratificaciones o adhesiones a dicha Convención.

La Convención se encuentra ratificada actualmente por 166 Estados y entre ellos por la totalidad de los países sudamericanos.

La citada CVRC cuenta con dos Protocolos, uno sobre Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias⁵ y el otro sobre Adquisición de Nacionalidad,⁶ que a la fecha, respecto de los países sudamericanos, sólo han sido ratificados por Paraguay y Surinam.

Art. 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable."

³ Los países sudamericanos tuvieron masiva participación, encontrándose en la Conferencia representantes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En particular, durante los debates del art. 36, las delegaciones de Venezuela y Ecuador fueron las más activas.

⁴ Ver United Nations Conference on Consular Relations: Official Records, U.N. Doc. A/CONF.25/6.

⁵ Dicho Protocolo entró en vigor el 19/03/67 y cuenta actualmente con 46 Estados parte del mismo. Argentina, Chile, Colombia, Perú y Uruguay firmaron dicho Protocolo el 24/04/63 pero a octubre de 2004 no lo han ratificado. Paraguay lo ratificó el 23/12/69 y Surinam el 11/09/80. Ver United Nations, Treaty Series, Vol. 596, p. 487.

Se detalla, en el cuadro que se incorpora a continuación, el estado de la CVRC en materia de ratificaciones (RATIF.), reservas, declaraciones interpretativas (D.I.) y denuncia (DEN.) por parte de los países de la región, conforme a lo informado por el Centro de Informaciones de Naciones Unidas para la Argentina y Uruguay al 15 de octubre de 2004:

PAIS	FIRMA	RATIF.	RESERVA	D. I.	DEN.
ARGENTINA	24/04/63	07/03/67	Ninguna	Ninguna	No
BOLIVIA	06/08/63	22/09/70	Ninguna	Ninguna	No
BRASIL	24/04/63	11/05/67	Ninguna	Ninguna	No
CHILE	24/04/63	09/01/68	Ninguna	Ninguna	No
COLOMBIA	24/04/63	06/09/72	Ninguna	Ninguna	No
ECUADOR	25/03/64	11/03/65	Ninguna	Ninguna	No
GUYANA		13/09/73	Ninguna	Ninguna	No
PARAGUAY		23/12/69	Ninguna	Ninguna	No
PERU	24/04/63	17/02/68	Ninguna	Ninguna	No
SURINAM		28/10/92	Ninguna	Ninguna	No
URUGUAY	24/04/63	10/03/70	Ninguna	Ninguna	No
VENEZUELA	24/04/63	27/10/65	Ninguna ⁷	Ninguna	No

Asimismo debe consignarse que, con la única excepción de St. Kitts y Nevis, los restantes países del continente americano la han ratificado.

III. El alcance del art. 36

El artículo 36 de la CVRC establece:

"Comunicación con los nacionales del estado que envía

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

⁶ Dicho Protocolo entró en vigor el 19/03/67 y cuenta actualmente con 39 Estados parte del mismo. Brasil y Colombia firmaron dicho Protocolo el 24/04/63 pero a octubre del corriente año no lo han ratificado. Paraguay lo ratificó el 23/12/69 y Surinam el 11/09/80. Ver United Nations, Treaty Series, Vol. 596, p. 469.

⁷ Al depositar el instrumento de ratificación el Gobierno de Venezuela retiró las reservas formuladas al firmar la Convención (ver United Nations, Treaty Series, Vol. 596, p. 452).

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 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."

Siguiendo la terminología utilizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), se entiende por "Estado que envía" al Estado del cual es nacional la persona y por "Estado receptor" al Estado en que se encuentra o priva de libertad al nacional del Estado que envía.⁸

El citado art. 36, fue objeto de largos debates durante la Conferencia celebrada en Viena y, sin dudas, es este artículo en conexión con el art. 5 de la CVRC uno de los pilares de la protección consular que se puede brindar a los nacionales del Estado que envía.

Reiteradamente, los representantes que participaron de la Conferencia en la que se adoptó el texto definitivo de la Convención manifestaron la importancia de este artículo. Cabe citar entre otras posiciones la de Reino Unido: *".. la tarea de proteger y ayudar a los nacionales del Estado que envía se ha convertido en una de las principales y más difíciles funciones de los cónsules. Por consiguiente el art. 36 es de la mayor importancia, y es indispensable que estipule derechos y obligaciones de manera clara e inequívoca"*.⁹

Este artículo y, en particular, su apartado 1 -tal como lo ha establecido la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) en el caso "LaGrand"- establece un régimen

⁸ Ver Glosario incorporado en el numeral 5 de la Opinión Consultiva N° 16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹ Ver numeral 5 del documento A/CONF.25/11.

interrelacionado diseñado para facilitar la implementación del sistema de protección consular. Dicho sistema comienza con el principio básico que rige la protección consular: el derecho al acceso y comunicación (art. 36.1.a); a ello prosigue la cláusula en la que se describe el alcance de las modalidades de la notificación consular (art. 36.1.b); y finalmente en el art. 36.1.c) se especifican las medidas que el representante consular puede tomar en el marco de la asistencia consular que brinde a los nacionales bajo custodia del Estado que recibe.¹⁰

III.1 El inciso 1. a) del art. 36

En el apartado a) del numeral 1 del art. 36 se consagran la prerrogativas que tienen tanto los funcionarios consulares como los nacionales del país que envía a comunicarse libremente y a visitarse mutuamente

En igual sentido a lo establecido por la CVRC, la "*Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*"¹¹, en su art. 10 dispone:

"Todo extranjero tendrá libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado de que sea nacional o, en su defecto, con el consulado o la misión diplomática de cualquier otro Estado al que se haya confiado la protección en el Estado en que resida de los intereses del Estado del que sea nacional."

Tal como lo ha establecido la Corte IDH en su Opinión Consultiva N° 16/99¹² (en adelante OC 16) -emitida del 1° de octubre de 1999 a solicitud de los Estados Unidos Mexicanos, relativa a "*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*"- en virtud del apartado a) del art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares,

"... tanto el funcionario consular y el nacional del Estado que envía tienen el derecho a comunicarse entre sí, en todo momento, con el propósito de que el primero pueda ejercer debidamente sus funciones. De conformidad con el artículo 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, estas funciones consulares consisten, entre otras, 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;

[...]

¹⁰ Ver caso "*LaGrand*" sentencia del 27/06/01 de la Corte Internacional de Justicia, numeral 74. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/igus/igusframe.htm>

¹¹ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 40/144, del 13 de diciembre de 1985.

¹² Ver Serie A N° 16 de las publicaciones de la Corte IDH. Asimismo, disponible en http://www.corteidh.or.cr/seriea/seriea_16_esp.doc

e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas;

[...]

i) representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente;"¹³

En efecto, el art. 36, y en particular el apartado 1 a), se relaciona íntimamente con el art. 5 de la Convención, dado que el ejercicio de las funciones consulares que se enumeran en este último artículo, suponen, como contracara imprescindible, la comunicación y visita entre los funcionarios encargados de brindar la asistencia necesaria y el nacional que necesita de ella.

De allí que la Corte IDH puntualizara que:

*"De la lectura conjunta de los textos citados, se desprende que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce, como una función primordial del funcionario consular, el otorgamiento de asistencia al nacional del Estado que envía en la defensa de sus derechos ante las autoridades del Estado receptor. En este marco, la Corte estima que la norma que consagra la comunicación consular tiene un doble propósito: reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia."*¹⁴

III. 2 El inciso 1. b) del art. 36

Los apartados b) y c) del numeral 1 del art. 36 de la CVRC refieren a las obligaciones que asume el estado receptor respecto de los nacionales del estado que envía, cuando estos sean arrestados, detenidos o puestos en prisión preventiva.

En ese sentido -conforme lo establece el apartado b)- la persona privada de libertad tiene el derecho:

i) de ser informado "*sin dilación*", por las autoridades competentes del Estado receptor, de que goza de los derechos citados precedentemente.

¹³ Ver Numeral 79 de la OC 16.

¹⁴ Ver Numeral 80 de la OC 16.

- ii) de que se informe sin retraso a la oficina consular correspondiente de su situación, si así lo solicita; y
- iii) de que las comunicaciones que dirija a la oficina consular sean transmitidas sin demora.

Del análisis de los documentos oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares en la que se adoptara la CVRC¹⁵ se desprende que el debate acerca del contenido de este apartado del art. 36 fue intenso. Los ejes principales de discusión fueron:

- la manifestación de voluntad por parte del interesado como requisito previo a la notificación consular;
- la indicación a la oficina consular respectiva de las razones por las que se priva de libertad al nacional del Estado que envía, que no quedó incorporada a la redacción definitiva;
- la expresión "*sin dilación*".

A medida que se avance en el análisis de estas cuestiones, se irán incorporando las notas salientes de esos debates.

Estos derechos a que hace referencia el apartado b) se encuentran, asimismo reconocidos en numerosos instrumentos:

- El "***Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión***",¹⁶ en su Principio 16 establece:

"1. Prontamente después de su arresto y después de cada traslado de un lugar de detención o prisión a otro, la persona detenida o presa tendrá derecho a notificar, o a pedir que la autoridad competente notifique, a su familia o a otras personas idóneas que él designe, su arresto, detención o prisión o su traslado y el lugar en que se encuentra bajo custodia. 2. Si se trata de un extranjero, la persona detenida o presa será también informada prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, compete recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho internacional o con el representante de la organización internacional competente, si se trata de un refugiado o se halla bajo la protección de una organización intergubernamental por algún otro motivo. 3. Si la persona detenida o presa es un menor o una persona incapaz de entender cuáles son sus derechos, la autoridad competente se encargará por iniciativa propia de efectuar la notificación a que se hace referencia en este principio. Se velará en especial porque los padres o tutores sean notificados. 4. La autoridad competente hará o permitirá que se

¹⁵ En particular ver las Actas resumidas de las sesiones plenarios y de la Segunda Comisión (A/CONF.25/16) y de las Enmiendas y propuestas de los Estados (A/CONF.25/16/Add.1)

¹⁶ Adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

hagan sin demora las notificaciones a que se hace referencia en el presente principio. Sin embargo, la autoridad competente podrá retrasar una notificación por un período razonable en los casos en que las necesidades excepcionales de la investigación así lo requieran."

Asimismo, las '**Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos**'¹⁷ en su numeral 38.1) establece:

"Los reclusos de nacionalidad extranjera gozarán de facilidades adecuadas para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares. 2) Los reclusos que sean nacionales de Estados que no tengan representación diplomática ni consular en el país, así como los refugiados y apátridas, gozarán de las mismas facilidades para dirigirse al representante diplomático del Estado encargado de sus intereses o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos."

Si bien ambos instrumentos integran el denominado "soft law" y, por lo tanto, no cuentan con la obligatoriedad de una norma jurídica vinculante, constituyen acuerdos básicos de la comunidad internacional respecto del ideal común a seguir en la materia, y no hacen más que reforzar lo consagrado por la CVRC.

- La "**Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios¹⁸ y de sus familiares**"¹⁹ establece en su artículo 16:

"7. Cuando un trabajador migratorio o un familiar suyo sea arrestado, recluso en prisión o detenido en espera de juicio o sometido a cualquier otra forma de detención:

a) Las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o de un Estado que represente los intereses del Estado de origen, serán informadas sin demora, si lo solicita el detenido, de la detención o prisión y de los motivos de esa medida;

b) La persona interesada tendrá derecho a comunicarse con esas autoridades. Toda comunicación dirigida por el interesado a esas autoridades será remitida sin demora, y el interesado tendrá también derecho a recibir sin demora las comunicaciones de dichas autoridades;

c) Se informará sin demora al interesado de este derecho y de los derechos derivados de los tratados pertinentes, si son aplicables entre los Estados de que

¹⁷ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

¹⁸ Conforme a lo dispuesto por el art. 2 de la Convención, se entiende por trabajador migratorio a "... toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional."

¹⁹ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990.

*se trate, a intercambiar correspondencia y reunirse con representantes de esas autoridades y a hacer gestiones con ellos para su representación legal.*²⁰

La Convención citada retoma y amplía las disposiciones consagradas en el apartado b) del art. 36 de la CVRC; de hecho la redacción, aunque acotada a los trabajadores migratorios y sus familiares, resulta casi idéntica, salvo por la mención expresa al deber que tienen las autoridades correspondientes de comunicar al funcionario consular no sólo la privación de libertad del nacional del Estado que envía sino también de *'los motivos de la medida'*. En ese sentido cabe mencionar lo que la propia Corte IDH ha remarcado sobre la redacción del art. 36 de la CVRC a este respecto:

*"... es revelador que el artículo citado no exige que se informe al funcionario consular sobre las razones que determinaron la privación de libertad. Al acudir a los respectivos trabajos preparatorios, este Tribunal ha constatado que esto es resultado de la voluntad expresa de los Estados Partes, algunos de los cuales admitieron que revelar al funcionario consular el motivo de la detención constituiría una violación del derecho fundamental a la privacidad".*²¹

Debe recordarse, que los pactos y convenciones internacionales de derechos humanos establecen pisos mínimos de vigencia de los derechos y por ende, toda mayor protección reconocida a los derechos del individuo ya sea que provenga de una ley nacional o de otro tratado, obligan a tomar el umbral de protección más elevado. Por lo tanto, aquellos Estados que hayan ratificado la “Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, están obligados, si el interesado lo solicita, a comunicar a las autoridades consulares del Estado que recibe, no sólo de la detención del mismo, sino también de los motivos de dicha privación de libertad.

Evidentemente, tal como lo expresara el Dr. Antonio A. Cançado Trindade en su voto concurrente de la OC 16,

“La acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables. Tal acción de protección asume importancia creciente en un mundo dilacerado por distinciones entre nacionales y

²⁰ La Convención cuenta al 16/03/04 con 25 ratificaciones por lo que ya ha entrado en vigor (ello ocurrió, conforme lo establece el art. 87 de la propia Convención, luego de tres meses de haberse reunido las primeras 20 ratificaciones). El estado actual de firma, ratificaciones y reservas de dicha Convención por parte de los países sudamericanos es el que se indica en el cuadro siguiente:

País	Firma	Ratificación	Reservas
Argentina	10/08/2004		
Bolivia		16/10/2000	
Chile	24/09/1993		
Colombia		24/05/1995	A los arts. 15, 46 y 47
Ecuador		05/02/2002	
Paraguay	13/09/2000		
Uruguay		15/02/2001	

²¹ Ver Numeral 100 de la OC 16.

extranjeros (inclusive discriminaciones de jure, notadamente vis-à-vis los migrantes), en un mundo "globalizado" en que las fronteras se abren a los capitales, inversiones y servicios pero no necesariamente a los seres humanos. Los extranjeros detenidos, en un medio social y jurídico y en un idioma diferentes de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan muchas veces una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar." ²²

La cantidad de instrumentos que en forma concordante consagran los derechos de las personas extranjeras privadas de libertad en cuanto al acceso a la asistencia consular no hacen más que fortalecer la importancia que dicha protección asume a efectos de hacer posible la igualdad real de oportunidades que debe reconocerse a todo individuo. Diversos órganos de los distintos sistemas de protección de los derechos humanos han recalcado reiteradamente la necesidad de honrar este derecho. Entre ellos cabe citar lo expresado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

"Reitera categóricamente el deber de los Estados Partes de velar por el pleno respeto y cumplimiento de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, particularmente en relación con el derecho que tienen los extranjeros, independientemente de su condición de inmigrantes, a comunicarse con un funcionario consular de su propio Estado en caso de ser detenidos y la obligación a cargo del Estado en cuyo territorio ocurre la detención de informar al nacional de otro país sobre ese derecho." ²³

a) El art. 36 como generador de derechos individuales

La naturaleza del derecho a la notificación consular (esto es que se le comunique a la persona privada de libertad que goza del derecho de que se comunique al consulado respectivo su situación a efectos de hacer posible el ejercicio de las funciones consulares por parte de dicha oficina) fue objeto de algunos debates.

En ese sentido, particularmente Estados Unidos sostuvo (ver por ejemplo los casos "LaGrand" y "Avena", así como las observaciones presentadas ante la Corte IDH en el marco de la emisión de la OC 16) que se trataba de un derecho estatal y no de un derecho individual.

Sin embargo, el debate al respecto resulta abstracto a la luz de los pronunciamientos concordantes, tanto de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos como por parte de la CIJ.

En efecto, la Corte IDH ha dicho que del artículo 36 que se analiza, se desprende claramente que el titular de estos derechos es el **individuo**. Veamos lo que al respecto consagra la ya citada OC 16:

²² Ver Numeral 23 de dicho voto.

²³ Ver numeral 7 de la Resolución 2003/46 del 23/04/03 (E/CN.4/2003/L.11/Add.4).

*"En esto, el artículo 36 constituye una notable excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente estatal, de los derechos y obligaciones consagrados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y representa, en los términos en que lo interpreta esta Corte en la presente Opinión Consultiva, un notable avance respecto de las concepciones tradicionales del Derecho Internacional sobre la materia"*²⁴

*"Por lo tanto, la Corte concluye que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales a los que corresponden los deberes correlativos a cargo del Estado receptor."*²⁵

Resulta esclarecedor, asimismo, el voto concurrente a la OC 16, el Dr. Antonio A. Cançado Trindade:²⁶

"16. A pesar de que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 fue celebrada tres años antes de la adopción de los dos Pactos de Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos, y Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de Naciones Unidas, sus travaux préparatoires, como recuerda esta Corte en la presente Opinión Consultiva, revelan la atención dispensada a la posición central ocupada por el individuo en el ejercicio de su libre albedrío, en la elaboración y adopción de su artículo 36 (párrs. 90-91). En el presente procedimiento consultivo, todos los Estados intervinientes, con una única excepción (Estados Unidos), sostuvieron efectivamente la relación entre el derecho a la información sobre la asistencia consular y los derechos humanos.

17. En este sentido, las Delegaciones de los siete Estados latinoamericanos que intervinieron en la memorable audiencia pública ante la Corte Interamericana los días 12 y 13 de junio de 1998 fueron, en efecto, unánimes en relacionar la disposición de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares (artículo 36(1)(b)) sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular directamente con los derechos humanos, en particular con las garantías judiciales (alegatos de México, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay)²⁷ e inclusive con el propio derecho a la vida (alegatos de México, Paraguay, República Dominicana)²⁸. La única Delegación discrepante, la de los Estados Unidos, enfatizó el carácter interestatal de la referida Convención de Viena, alegando que esta no consagraba derechos humanos, y que la notificación

²⁴ Ver Numeral 82 de la OC 16.

²⁵ Ver Numeral 84 de la OC 16.

²⁶ Ver Números 16 a 20 de dicho voto.

²⁷ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Trascripción de la Audiencia Pública Celebrada en la Sede de la Corte el 12 y 13 de Junio de 1998 sobre la Solicitud de Opinión Consultiva OC-16* (mecanografiada), pp. 19-21 y 23 (México); 34, 36 y 41 (Costa Rica); 44 y 46-47 (El Salvador); 51-53 y 57 (Guatemala); 58-59 (Honduras); y 62-63 y 65 (Paraguay).

²⁸ Corte IDH, *Trascripción de la Audiencia Pública...*, *op. cit. supra* n. (16), pp. 15 (México); 63 y 65 (Paraguay); y 68 (República Dominicana).

consular, a su juicio, no era un derecho humano individual, ni se relacionaba con el debido proceso legal²⁹.

18. Al argumentar de este modo, los Estados Unidos asumieron, sin embargo, una posición con orientación manifiestamente distinta de la que sostuvieron en el caso - movido contra Irán - de los Rehenes (Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos) en Teherán (1979-1980) ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En efecto, en sus argumentos orales ante la Corte de La Haya en aquel caso, los Estados Unidos invocaron, en un dado momento, la disposición de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 que requiere del Estado receptor la permisión para que las autoridades consulares del Estado que envía "se comuniquen con sus nacionales y tengan acceso a ellos"³⁰.

19. En la fase escrita del proceso, los Estados Unidos, en su memorial/mémoire, después de señalar que, en las circunstancias del cas d'espèce, los nacionales norteamericanos habían sido detenidos incomunicados "en violación de las más flagrantes de las normas consulares y de los estándares aceptados de derechos humanos", agregaron, con todo énfasis, que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 "establishes rights not only for the consular officer but, perhaps even more importantly, for the nationals of the sending State who are assured access to consular officers and through them to others"³¹.

20. Esta argumentación de los Estados Unidos ante la CIJ no podría ser más clara, sumándose a la de los Estados latinoamericanos intervinientes en el presente procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana (supra), contribuyendo todos, en conjunto, a situar el artículo 36 de la citada Convención de Viena de 1963 ineluctablemente en el universo conceptual de los derechos humanos. Al haber sostenido esta tesis ante la CIJ, en mi entender no pueden los Estados Unidos pretender prevalecerse, en el presente procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana, de una posición orientada en sentido opuesto sobre

²⁹ Corte IDH, *Transcripción de la Audiencia Pública...*, op. cit. supra n. (16), pp. 72-73, 75-77 y 81-82 (Estados Unidos).

³⁰ International Court of Justice (ICJ), *Hostages (U.S. Diplomatic and Consular Staff) in Tehran case*, ICJ Reports (1979); *Pleadings, Oral Arguments, Documents*; Argument of Mr. Civiletti (counsel for the United States), p. 23. Más adelante, los Estados Unidos argumentaron, significativamente, que el tratamiento dispensado por el gobierno iraní a los funcionarios norteamericanos capturados y mantenidos como rehenes en Teherán recaía "muy abajo del estándar mínimo de tratamiento que es debido a todos los extranjeros, particularmente como visto a la luz de los estándares fundamentales de los derechos humanos. (...) El derecho de estar libre de interrogatorio y detención y prisión arbitrarios, y el derecho a ser tratado de forma humana y digna, son ciertamente derechos garantizados a estos individuos por los conceptos fundamentales del derecho internacional. En realidad, nada menos que esto requiere la Declaración Universal de los Derechos Humanos"; cit. in *ibid.*, Argument of Mr. Owen (agent for the United States), pp. 202-203. - En su *memorial/mémoire*, agregaron los Estados Unidos que "el derecho de los funcionarios consulares en tiempos de paz de comunicarse libremente con los co-nacionales ha sido descrito como implícito en la institución consular, aún en la ausencia de tratados. (...) Tal comunicación es tan esencial al ejercicio de las funciones consulares que su preclusión tornaría sin sentido todo el establecimiento de las relaciones consulares". *Memorial/Mémoire of the Government of the U.S.A.*, cit. in *ibid.*, p. 174.

³¹ *Ibid.*, p. 174 (énfasis acrecentado). [Traducción: (...) "establece derechos no solamente para el funcionario consular sino, quizás de modo aún más importante, para los nacionales del Estado que envía que tienen asegurado el acceso a los funcionarios consulares y, a través de éstos, a otras personas".]

el mismo punto (tal como advierte la jurisprudencia internacional³²): allegans contraria non audiendus est."

A lo ya reseñado, debe sumarse que conforme lo recuerda Human Rights Watch, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos en el *amici curiae* presentado ante la Corte IDH en el marco de la OC 16:³³

"... los Estados del Hemisferio han argumentado en distintas ocasiones que lo que el artículo 36 de la Convención de Viena reconoce es un derecho a favor del extranjero. De especial relevancia es la declaración de Margarita de la VII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Gobierno que sostiene: [EN ESE SENTIDO, INSTAMOS AL PLENO RESPETO AL DERECHO DE TODOS LOS MIGRANTES DE ENTRAR EN CONTACTO CON UN CONSULADO DE SU PAÍS, EN CASO DE SER DETENIDOS, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 36 DE LA CVRC...]³⁴."

En forma concordante con todo lo reseñado, la Corte Internacional de Justicia en el caso LaGrand³⁵ ha dicho:

"The Court notes that Article 36, paragraph 1 (b), spells out the obligations the receiving State has towards the detained person and the sending State. It provides

³² Cf., v.g., Ch. de Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de Droit international public*, Paris, Pédone, 1972, pp. 49-52.

³³ Ver Amici Curiae presentado por dichas organizaciones de abril de 1998, página 8.

³⁴ Declaración de Margarita 8 y 9 de noviembre de 1997.

³⁵ Ver Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de fecha 27/06/01, General List No. 104, numeral 77, disponible en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/igus/igusframe.htm>.

Conforme sintetiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los numerales 71 al 73 del Informe 52/02 (Caso 11.752) del 10/10/02:

"... El caso LaGrand trataba sobre la condena y sentencia a pena de muerte de dos ciudadanos alemanes, los hermanos Karl y Walter LaGrand, por asesinato con premeditación o alevosía en Arizona. Karl LaGrand fue ejecutado el 24 de febrero de 1999 y un día antes de la fecha de ejecución programada para Walter LaGrand, el 2 de marzo de 1999, Alemania presentó el caso ante la CIJ.

72. Respecto a los méritos del caso, Alemania alegó que Estados Unidos no cumplió con su obligación, de conformidad con el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de informar a los hermanos LaGrand tras su detención y sin dilación sobre su derecho a comunicarse con el consulado de Alemania. Alemania también argumentó que la doctrina jurídica de los Estados Unidos de "rebeldía procesal" había impedido a los hermanos LaGrand plantear una violación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares ante los tribunales de los Estados Unidos. Estados Unidos reconoció su fracaso en asegurar el cumplimiento de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, pero argumentó que la Convención de Viena no confiere derecho privado alguno a un nacional y por lo tanto no tiene ninguna relación con los procesos internos de casos penales. Estados Unidos también indicó haber pedido disculpas a Alemania y que estaba adoptando medidas sustanciales dirigidas a prevenir cualquier repetición.

73. En su sentencia sobre el fondo del caso, la CIJ decidió por catorce votos a uno que, al no informar a los hermanos LaGrand, sin retraso alguno y después de su detención, de sus derechos de conformidad con el artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, Estados Unidos violó sus obligaciones con Alemania y los hermanos LaGrand de conformidad con esa disposición. También dictaminó que Estados Unidos había violado su obligación con Alemania y los hermanos LaGrand, de conformidad con el artículo 36(2) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de que los derechos reconocidos por el Artículo 36(1) tengan pleno efecto bajo sus leyes y reglamentos, ya que no permitió la revisión y reconsideración de las condenas y sentencias de los hermanos LaGrand tras haberse establecido las violaciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares."

*that, at the request of the detained person, the receiving State must inform the consular post of the sending State of the individual's detention "without delay". It provides further that any communication by the detained person addressed to the consular post of the sending State must be forwarded to it by authorities of the receiving State "without delay". Significantly, this subparagraph ends with the following language: "The said authorities shall inform the person concerned without delay of his rights under this subparagraph" (emphasis added). Moreover, under Article 36, paragraph 1 (c), the sending State's right to provide consular assistance to the detained person may not be exercised "if he expressly opposes such action". The clarity of these provisions, viewed in their context, admits of no doubt. It follows, as has been held on a number of occasions, that the Court must apply these as they stand (see Acquisition of Polish Nationality, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 7, p. 20; Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 8; Arbitral Award of 31 July 1989, Judgment, I.C.J. Reports 1991, pp. 69-70, para. 48; Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 25, para. 51). 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 were violated in the present case."*³⁶

Tal como resume Soledad Torrecuadrada García-Lozano, "la CIJ en la sentencia emitida en el caso *LaGrand*, entiende que el art. 36.1 de CV63 contiene derechos de doble titularidad, por una parte estatal (prestar la asistencia consular dentro de la que se enmarca la comunicación consular) y por otra, individual (obligación del Estado territorial hacia la persona extranjera detenida). En vista de lo cual, Estados Unidos al infringir este precepto lo ha hecho frente a Alemania pero también frente a los hermanos *LaGrand*".³⁷

Adicionalmente, debe recordarse que el "**Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley**"³⁸ en el Comentario al art. 2 incorpora en la enumeración de instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos de todas las personas a la CVRC.³⁹

³⁶ En similar sentido ver numeral 61 de la sentencia en el caso "Avena".

³⁷ Ver "*La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 2001 en el caso LaGrand*" en Revista Electrónica de Estudios Internacionales (www.reei.org) paginas 19 y 20.

³⁸ Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979.

³⁹ El indicado artículo 2 establece: "En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas. Comentario: a) Los derechos humanos de que se trata están determinados y protegidos por el derecho nacional y el internacional. Entre los instrumentos internacionales pertinentes están la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y la **Convención de Viena sobre relaciones consulares**. b) En los comentarios

No caben dudas, entonces, que "... el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor".⁴⁰

b) El art. 36 1. b) y su relación con el debido proceso

Ha quedado aclarado que el derecho a la notificación consular es un derecho en cabeza de los individuos.

Como consecuencia lógica de ello, se deriva el análisis, entonces, de dicho derecho a la luz de la noción de derechos humanos y, más precisamente, la cuestión de si integra las garantías a que refiere la noción "debido proceso", propia de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Al respecto, la Corte IDH ha dicho:⁴¹

"117. En opinión de esta Corte, para que exista "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. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

118. En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales⁴², "sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho"⁴³ y son "condiciones que

de los distintos países sobre esta disposición deben indicarse las disposiciones regionales o nacionales que determinen y protejan esos derechos."

⁴⁰ Ver punto 1 del Decisorio de la OC 16.

⁴¹ Ver numerales 117 a 124 de la OC 16.

⁴² *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9; párr. 27.

⁴³ *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8; párr. 25.

deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”⁴⁴.

119. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe 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 tribunales⁴⁵ y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. 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.

120. Por ello se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquellos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal.

121. En el caso al que se refiere la presente Opinión Consultiva, ha de tomarse en cuenta la situación real que guardan los extranjeros que se ven sujetos a un procedimiento penal, del que dependen sus bienes jurídicos más valiosos y, eventualmente, su vida misma. 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 a que los actos procesales en los que interviene - y entre ellos los correspondientes a diligencias de policía - se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas.

122 En tal virtud, la Corte estima que el derecho individual que se analiza en esta Opinión Consultiva 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.

123. La incorporación de este derecho en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares -y el contexto de las discusiones respectivas, durante su

⁴⁴ *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9; párr. 28. *Cfr. Caso Genie Lacayo*. Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30; párr. 74; *Caso Loayza Tamayo*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33; párr. 62.

⁴⁵ *Cfr. Declaración Americana*, art. II y XVIII; *Declaración Universal*, arts. 7 y 10; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (*supra* nota al pie de página 77), arts. 2.1, 3 y 26; *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*, arts. 2 y 15; *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, arts. 2,5 y 7; *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, arts. 2 y 3; *Convención Americana*, arts. 1, 8.2 y 24; *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, art. 14.

redacción-⁴⁶, demuestran un reconocimiento uniforme de que el derecho a la información sobre la asistencia consular constituye un medio para la defensa del inculpado, que repercute - y en ocasiones decisivamente- en el respeto de sus otros derechos procesales.

124. En otros términos, el derecho individual de 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 sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables."

En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sentado criterio al respecto al emitir el Informe sobre el fondo en el caso de Ramón Martínez Villarreal contra Estados Unidos⁴⁷:

"... la Comisión considera que el cumplimiento de los derechos de un nacional extranjero de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es particularmente importante para determinar si un Estado ha cumplido o no con las disposiciones de la Declaración Americana relacionadas con el derecho al debido proceso y a un juicio imparcial en la medida que se aplican a un detenido extranjero que ha sido arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, o detenido de cualquier otra forma por ese Estado."⁴⁸

63. Más particularmente, de conformidad con la jurisprudencia anterior de la Comisión⁴⁹ así como con los términos de los instrumentos internacionales pertinentes y los principios generales del derecho internacional, las garantías judiciales del debido proceso legal y de un juicio imparcial, garantizadas por los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana, incluyen más fundamentalmente el derecho de toda persona inculpada a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad,⁵⁰ el derecho a

⁴⁶ Véase, al respecto, VII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Presidentes de Gobierno, 6 al 9 de noviembre de 1997, isla de Margarita, Venezuela: *Declaración de Margarita*, Tercera Parte, Asuntos de Especial Interés; art. 31 *in fine*; así como diversas manifestaciones interamericanas y expresiones vertidas ante este Tribunal por numerosos Estados, organizaciones, instituciones y *amici curiae*.

⁴⁷ Informe N° 52/02, Caso 11.753 de fecha 10/10/02. Ver Numerales 62, 63, 64 y 84.

⁴⁸ Véase *análogamente*, OC-16/99, *supra*, Párr. 87, 137 (en la que la Corte concluye que la comunicación consular a la que se refiere el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, efectivamente concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y puede redundar en beneficio de aquel, y además, que la violación de estos derechos es perjudicial para las garantías del debido proceso o judiciales de conformidad con las disposiciones pertinentes de los tratados internacionales de derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

⁴⁹ Véase por ejemplo, Garza c. Estados Unidos, *supra*, Párr. 101.

⁵⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 11(1); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. XXVI; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14(2); Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 8(2).

una comunicación previa y detallada de la acusación formulada contra él,⁵¹ el derecho al tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa,⁵² el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial anteriormente establecido legalmente,⁵³ el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor,⁵⁴ y el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.⁵⁵”

64. La Comisión considera que estas garantías son a su vez de tal naturaleza que, a falta de acceso a la asistencia consular, un detenido extranjero puede encontrarse en una situación considerablemente de desventaja en el contexto de un proceso penal interpuesto contra el mismo por un Estado. Esto podría surgir, por ejemplo, en virtud de la incapacidad de un detenido extranjero de hablar el idioma del Estado, el desconocimiento de su sistema jurídico, o la incapacidad de recopilar la información pertinente, como pruebas atenuantes, de su país de origen. Las desventajas de este tipo podrían a su vez disminuir la eficacia de los derechos de debido proceso del detenido extranjero a, por ejemplo, comprender los cargos de los que se le acusa y a preparar adecuadamente su defensa. También es evidente que el acceso a la asistencia consular podría disminuir tales desventajas por medios tales como la provisión de asistencia lingüística y letrada, así como la identificación y recopilación de la información pertinente en el Estado de nacionalidad del acusado.⁵⁶

...

84. Conforme al análisis anterior, la Comisión concluye que el derecho a información del Sr. Martínez Villareal, de conformidad con el artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, constituía un componente fundamental de las garantías judiciales de debido proceso que le confieren los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana, y que el

⁵¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 11(1); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14(3)(a); Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 8(2)(b).

⁵² Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 11(1); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14(3)(b); Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 8(2)(c).

⁵³ Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 10; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. XVIII, XXVI; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14(1); Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 8(1).

⁵⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 11(1); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14(3)(b), (d); Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 8(2)(d).

⁵⁵ Véase Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14(3)(g); Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 8(2)(g). Véase análogamente, Opinión Consultiva OC-16/99, *supra*, para. 117 (en el que se identifica el derecho a no autoincriminarse como un ejemplo de un nuevo derecho procesal que se ha desarrollado como parte del derecho al debido proceso legal de conformidad con el derecho internacional de derechos humanos).

⁵⁶ Véase análogamente Opinión Consultiva OC-16/99, *supra*, Párr. 121 (en la que se concluye que, en el contexto de los procesos capitales en particular, ha de tomarse en cuenta la situación real que guardan los extranjeros que se ven sujetos a un procedimiento penal, del que dependen sus bienes jurídicos más valiosos y, eventualmente, su vida misma. 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 a que los actos procesales en los que interviene - y entre ellos los correspondientes a diligencias de policía - se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas).

fracaso del Estado en respetar y garantizar esta obligación constituía graves violaciones de los derechos del Sr. Martínez Villareal al debido proceso y a un juicio imparcial en virtud de estas disposiciones de la Declaración.”

En dicho Informe, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó a Estados Unidos de América:

“1. Otorgar al señor Martínez Villareal una reparación efectiva que incluya un nuevo juicio de conformidad con las garantías del debido proceso y un juicio imparcial que le confieren los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana o, de no poderse celebrar un nuevo juicio en cumplimiento de estas garantías, la puesta en libertad del Sr. Martínez Villareal.

2. Examine sus leyes, procedimientos y prácticas para asegurar que todo nacional extranjero arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva en los Estados Unidos, es informado sin retraso alguno de su derecho a asistencia consular y que, con su coincidencia, el consulado adecuado es informado sin dilación de las circunstancias del nacional extranjero, de conformidad con las garantías judiciales de debido proceso y un juicio imparcial consagradas en los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana.”⁵⁷

Sin embargo, la CIJ en el caso LaGrand, omitió pronunciarse expresamente sobre este punto, a pesar de lo solicitado al respecto por Alemania:

"At the hearings, 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. In consequence, Germany added, "the character of the right under Article 36 as a human right renders the effectiveness of this provision even more imperative". The Court 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."⁵⁸

En la sentencia del caso "Avena", la CIJ avanzó un poco más en su posición:

"Mexico has further contended that the right to consular notification and consular communication under the Vienna Convention is a fundamental human right that constitutes part of due process in criminal proceedings and should be guaranteed in the territory of each of the Contracting Parties to the Vienna Convention; according to Mexico, this right, as such, is so fundamental that its infringement will ipso facto produce the effect of vitiating the entire process of the criminal proceedings conducted in violation of this fundamental right. Whether or not the Vienna Convention rights are human rights is not a matter that this Court need decide. The Court would, however, observe that neither the text nor the object and

⁵⁷ Ver numerales 1. y 2. de las Recomendaciones contenidas en el Informe N° 52/02.

⁵⁸ Ver numeral 78 de la sentencia ya citada.

purpose of the Convention, nor any indication in the travaux préparatoires, support the conclusion that Mexico draws from its contention in that regard." ⁵⁹

Una nueva diferencia surge entre las posiciones de la CIJ y los órganos del sistema interamericano. Reiterando los argumentos ya vertidos, estimo que se debe estar siempre a la interpretación más favorable al individuo (principio "pro homine") y por tanto se debe asumir como estándar el que emana de la OC 16 en el sentido de reconocer 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 sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables"*⁶⁰.

c) El alcance del término "*sin dilación*"

Ahora bien, corresponde precisar el alcance de la expresión "*sin dilación*" contenida en el final del apartado 1. b) del art. 36 de la CVRC al referirse al momento en que debe comunicarse a la persona privada de libertad de que goza del derecho de que se le informe a los funcionarios consulares del país que envía respecto de su privación de libertad, a los efectos de que estos puedan cumplir con las correspondientes funciones consulares a que refieren los arts. 5 y 36 de la Convención.

Las discusiones preliminares del texto definitivo de la CVRV abordaron el sentido a darse al término "*sin dilación*". En efecto, el "*Proyecto de artículos sobre relaciones consulares*"⁶¹ preveía en su redacción del art. 36 1.b) que todas las menciones temporales se hicieran utilizando el término "*sin dilación injustificada*"⁶²; es más, el comentario a dicho artículo incluido al texto propuesto, indicaba en su apartado 6 que *"La expresión sin dilación injustificada que se emplea en el apartado b) del párrafo 1 tiene en cuenta los casos en que la instrucción del procedimiento penal exige que la detención de una persona se mantenga en reserva durante cierto tiempo"*.

Entre las enmiendas propuestas al art. 36, la República Federal de Alemania propuso que se agregase a la redacción propuesta y luego del término "*sin dilación injustificada*" contenida en el apartado b) del párrafo 1, la frase *"pero dentro de un mes"*, corrigiendo luego en el debate en la Segunda Comisión de la Conferencia su enmienda y proponiendo que el plazo en lugar de un mes fuera de 48 hs. como máximo, pero ello fue rechazado ⁶³. Por su parte el Reino Unido propuso que en dicho apartado b) se suprima la palabra "*injustificada*" en los

⁵⁹ Ver numeral 124 de dicha sentencia.

⁶⁰ Ver punto 6 del Decisorio de la OC 16.

⁶¹ Ver A/CONF.25/6.

⁶² El texto del artículo 36 1.b) en la versión propuesta por la Comisión de Derecho Internacional disponía: *"Las autoridades competentes deben dar aviso, sin dilación injustificada, al consulado competente del estado que envía cuando, en su circunscripción, un nacional de ese Estado sea encarcelado o puesto en prisión preventiva o detenido en cualquier otra forma, y deben transmitir al consulado, asimismo sin dilación injustificada, las comunicaciones que le dirija la persona detenida o encarcelada;"*. Ver A/CONF.25/6

⁶³ Ver A/CONF.25/L.16, numerales 103 y 106.

dos lugares en que se decía "sin dilación injustificada" ⁶⁴, lo que fue aprobado con 37 votos a favor, 2 abstenciones y 28 votos en contra. ⁶⁵

Finalmente, el texto quedó redactado con la frase "sin dilación" en la última parte del artículo y en la parte inicial del mismo, en lo relativo a la comunicación que debe hacerse a la oficina consular se modificó la frase por "sin retraso alguno".

En la reciente sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en el caso "Avena" ⁶⁶, el tribunal consideró

"83. The Court now addresses the question of the proper interpretation of the expression "without delay" in the light of arguments put to it by the Parties. The Court begins by noting that the precise meaning of "without delay", as it is to be understood in Article 36, paragraph 1 (b), is not defined in the Convention. This phrase therefore requires interpretation according to the customary rules of treaty interpretation reflected in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

84. Article 1 of the Vienna Convention on Consular Relations, which defines certain of the terms used in the Convention, offers no definition of the phrase "without delay". Moreover, in the different language versions of the Convention various terms are employed to render the phrases "without delay" in Article 36 and "immediately" in Article 14. The Court observes that dictionary definitions, in the various languages of the Vienna Convention, offer diverse meanings of the term "without delay" (and also of "immediately"). It is therefore necessary to look elsewhere for an understanding of this term.

...

87. The Court thus finds that "without delay" is not necessarily to be interpreted as "immediately" upon arrest. It further observes that during the Conference debates on this term, no delegate made any connection with the issue of interrogation. The Court considers that the provision in Article 36, paragraph 1 (b), that the receiving State authorities "shall inform the person concerned without delay of his rights" cannot be interpreted to signify that the provision of such information must necessarily precede any interrogation, so that the commencement of interrogation before the information is given would be a breach of Article 36.

⁶⁴ Ver A/CONF.25/C.2/L.107

⁶⁵ Ver A/CONF.25/L.16, numeral 106.

⁶⁶ "Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v. United States of America)"; General List No. 128; 31 march 2004. International Court of Justice. Ver numerales 83, 84 87 y 88. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imus/imusframe.htm>

El caso "Avena" se trata de una demanda presentada por los Estados Unidos Mexicanos contra Estados Unidos de América ante la CIJ como consecuencia de la detención, enjuiciamiento y sentencia a pena de muerte respecto de 54 nacionales mexicanos, en violación de la normativa vigente y en particular del derecho a la protección consular de sus nacionales que consagran los art. 5 y 36 de la CVRC.

88. *Although, by application of the usual rules of interpretation, “without delay” as regards the duty to inform an individual under Article 36, paragraph 1 (b), is not to be understood as necessarily meaning “immediately upon arrest”, there is nonetheless a duty upon the arresting authorities to give that information to an arrested person as soon as it is realized that the person is a foreign national, or once there are grounds to think that the person is probably a foreign national.”*

En esta materia, la Corte IDH ha dicho que:

“De la historia legislativa de ese artículo se desprende que la obligación de informar “sin dilación” al detenido del Estado que envía sobre los derechos que le confiere dicho precepto fue incluida, a propuesta del Reino Unido y con el voto afirmativo de una gran mayoría⁶⁷ de los Estados participantes en la Conferencia, como una medida que permite asegurar que el detenido esté consciente, en forma oportuna, del derecho que le asiste de solicitar que se notifique al funcionario consular sobre su detención para los fines de la asistencia consular. Es claro que estos son los efectos propios (effet utile) de los derechos reconocidos por el artículo 36.

... para establecer el sentido que corresponde dar al concepto “sin dilación”, se debe considerar la finalidad a la que sirve la notificación que se hace al inculcado. Es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquél disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal objetivo. Por lo tanto, y a falta de precisión en el texto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculcado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad.”⁶⁸

Resulta evidente que no existe uniformidad de criterio entre lo dicho por la CIJ y por la Corte IDH en cuanto al adecuado sentido a darse al término "sin dilación".

La CIJ ha dicho con relación a dicha frase, que, si bien no debe entenderse como inmediatamente luego del arresto, debe brindarse la información correspondiente en cuanto se tome conocimiento de que la persona detenida es extranjera o cuando existan elementos para pensar que el individuo es, probablemente, un extranjero.⁶⁹

En cambio, la Corte IDH interpretó *“Que la expresión “sin dilación” utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le*

⁶⁷ Consta del voto respectivo que votaron a favor 65 Estados, 13 se abstuvieron y 2 votaron en contra (A/CONF.25/16, Vol. I; pág. 90). Posteriormente, Checoslovaquia, que se abstuvo de votar, manifestó que la enmienda propuesta por el Reino Unido constituye una “disposición totalmente aceptable” (A/CONF.25/16, Vol. I; pág. 90).

⁶⁸ Ver Numerales 103 y 106 de la OC 16.

⁶⁹ Ver numeral 88 de la sentencia en el caso "Avena" ya citado.

*reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.”.*⁷⁰

Resulta indudable que la posición de la Corte IDH es la más adecuada a la luz del estado actual de la evolución del derecho internacional y en particular del derecho internacional de los derechos humanos.

Cabe recordar, por otra parte, que tanto la CIJ como la Corte IDH y la Comisión IDH acuerdan en cuanto a que el derecho a que refiere el art. 36.1.b) es un derecho del individuo. Debe mencionarse, asimismo, que -como ya se dijo- los dos órganos del sistema regional americano han reconocido que este derecho integra el cúmulo de derechos que se incorporan a la noción de debido proceso consagrado tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADyDH), como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De allí que, como lo viene mostrando la realidad, los individuos como sujetos titulares de ese derecho podrán, en caso de violarse el mismo, presentar peticiones individuales ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (sea por violación de la DADyDH o por violación de la DADyDH y la CADH en relación con la CVRC).

Por lo tanto, habrá que adoptar como estándar, el nivel más elevado de protección reconocido que es el que emana de la posición de la Corte IDH en la OC 16.

Asimismo, resulta de importancia, con relación al deber de notificar, lo sostenido por la CIJ en el caso "Avena" respecto de lo ocurrido en uno de los casos analizados incorporados a dicha causa:⁷¹

“... in the case of Mr. Hernández (case No. 34), the United States observes that “Although the [arresting] officer did not ask Hernández Llanas whether he wanted them to inform the Mexican Consulate of his arrest, it was certainly not unreasonable for him to assume that an escaped convict would not want the Consulate of the country from which he escaped notified of his arrest.”

The Court notes that the clear duty to provide consular information under Article 36, paragraph 1 (b), does not invite assumptions as to what the arrested person might prefer, as a ground for not informing him. It rather gives the arrested person, once informed, the right to say he nonetheless does not wish his consular post to be notified. It necessarily follows that in each of these 47 cases, the duty to inform “without delay” has been violated.”

Por lo tanto, no cabe presumir por parte de los funcionarios del Estado que al detenido no le interesará notificar a su consulado, sino que esa será una decisión que luego de informado podrá o no tomar la persona privada de libertad.

⁷⁰ Ver numeral 3 del Decisorio de la OC 16.

⁷¹ Ver numeral 76 de la sentencia.

d) La notificación a las autoridades consulares

La CVRC no establece la forma en que las autoridades del Estado que recibe deben comunicar a los funcionarios consulares la privación de libertad del nacional del Estado que envía. Sí se establece el requisito previo de manifestación de voluntad al respecto por parte del interesado, así como la obligación de efectuar la comunicación -cuando corresponda- "*sin retraso alguno*".

Las formas en que los Estados cumplen esta obligación son diversas. En efecto, tal como lo expresara Estados Unidos de América en las observaciones escritas presentadas en el marco de la OC 16,

"... some countries provide notifications by diplomatic note, a formal and frequently lengthy process. Notification may also occur by mail, phone, or facsimile, or even in person. Depending on the means chosen, there may be a significant delay before notification is received by consular authorities. Moreover, even in countries where notification is normally provided by telephone, completing notification depends upon the particular consular facility being open. Persons arrested in the evening or at night, on weekends or on holidays, often cannot have their detention notified to a consular official until the next business day for the consular facility, which may mean a delay of several days" ⁷²

Sin embargo, las dificultades que pueden motivar una demora leve en la efectiva comunicación a las autoridades consulares, no deben hacer perder de vista la necesidad de efectivizar dicha comunicación "*sin retraso alguno*" tal como lo ordena expresamente el art. 36 1. b). Tomando el concepto de "*efecto útil*" utilizado por la Corte IDH en su OC 16, la comunicación, entonces, debe ser oportuna y posibilitar efectivamente el ejercicio de las funciones consulares consignadas en los arts. 5 y 36 de la CVRC.

Cualquier retraso que impida o menoscabe la posibilidad efectiva de que el Estado que envía brinde al detenido su asistencia consular constituye un incumplimiento por parte del estado que recibe que le genera responsabilidad internacional.

La cuestión relativa a la manifestación de voluntad por parte de la persona privada de libertad como requisito para que se comunique dicha situación a las autoridades consulares correspondiente, fue intensamente debatida durante la Conferencia de Viena en la que se adoptó el texto de la Convención.

Los argumentos que sustentaron dicha posición se reflejan en diversas intervenciones (por ejemplo la de los representantes de la República Árabe Unida, de la Federación Malaya, de Venezuela, de Nueva Zelanda, de Estados Unidos de América, etc.); cabe citar una de ellas:

"... el art. 36 preparado por el Comité de Redacción impondría una carga excesiva a las autoridades del estado receptor. El principio es justificable pero en la práctica impondría una tarea imposible a los países receptores, especialmente a los que reciben gran número de inmigrantes y turistas extranjeros. La solución práctica y razonable consiste en notificar a la oficina

⁷² Ver página 14 de las Observaciones Escritas presentadas por Estados Unidos de América.

*consultar el encarcelamiento de un nacional de ese Estado cuando el interesado lo solicite."*⁷³

Tal como resume la Corte IDH:⁷⁴

"El derecho a la notificación consular está condicionado, únicamente, a la voluntad del individuo interesado"⁷⁵. A este respecto, es revelador que en el proyecto presentado a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares, el cumplimiento del deber de notificar al funcionario consular en los casos previstos por el apartado b) del artículo 36.1 no dependía de la voluntad de la persona privada de libertad. Sin embargo, algunos participantes en la Conferencia se opusieron a esta formulación basados en motivos de orden práctico que imposibilitarían el cumplimiento del deber mencionado⁷⁶, y en la necesidad de que el individuo decidiera libremente si deseaba que el funcionario consular fuera notificado de la detención y, en su caso, autorizara la intervención de éste en su favor. Como fundamento de estas posiciones se argumentó, en lo esencial, que debía ser respetado el libre albedrío de la persona⁷⁷...".

Por último, debe remarcarse por su enorme importancia, que la CIJ ha dicho que resulta abstracto analizar si la persona privada de libertad de haber sabido que tenía el derecho de que se comunique a las autoridades consulares respectivas su situación, hubiese hecho uso del mismo, o si el Estado que envía hubiese brindado su asistencia efectiva o si el juicio llevado a cabo hubiese tenido otro resultado de haberse respetado ese derecho. Lo central es que la CVRC confiere el derecho a que se notifique a los individuos de que pueden solicitar la asistencia consular y lo demás son especulaciones inconducentes.⁷⁸

⁷³ Ver la posición de la República Árabe Unida en el numeral 10 de la página 38 del documento A/CONF.26/16.

⁷⁴ Ver numeral 90 de la OC 16.

⁷⁵ Esta posición se refleja claramente de las enmiendas propuestas en la Segunda Comisión por Suiza (A/CONF.25/C.2/L.78), Estados Unidos de América (A/CONF.25/C.2/L.3), Japón (A/CONF.25/C.2/L.56), Australia (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 345); España (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 346). Es particularmente interesante mencionar que a este respecto, se hizo expresa mención a que "[l]a libertad de la persona humana y la manifestación de la voluntad son, efectivamente, los principios fundamentales de los instrumentos preparados bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Es indispensable que el texto de la Convención aluda a esos principios". Cfr. Presentación de Suiza (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 349).

⁷⁶ Presentaciones de Francia (A/CONF.25/16, Vol. I, págs. 350 y 356); Italia (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 352); República de Corea (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 353); República de Vietnam (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 353); Tailandia (A/CONF.25/16, Vol. I, págs. 354 y 357); Filipinas (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 37); Nueva Zelanda (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 37); República Árabe Unida (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 38); Venezuela (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 38); Japón (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 39); República Árabe Unida en representación de la enmienda conjunta a la propuesta de los 17 países (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 86).

⁷⁷ Propuesta de enmienda de los Estados Unidos de América (A/CONF.25/C.2/L.3) en concordancia con presentaciones de Australia (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 345; A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 348), Países Bajos (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 346), Argentina (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 348) Reino Unido (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 348), Ceilán (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 348), Tailandia (A/CONF.25/16, pág. 349), Suiza (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 349), España (A/CONF.25/16, Vol. I, págs. 349 y 358); Ecuador (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 358); República de Vietnam (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 38); Francia (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 39); Túnez, en representación de la propuesta conjunta de los 17 países (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 85).

⁷⁸ Ver sentencia de la CIJ en el caso "LaGrand", numeral 74.

e) La aplicación de la pena de muerte en violación del art. 36 1. b)

La condena a muerte adoptada en procedimientos judiciales en los cuales se ha incumplido la obligación de notificación consular que emana del art. 36 1. b) ha sido profusamente analizada por la Corte IDH, la Comisión IDH, el Comité de Derechos Humanos y la CIJ.

La Corte IDH ha dicho:⁷⁹

“128. Es un principio general del derecho internacional, consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 26), que los Estados Partes en un tratado tienen la obligación de dar cumplimiento a éste de buena fe (pacta sunt servanda).

129. En virtud de que el derecho a la información es un componente del artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el detenido extranjero debe tener la oportunidad de valerse de este derecho en su defensa. La inobservancia u obstrucción de su derecho a la información afecta las garantías judiciales.

130. El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha determinado en varios casos concernientes a la aplicación de la pena de muerte 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.

131. En la comunicación número 16/1977, por ejemplo, referida al caso del señor Daniel Monguya Mbenge (1983), el Comité citado estableció que, según el artículo 6.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la pena de muerte sólo podrá imponerse “de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones” del Pacto. Ello exige que tanto las leyes sustantivas como las procesales en virtud de las cuales se haya impuesto la pena de muerte no sean contrarias a las disposiciones del Pacto y, además, que la pena de muerte se haya impuesto de conformidad con esas leyes y, por consiguiente, de conformidad con las disposiciones del Pacto. En consecuencia, el incumplimiento por el Estado Parte de las condiciones pertinentes que figuran en el párrafo 3 del artículo 14 lleva a la conclusión de que las penas de muerte pronunciadas contra el autor de la comunicación se impusieron contrariamente a lo dispuesto en el Pacto y, por lo tanto, en violación del párrafo 2 del artículo 6⁸⁰.

132. En el caso Reid vs. Jamaica (no. 250/1987), el Comité afirmó que:

“la imposición de una sentencia de muerte como conclusión de un juicio en el cual no se han respetado las disposiciones del Pacto constituye [...] una violación del artículo 6 del Pacto. Como el Comité observó en su comentario general 6(16), la disposición según la cual una sentencia de muerte sólo puede imponerse de

⁷⁹ Ver numerales 128 a 132 y 134 a 137 de la OC 16.

⁸⁰ Selección de Decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo, Vol. 2 (octubre de 1982 - abril de 1988), Naciones Unidas, Nueva York, 1992; pág. 86, párr. 17.

acuerdo con la ley y sin contrariar las disposiciones del Pacto, implica que ‘deben ser respetadas las garantías procesales ahí establecidas inclusive el derecho a un juicio justo por un tribunal independiente, la presunción de inocencia, las garantías mínimas de defensa, y el derecho a recurrir a un tribunal superior’⁸¹.

A idéntica conclusión llegó en el caso Wright vs. Jamaica⁸² en 1992.

...

134. La Corte estima útil recordar que en el examen realizado, en su oportunidad, sobre el artículo 4 de la Convención Americana,⁸³ advirtió que la aplicación e imposición de la pena capital está limitada en términos absolutos por el principio según el cual “[n]adie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Tanto el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el artículo 4 de la Convención, ordenan la estricta observancia del procedimiento legal y limitan la aplicación de esta pena a “los más graves delitos”. En ambos instrumentos existe, pues, una clara tendencia restrictiva a la aplicación de la pena de muerte hacia su supresión final⁸⁴.

135. Esta tendencia, que se encuentra reflejada en otros instrumentos a nivel interamericano⁸⁵ y universal⁸⁶, se traduce en el principio internacionalmente reconocido de 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. Es evidente que aquí deviene aún más relevante la obligación de observar el derecho a la información, tomando en cuenta la naturaleza excepcionalmente grave e irreparable de la pena que pudiera aplicarse a su titular. Si el debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, debe ser respetado en cualesquiera circunstancias, su observancia es aún más importante cuando se halle en juego el supremo bien que reconocen y protegen todas las declaraciones y tratados de derechos humanos: la vida humana.

⁸¹ “[T]he imposition of a sentence of death upon the conclusion of a trial in which the provisions of the Covenant have not been respected constitutes [...] a violation of article 6 of the Covenant. As the Committee noted in its general comment 6(16), the provision that a sentence of death may be imposed only in accordance with the law and not contrary to the provisions of the Covenant implies that ‘the procedural guarantees therein prescribed must be observed, including the right to a fair hearing by an independent tribunal, the presumption of innocence, the minimum guarantees for the defence, and the right to review by a higher tribunal’”. Human Rights Law Journal, Vol. 11 (1990), No. 3-4; pág. 321, párr. 11.5 (la traducción es nuestra).

⁸² Human Rights Law Journal, Vol. 13, (1992), No. 9-10; pág. 351, párr. 8.7.

⁸³ *Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3; párrs. 52 a 55.

⁸⁴ *Cfr.*, también, *Eur. Court H.R., Soering case, decision of 26 January 1989, Series A N°. 161*; párr. 102.

⁸⁵ *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte*, aprobado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el XX Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA.

⁸⁶ *Salvaguardias para Garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte*, aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su Resolución 1984/50, de 25 de mayo de 1984.

136. Siendo la ejecución de la pena de muerte una medida de carácter irreversible, exige del Estado el más estricto y riguroso respeto de las garantías judiciales, de modo a evitar una violación de éstas, que, a su vez, acarrearía una privación arbitraria de la vida.

137. Por lo anteriormente expuesto, la Corte concluye 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 sobre 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."

Por su parte, la CIJ en el caso "Avena" recuerda:⁸⁷

"140. As has been explained in paragraphs 128 to 134 above, the Court is of the view that, in cases where the breach of the individual rights of Mexican nationals under Article 36, paragraph 1 (b), of the Convention has resulted, in the sequence of judicial proceedings that has followed, in the individuals concerned being subjected to prolonged detention or convicted and sentenced to severe penalties, the legal consequences of this breach have to be examined and taken into account in the course of review and reconsideration. The Court considers that it is the judicial process that is suited to this task.

141. The Court in the LaGrand case left to the United States the choice of means as to how review and reconsideration should be achieved, especially in the light of the procedural default rule. Nevertheless, the premise on which the Court proceeded in that case was that the process of review and reconsideration should occur within the overall judicial proceedings relating to the individual defendant concerned.

142. As regards the clemency procedure, the Court notes that this performs an important function in the administration of criminal justice in the United States and is "the historic remedy for preventing miscarriages of justice where judicial process has been exhausted" (Herrera v. Collins, 506 U.S. 390 (1993) at pp. 411-412). The Court accepts that executive clemency, while not judicial, is an integral part of the overall scheme for ensuring justice and fairness in the legal process within the United States criminal justice system. It must, however, point out that what is at issue in the present case is not whether executive clemency as an institution is or is not an integral part of the "existing laws and regulations of the United States", but whether the clemency process as practised within the criminal justice systems of different states in the United States can, in and of itself, qualify as an appropriate means for undertaking the effective "review and

⁸⁷ Ver numerales 140 a 143 de dicha sentencia.

reconsideration of the conviction and sentence by taking account of the violation of the rights set forth in the Convention”, as the Court prescribed in the LaGrand Judgment (I.C.J. Reports 2001, p. 514, para. 125).

143. It may be true, as the United States argues, that in a number of cases “clemency in fact results in pardons of convictions as well as commutations of sentences”. In that sense and to that extent, it might be argued that the facts demonstrated by the United States testify to a degree of effectiveness of the clemency procedures as a means of relieving defendants on death row from execution. The Court notes, however, that the clemency process, as currently practised within the United States criminal justice system, does not appear to meet the requirements described in paragraph 138 above and that it is therefore not sufficient in itself to serve as an appropriate means of “review and reconsideration” as envisaged by the Court in the LaGrand case. The Court considers nevertheless that appropriate clemency procedures can supplement judicial review and reconsideration, in particular where the judicial system has failed to take due account of the violation of the rights set forth in the Vienna Convention, as has occurred in the case of the three Mexican nationals referred to in paragraph 114 above.”

Por su parte, la Comisión IDH en el ya citado caso "Villarreal" sostiene:⁸⁸

“84. Conforme al análisis anterior, la Comisión concluye que el derecho a información del Sr. Martínez Villareal, de conformidad con el artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, constituía un componente fundamental de las garantías judiciales de debido proceso que le confieren los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana, y que el fracaso del Estado en respetar y garantizar esta obligación constituía graves violaciones de los derechos del Sr. Martínez Villareal al debido proceso y a un juicio imparcial en virtud de estas disposiciones de la Declaración.

85. Por consiguiente, de ejecutar el Estado al Sr. Martínez Villareal basándose en el proceso penal por el que se encuentra actualmente condenado y sentenciado, la Comisión considera que esto constituirá una privación arbitraria de la vida del Sr. Martínez Villareal contrariamente a lo estipulado en la Declaración.

86. En un caso como este, en el que la condena del acusado ha ocurrido como resultado de un proceso que no satisface los requisitos mínimos de imparcialidad y debido proceso, la Comisión considera que la reparación adecuada incluye un nuevo juicio de conformidad con las garantías de debido proceso y un juicio imparcial prescritas en los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana o, de no ser posible la celebración de un nuevo juicio en cumplimiento de estas garantías, la puesta en libertad del Sr. Martínez Villareal.”

En resumen, la imposición de la pena de muerte incumpliendo las previsiones del art. 36 1. b) constituyen un incumplimiento de obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado que le acarrearán responsabilidad internacional y que por tanto le generan la

⁸⁸ Ver numerales 84 a 84 de dicho Informe.

obligación de reparar dicho incumplimiento; las formas de dicha reparación pueden variar: pueden promoverse en el juicio que se encuentre en trámite (a través de la revisión/reconsideración conforme lo sostiene la CIJ), o mediante la sustanciación de un nuevo juicio (conforme la posición de la CIDH), o a través de la liberación del damnificado (conforme la posición de la CIDH) o a través de procedimientos de clemencia (conforme la posición de la CIJ).

f) El deber de identificar al detenido

Las dificultades en el cumplimiento de las obligaciones que emanan del art. 36 pueden resultar diversas, e incluso, ajenas al Estado que recibe.

En ese sentido, Estados Unidos de América puso de manifiesto algunas de esas dificultades:⁸⁹

"Article 36 provides that both notification obligations must be carried out "without delay".....

As a practical matter, notification at the time of arrest may not be possible. An arrest may occur in exigent circumstances, or may involve little or no communication between the arresting official and the detainee. Typically it is only when a detainee arrives at a detention facility, at the earliest, that detaining officials have a reasonable opportunity to ascertain the detainee's nationality and to advise the detainee of the possibility of notification to his consul. In some cases, the fact that a detainee is a foreign national is not known -and even cannot be known- until long after the arrest".

Asimismo, la Corte IDH consideró estas cuestiones:⁹⁰

"93. En uno de los escritos sometidos a este Tribunal se mencionó que en ciertos casos se dificulta al Estado receptor obtener información sobre la nacionalidad del detenido.⁹¹ Si no existe este conocimiento, el Estado receptor no sabrá que el individuo es titular del derecho a la información consagrado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

94. A este respecto, la Corte estima que la identificación del imputado, requisito indispensable para la individualización penal, es un deber que recae en el Estado que lo tiene bajo su custodia. Dicha identificación es esencial, por ejemplo, para determinar la edad del sujeto privado de libertad y asegurarle un tratamiento adecuado a sus circunstancias. En el cumplimiento del deber de identificar al detenido, el Estado utiliza los mecanismos que han sido establecidos en su derecho interno con este propósito y que necesariamente incluyen los registros de control migratorio, en el caso de extranjeros.

⁸⁹ Ver observaciones escritas presentadas en el marco de la OC 16, pág. 13.

⁹⁰ Ver numerales 93 a 95 de la OC 16.

⁹¹ Escrito de observaciones de los Estados Unidos de América, pág. 13.

95. No escapa a la atención de esta Corte la posibilidad de que el propio detenido haga difícil el conocimiento de su condición de extranjero. Algunos detenidos podrían encubrir esta condición para evitar ser deportados. En estos casos, los registros de control migratorio no serán útiles -o suficientes- para que el Estado pueda determinar la identidad del sujeto. También surgen problemas cuando el detenido siente temor de las acciones de su Estado de procedencia y, por lo tanto, procura obstaculizar la averiguación de su nacionalidad. En ambos supuestos, el Estado receptor puede enfrentar dificultades, que no le son imputables, para cumplir los deberes que le impone el artículo 36. La apreciación de cada caso, hecha por las autoridades nacionales o internacionales competentes, permitirá establecer si el Estado receptor es o no responsable de incumplir esos deberes."

Con el objeto de poder satisfacer las obligaciones asumidas en el marco de la CVRC, y teniendo en cuenta este tipo de dificultades, han sido coincidentes, tanto la Corte IDH como la CIJ en el sentido de reconocer que **la mejor forma de superar dichas dificultades es que se incorpore entre los derechos básicos que se notifican a la persona que se priva de la libertad, el derecho que emana del art. 36 1. b) (esto es que tiene el derecho que se notifique su situación a la oficina consular en caso de ser extranjero).**

Me remito a lo expresado por ambos tribunales:

"96. Lo expuesto en el párrafo anterior no desvirtúa el principio de que el Estado que lleva a cabo la detención tiene el deber de conocer la identidad de la persona a la que priva de libertad. Ello le permitirá cumplir sus propias obligaciones y observar puntualmente los derechos del detenido. Tomando en cuenta la dificultad de establecer de inmediato la nacionalidad del sujeto, la Corte estima pertinente que el Estado haga saber al detenido los derechos que tiene en caso de ser extranjero, del mismo modo en que se le informa sobre los otros derechos reconocidos a quien es privado de libertad."⁹²

"63. The Court finds that the duty upon the detaining authorities to give the Article 36, paragraph 1 (b), information to the individual arises once it is realized that the person is a foreign national, or once there are grounds to think that the person is probably a foreign national. Precisely when this may occur will vary with circumstances....

64. ... Nevertheless, and particularly in view of the large numbers of foreign nationals living in the United States, these very circumstances suggest that it would be desirable for enquiry routinely to be made of the individual as to his nationality upon his detention, so that the obligations of the Vienna Convention may be complied with. The United States has informed the Court that some of its law enforcement authorities do routinely ask persons taken into detention whether they are United States citizens. Indeed, were each individual to be told at that time that, should he be a foreign national, he is entitled to ask for his consular post to be contacted, compliance with this requirement under Article 36, paragraph 1 (b), would be greatly enhanced.

⁹² Ver numeral 96 de la OC 16

The provision of such information 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"; these rights include, inter alia, the right to remain silent, the right to have an attorney present during questioning, and the right to have an attorney appointed at government expense if the person cannot afford one. The Court notes that, according to the United States, such a practice in respect of the Vienna Convention rights is already being followed in some local jurisdictions."

93

III. 3 El inciso 1. c) del art. 36

En virtud de lo dispuesto por el apartado c) del art. 36, los funcionarios consulares correspondientes, tienen, respecto del nacional del Estado que envía privado de libertad, el derecho de:

- i) visitarlo;
- ii) conversar con él; y,
- iii) organizar su defensa ante los tribunales.

Los funcionarios consulares deben abstenerse de intervenir cuando el nacional del estado que envía se oponga a ello expresamente.

La limitación al ejercicio de las prerrogativas reconocidas a los funcionarios consulares, derivada de la oposición que al respecto manifieste el individuo, no hace más que corroborar la naturaleza individual de los derechos reconocidos por el art. 36.⁹⁴

Debe recordarse que la CIJ en el caso "LaGrand" estimó que, si bien no necesariamente la violación de la obligación prevista en el art. 36 1. b) conduce automáticamente a la violación de los apartados a) y c) del mismo artículo, en dicho caso sostuvo que:

*"The Court observes, in this connection, that the United States does not deny that it violated paragraph 1 (b) in relation to Germany. The Court also notes that as a result of this breach, Germany did not learn until 1992 of the detention, trial and sentencing of the La Grand brothers. The Court concludes therefrom that on the facts of this case, the breach of the United States had the consequence of depriving Germany of the exercise of the rights accorded it under Article 36, paragraph 1 (a) and paragraph 1 (c), and thus violated these provisions of the Convention."*⁹⁵

Asimismo, en la sentencia en el caso "Avena" dispuso

⁹³ Ver numerales 63 y 64 de la sentencia de fondo emitida por la CIJ en el caso "Avena".

⁹⁴ Ver Numeral 83 de la OC 16.

⁹⁵ Ver numeral 73 de dicha sentencia.

“ ... *The Court observes that the exercise of the rights of the sending State under Article 36, paragraph 1 (c), depends upon notification by the authorities of the receiving State.*”⁹⁶

III. 4 *El inciso 2 del art. 36*

El numeral 2 del artículo 36 reconoce que las prerrogativas reseñadas en el numeral 1 se ejercerán conforme a las normas que al respecto haya adoptado el Estado receptor, no pudiendo dichas normas tornar ilusorios los derechos consagrados en la Convención.⁹⁷

Respecto del alcance del contenido del párrafo 2, durante la Conferencia de Viena en la que se acordó el texto definitivo de la CVRC, se produjeron encendidos debates. Las líneas de pensamiento de las posiciones enfrentadas fueron presentadas por los representantes de la URSS y del Reino Unido:⁹⁸

El delegado de la URSS sostuvo: “.. *La enmienda al párrafo 2 aprobada por la Segunda Comisión quizá obligue a los Estados a modificar sus leyes y reglamentos penales y depare a los cónsules la posibilidad de inmiscuirse en los procedimientos jurídicos normales con el fin de proteger a delincuentes extranjeros; consignar una disposición de esta índole en un convenio internacional puede tener consecuencias graves para el Estado receptor donde un extranjero haya cometido un delito. En realidad tiene por fin dar nueva vida a una situación poco satisfactoria que pertenece al pasado, cuando los cónsules de los países colonialistas intervenían en los asuntos internos de los Estados dificultando la administración de justicia a los extranjeros. Los extranjeros deben cumplir las leyes de los estados donde viven y, si las vulneran, han de estar sujetos a las penas prescritas...*”

El representante del reino Unido respondió: “.. *La enmienda de la Unión Soviética no es aceptable, porque equivale a decir que las leyes y reglamentos del Estado receptor determinarán los derechos especificados en el párrafo 1 a menos que no los hagan totalmente inoperantes: en realidad "dejar sin efecto" quiere decir "hacer totalmente inoperante". Pero los derechos se pueden mermar gravemente sin hacerlos totalmente inoperantes. Por lo tanto prefiere, con mucho, el criterio positivo del párrafo 2 tal como lo aprobó la Segunda Comisión. Por supuesto los funcionarios consulares deben cumplir las leyes y reglamentos del Estado receptor en cuestiones tales como las horas fijadas para visitar a los presos, pero es muy importante que se mantenga en esencia los derechos y obligaciones especificados en el párrafo 1, lo que no se logrará si se aprueba la enmienda de la Unión Soviética*”.

La disputa fue objeto de votación rechazándose la enmienda propuesta por la URSS por 33 votos contra 32 y 16 abstenciones.

⁹⁶ Ver numeral 104 de la sentencia de la CIJ.

⁹⁷ La redacción inicialmente propuesta de este numeral 2 consignaba “2. *Los derechos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo deben ejercerse con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado de residencia, leyes y reglamentos que no deben hacer ilusorios esos derechos*”. Ver A/CONF.25/6

⁹⁸ Ver A/CONF.25/11.

La redacción definitiva del numeral 2 reflejó esta disputa habiéndose impuesto la posición sustentada por el representante del Reino Unido, de lo que da cuenta la aclaración inserta al final del apartado 2.

Asimismo, resulta de interés analizar la aplicación del principio de "preclusión procesal" (en virtud del cual las etapas del proceso van cerrándose, no pudiendo ser reabiertas) vigente prácticamente en la totalidad de los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de procedimiento penal, a la luz de lo establecido en este apartado.

En ese sentido, la CIJ en el caso "Avena" (en el que retoma la posición sustentada en el caso "LaGrand"), sostuvo:⁹⁹

"111. The "procedural default" rule in United States law has already been brought to the attention of the Court in the LaGrand case. The following brief definition of the rule was provided by Mexico in its Memorial in this case and has not been challenged by the United States: "a defendant who could have raised, but fails to raise, a legal issue at trial will generally not be permitted to raise it in future proceedings, on appeal or in a petition for a writ of habeas corpus".

The rule requires exhaustion of remedies, inter alia, at the state level and before a habeas corpus motion can be filed with federal courts. In the LaGrand case, the rule in question was applied by United States federal courts; in the present case, Mexico also complains of the application of the rule in certain state courts of criminal appeal.

112. The Court has already considered the application of the "procedural default" rule, alleged by Mexico to be a hindrance to the full implementation of the international obligations of the United States under Article 36, in the LaGrand case, when the Court addressed the issue of its implications for the application of Article 36, paragraph 2, of the Vienna Convention. The Court emphasized that "a distinction must be drawn between that rule as such and its specific application in the present case". The Court stated: "In itself, the rule does not violate Article 36 of the Vienna Convention. The problem arises when the procedural default rule does not allow the detained individual to challenge a conviction and sentence by claiming, in reliance on Article 36, paragraph 1, of the Convention, that the competent national authorities failed to comply with their obligation to provide the requisite consular information 'without delay', thus preventing the person from seeking and obtaining consular assistance from the sending State." (I.C.J. Reports 2001, p. 497, para. 90.) On this basis, the Court concluded that "the procedural default rule prevented counsel for the LaGrand to effectively challenge their convictions and sentences other than on United States constitutional grounds" (ibid., para. 91). This statement of the Court seems equally valid in relation to the present case, where a number of Mexican nationals have been placed exactly in such a situation."

De allí que la CIJ en la parte resolutive de ambos casos estableciera que, al no permitir la *revisión y reconsideración* de las sentencias oportunamente dictadas contra los hermanos

⁹⁹ Ver numerales 111 y 112 de dicha sentencia.

LaGrand y los nacionales mexicanos, los Estados Unidos de América habían violaron la obligación consagrada en el párrafo 2 del art. 36 de la Convención.¹⁰⁰

IV. La protesta del Estado que envía

Tal como se dijera, la CVRC cuenta con un Protocolo adicional sobre Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias.

Conforme surge del art. 1 de dicho Protocolo, las controversias que se susciten respecto de la interpretación y aplicación de la CVRC pueden resolverse entre Estados que hayan ratificado este Protocolo, recurriendo los mismos a la jurisdicción obligatoria de la CIJ.

Sin embargo debe recordarse, que respecto de los países de la región (Sudamérica) sólo dos países han ratificado dicho Protocolo.

En cambio, la competencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos se encuentra expedita para todos los países de la región.

Como se indicara, la posibilidad de presentar un petición interestatal o individual contra el Estado que recibe que no haya dado cumplimiento con el art. 36. 1. b) se encuentra expedita.

Como se dijera, el único requisito que la CVRC establece como condición para que resulte exigible la notificación consular es que el individuo manifieste su voluntad al respecto. No existiendo ninguna otra limitante de esa obligación, no resulta sostenible exigir que el Estado que envía formule una protesta como elemento previo a la exigibilidad de los derechos que emanan del art. 36.

La Corte IDH al emitir la OC 16 tomó una posición muy clara a este respecto.¹⁰¹

“89. A juicio de esta Corte, el cumplimiento del deber estatal correspondiente al derecho a la comunicación consular (apartado a) del artículo 36.1) no está sujeto al requisito de protesta previa del Estado que envía. Esto se desprende claramente del artículo 36.1.a), que dispone que

[l]os nacionales del Estado que envía deberán tener la [...] libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos[.]

Lo mismo sucede con el derecho a la información sobre la asistencia consular, que también está consagrado como un derecho correspondiente a un deber del Estado receptor, sin necesidad de requerimiento alguno para que adquiera vigencia o actualidad esta obligación.

90. El derecho a la notificación consular está condicionado, únicamente, a la voluntad del individuo interesado.¹⁰² A este respecto, es revelador que en el

¹⁰⁰ Ver parte resolutive de la sentencia en el caso "LaGrand", numeral 4 y parte resolutive de la sentencia en el caso "Avena", numeral 8.

¹⁰¹ Ver numerales 89 a 92 y 97 de la OC 16.

proyecto presentado a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares, el cumplimiento del deber de notificar al funcionario consular en los casos previstos por el apartado b) del artículo 36.1 no dependía de la voluntad de la persona privada de libertad. Sin embargo, algunos participantes en la Conferencia se opusieron a esta formulación basados en motivos de orden práctico que imposibilitarían el cumplimiento del deber mencionado¹⁰³, y en la necesidad de que el individuo decidiera libremente si deseaba que el funcionario consular fuera notificado de la detención y, en su caso, autorizara la intervención de éste en su favor. Como fundamento de estas posiciones se argumentó, en lo esencial, que debía ser respetado el libre albedrío de la persona¹⁰⁴. Ninguno de los Estados participantes se refirió a la necesidad de que el Estado que envía satisficiera algún requisito o condición.

91. Por último, el apartado c) condiciona a la voluntad del individuo la intervención del funcionario consular en la “organiza[ción] de su defensa” y en las visitas al lugar en que se halla detenido. Tampoco en este apartado se hace mención alguna a la necesidad de que medien protestas del Estado que envía.

92. Particularmente en lo que se refiere a los apartados b) y c) del artículo 36.1, el cumplimiento inmediato de los deberes del Estado receptor responde al objeto mismo de la notificación consular. En efecto, ésta atiende al propósito de alertar al Estado que envía sobre una situación de la cual, en principio, éste no tiene conocimiento. Por lo tanto, sería ilógico supeditar el ejercicio o cumplimiento de estos derechos y deberes a las protestas de un Estado que ignora la situación en que se encuentra su nacional.

...

¹⁰² Esta posición se refleja claramente de las enmiendas propuestas en la Segunda Comisión por Suiza (A/CONF.25/C.2/L.78), Estados Unidos de América (A/CONF.25/C.2/L.3), Japón (A/CONF.25/C.2/L.56), Australia (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 345); España (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 346). Es particularmente interesante mencionar que a este respecto, se hizo expresa mención a que “[l]a libertad de la persona humana y la manifestación de la voluntad son, efectivamente, los principios fundamentales de los instrumentos preparados bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Es indispensable que el texto de la Convención aluda a esos principios”. Cfr. Presentación de Suiza (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 349).

¹⁰³ Presentaciones de Francia (A/CONF.25/16, Vol. I, págs. 350 y 356); Italia (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 352); República de Corea (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 353); República de Vietnam (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 353); Tailandia (A/CONF.25/16, Vol. I, págs. 354 y 357); Filipinas (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 37); Nueva Zelanda (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 37); República Árabe Unida (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 38); Venezuela (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 38); Japón (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 39); República Árabe Unida en representación de la enmienda conjunta a la propuesta de los 17 países (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 86).

¹⁰⁴ Propuesta de enmienda de los Estados Unidos de América (A/CONF.25/C.2/L.3) en concordancia con presentaciones de Australia (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 345; A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 348), Países Bajos (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 346), Argentina (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 348) Reino Unido (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 348), Ceilán (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 348), Tailandia (A/CONF.25/16, pág. 349), Suiza (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 349), España (A/CONF.25/16, Vol. I, págs. 349 y 358); Ecuador (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 358); República de Vietnam (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 38); Francia (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 39); Túnez, en representación de la propuesta conjunta de los 17 países (A/CONF.25/16, Vol. I, pág. 85).

97. Por estas razones, la Corte considera que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no está subordinada a las protestas del Estado que envía."

V. La aplicación de la CVRC en los Estados Federales

Al respecto, la Corte IDH ha dicho:¹⁰⁵

"139. Si bien la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no contiene una cláusula relativa al cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados federales (como sí lo disponen, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana), esta Corte ya ha establecido que "un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional"¹⁰⁶.

140. Asimismo, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,

[u]n tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo¹⁰⁷.

La Corte ha constatado que de la letra y espíritu de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no se desprende la intención de establecer una excepción a lo anteriormente señalado. Por lo tanto, la Corte concluye que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria."

VI. La obligación de reparar

El incumplimiento de las obligaciones que emanan del art. 36 compromete la responsabilidad internacional del Estado infractor, y lo colocan en la obligación de reparar el daño causado.

Tal como lo dijera la CIJ:¹⁰⁸

"119. The general principle on the legal consequences of the commission of an internationally wrongful act was stated by the Permanent Court of International

¹⁰⁵ Ver OC 16 numerales 139 y 140.

¹⁰⁶ *Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39; párr. 46. Cfr.: Sentencia arbitral de 26.VII.1875 en el caso del Montijo, LA PRADELLE-POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, 1954, t. III, pág. 675; decisión de la Comisión de reclamaciones franco-mexicana del 7.VI.1929 en el caso de la sucesión de Hyacinthe Pellat, U.N., *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, pág. 536.

¹⁰⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 29.

¹⁰⁸ Ver numerales 119 a 122 de la sentencia en el caso "Avena".

Justice in the Factory at Chorzów case as follows: “It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form.” (Factory at Chorzów, Jurisdiction, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 21.) What constitutes “reparation in an adequate form” clearly varies depending upon the concrete circumstances surrounding each case and the precise nature and scope of the injury, since the question has to be examined from the viewpoint of what is the “reparation in an adequate form” that corresponds to the injury. In a subsequent phase of the same case, the Permanent Court went on to elaborate on this point as follows:

“The essential principle contained in the actual notion of an illegal act, a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals, is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.” (Factory at Chorzów, Merits, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 47.)

120. In the LaGrand case the Court made a general statement on the principle involved as follows:

“The Court considers in this respect that if the United States, notwithstanding its commitment [to ensure implementation of the specific measures adopted in performance of its obligations under Article 36, paragraph 1 (b)], should fail in its obligation of consular notification to the detriment of German nationals, an apology would not suffice in cases where the individuals concerned have been subjected to prolonged detention or convicted and sentenced to severe penalties. In the case of such a conviction and sentence, it would be incumbent upon the United States to allow the review and reconsideration of the conviction and sentence by taking account of the violation of the rights set forth in the Convention. This obligation can be carried out in various ways. The choice of means must be left to the United States.” (I.C.J. Reports 2001, pp. 513-514, para. 125.)

121. Similarly, in the present case the Court’s task is to determine what would be adequate reparation for the violations of Article 36. It should be clear from what has been observed above that the internationally wrongful acts committed by the United States were the failure of its competent authorities to inform the Mexican nationals concerned, to notify Mexican consular posts and to enable Mexico to provide consular assistance. It follows that the remedy to make good these violations should consist in an obligation on the United States to permit review and reconsideration of these nationals’ cases by the United States courts, as the Court will explain further in paragraphs 128 to 134 below, with a view to ascertaining whether in each case the violation of Article 36 committed by the competent authorities caused actual prejudice to the defendant in the process of administration of criminal justice.

122. The Court reaffirms that the case before it concerns Article 36 of the Vienna Convention and not the correctness as such of any conviction or sentencing. The question of whether the violations of Article 36, paragraph 1, are to be regarded as having, in the causal sequence of events, ultimately led to convictions and

severe penalties is an integral part of criminal proceedings before the courts of the United States and is for them to determine in the process of review and reconsideration. In so doing, it is for the courts of the United States to examine the facts, and in particular the prejudice and its causes, taking account of the violation of the rights set forth in the Convention."

La CIDH, ha sostenido que la reparación puede consistir, como ya se mencionara en la celebración de un nuevo juicio o si ello no fuere posible en la puesta en libertad de la persona.

Asimismo, la CIJ ha puesto de manifiesto la importancia que tienen las garantías de no repetición, de lo que dan cuenta los numerales 6 y 10 de los resolutorios de las sentencias de los casos "LaGrand" y "Avena", así como los procedimientos de clemencia a favor de la persona afectada.

VII. Conclusiones

En virtud de lo expuesto se puede concluir:

1) Que el art. 36 de la CVRC constituye uno de los pilares que hacen posible la protección consular de los nacionales del estado que envía; de allí la íntima relación entre dicho artículo y el artículo 5 de la Convención, en el que se enumeran las funciones consulares.¹⁰⁹

¹⁰⁹ El art. 5 de la CVRC 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;*
- b) fomentar el desarrollo de las relaciones comerciales, económicas, culturales y científicas entre el Estado que envía y el Estado receptor, y promover además las relaciones amistosas entre los mismos, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención;*
- c) informarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor, informar al respecto al gobierno del Estado que envía y proporcionar datos a las personas interesadas;*
- d) extender pasaportes y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía, y visados o documentos adecuados a las personas que deseen viajar a dicho Estado;*
- e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas;*
- f) actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor;*
- g) velar, de acuerdo con las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas, en los casos de sucesión por causa de muerte que se produzcan en el territorio del Estado receptor;*
- h) velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía, en particular cuando se requiera instituir para ellos una tutela o una curatela;*
- i) representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente;*

2) Que los derechos que surgen del art. 36 1. b), en cuanto a que las autoridades del Estado que recibe informen al nacional del Estado que envía que puede solicitar que se notifique de su privación de libertad a las autoridades consulares de su país y a recibir la asistencia consular que el Estado que envía le provea:

- a) es un derecho que supera la naturaleza estatal propia de la CVRC y se transforma en un derecho individual; esto es que es un derecho que tiene la persona privada de libertad, además de un derecho del que goza el Estado que envía, a efectos de brindar la asistencia consular;
 - b) es un derecho que se enmarca dentro de las garantías del debido proceso legal que emanan de los instrumentos internacionales de derechos humanos (en particular la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros);
 - c) la imposición de la pena de muerte en violación de los derechos que consagra el art. 36 1.b) constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, que compromete la responsabilidad internacional del Estado que la comete generando el consecuente deber de reparación.
- 3) Que cualquiera de los supuestos que se enumera a continuación:
- el incumplimiento de la notificación al detenido prevista en el art. 36.1.b);
 - el cumplimiento de la misma pero de manera inoportuna, privando a dicha comunicación de hacerse cuando pueda dar un resultado útil; esto es que no se realice al momento de ser detenido o al menos antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad;¹¹⁰
 - el entorpecimiento o impedimento de acceder a la protección consular del Estado que envía por no comunicar o hacerlo en forma extemporánea la solicitud del individuo privado de libertad de que se comunique a dicha oficina su situación;

j) comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor;

k) ejercer, de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado que envía, los derechos de control o inspección de los buques que tengan la nacionalidad de dicho Estado, y de las aeronaves matriculadas en el mismo y, también, de sus tripulaciones;

l) prestar ayuda a los buques y aeronaves a que se refiere el apartado k) de este artículo y, también, a sus tripulaciones; recibir declaración sobre el viaje de esos buques, encaminar y refrendar los documentos de a bordo y, sin perjuicio de las facultades de las autoridades del Estado receptor, efectuar encuestas sobre los incidentes ocurridos en la travesía y resolver los litigios de todo orden que se planteen entre el capitán, los oficiales, los marineros, siempre que lo autoricen las leyes y reglamentos del Estado que envía;

m) ejercer las demás funciones confiadas por el Estado que envía a la oficina consular que no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del Estado receptor o a las que éste no se oponga, o las que le sean atribuidas por los acuerdos internacionales en vigor entre el Estado que envía y el receptor."

¹¹⁰ Debe recordarse que aquellos Estados que hayan ratificado la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, deberán comunicar a las autoridades consulares tanto la detención como los motivos de la misma.

- el impedir la asistencia consular por parte de los funcionarios correspondientes;

generan la responsabilidad internacional del Estado que recibe, pudiendo reclamarse por el incumplimiento ante:

I. la Corte Internacional de Justicia en virtud del mecanismo interestatal (denuncia que podría presentar el Estado que envía) previsto por el Protocolo a la CVRC sobre Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias (poco ratificado por los países de la región);

II. la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en virtud tanto del mecanismo de peticiones interestatales (denuncia presentada por el Estado que envía) como individuales (denuncia presentada por una persona, grupo de personas u ONG con personería jurídica en alguno de los Estados parte de la OEA) ya sea por violación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en relación con la CVRC, respecto de aquellos Estados que no hayan ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o por violación de la Declaración Americana de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con la CVRC respecto de aquellos países que sí hayan ratificado esta Convención; en este último supuesto debe recordarse, asimismo, la posibilidad de que en caso de que el Estado que recibe haya, además, reconocido la jurisdicción de la Corte IDH, el caso sea sometido a dicho tribunal luego de finalizada la etapa ante la Comisión IDH.

4) Que a los efectos del cumplimiento de las obligaciones que asumen los Estados en el marco de la CVRC resulta indistinto que dichos Estados se encuentren organizados bajo un sistema federal o unitario;

5) Que cualquier retraso que impida o menoscabe la posibilidad efectiva de que el Estado que envía brinde al detenido su asistencia consular constituye un incumplimiento por parte del Estado que recibe que le genera responsabilidad internacional.

6) Que el derecho a la notificación consular está condicionado, únicamente, a la voluntad del individuo interesado y por tanto no depende de la protesta del Estado que envía como requisito previo.

7) Que resulta abstracto analizar si la persona privada de libertad de haber sabido que tenía el derecho de que se comunique a las autoridades consulares respectivas su situación, hubiese hecho uso del mismo, o si el Estado que envía hubiese brindado su asistencia efectiva o si el juicio llevado a cabo hubiese tenido otro resultado de haberse respetado ese derecho. La CVRC confiere el derecho a que se notifique a los individuos de que pueden solicitar la asistencia consular y lo que debe verificarse es si se cumplió con ello o no. El Estado infractor no puede eludir su responsabilidad internacional basado en tales presunciones.

8) Que la notificación al detenido de que tiene el derecho de que se notifique su situación a las autoridades consulares correspondientes, debería hacerse en el mismo momento en que se informan los derechos básicos con que cuenta toda persona y que se le informan al momento de la detención.

9) Que la violación del art. 36.1.b) incide directamente sobre la vigencia de los apartados 1. a) y 1. c) de dicho artículo.

10) Que las obligaciones que surgen del apartado 1. del art. 36 deben hacerse con arreglo a la normativa interna de los Estados, en tanto y en cuanto estas no desvirtúen el objeto y fin del citado artículo; en ese sentido, los principios de cosa juzgada o de preclusión procesal, no serán oponibles para desobligar al Estado infractor.

11) Que la única razón que puede impedir el ejercicio de las funciones consulares a que refiere el art. 36.1.c) es la oposición a ello que manifieste la persona privada de libertad.

VIII. Recomendaciones

El cumplimiento de las obligaciones que emanan del art. 36 de la CVRC por parte de los Estados parte resulta disímil. En efecto,

"... rates of compliance appear to be a function of factors such as whether a country is large or small, whether it has a unitary or federal organization, the sophistication of its internal communication systems, the number and frequency of foreign visitors, and the manner in which the country has chosen to implement obligation. Countries have chosen to implement the obligation by providing only oral guidance; by issuing internal directives; and by enacting implementing legislation. Some States apparently do not provide any guidance to law enforcement authorities".¹¹¹

En virtud de todo lo expuesto, y a efectos de promover el mejor cumplimiento de las obligaciones que emanan del art. 36 de la CVRC se estima importante:

I) Que, atento a lo decidido tanto por la Corte IDH como por la CIJ, la notificación a la persona privada de la libertad en virtud del art. 36.1.b) en el sentido de que puede solicitar que se comunique su situación a la oficina consular de su Estado debe llevarse a cabo al momento del arresto (junto a la información que se brinda respecto de los derechos básicos con que cuenta) o al ser llevado al lugar de detención inicial, pero siempre en forma previa a la declaración ante la autoridad penal o contravencional; de esa manera se resuelven las dificultades mencionadas en el apartado correspondiente del presente trabajo.

¹¹¹ Ver página 12 de las Observaciones Escritas presentadas a la Corte IDH por los Estados Unidos de América en el marco del proceso de adopción de la OC 16. En la nota al pie número 7 correspondiente al párrafo transcrito se indica: "*Reporting from U.S. embassies indicates a wide range of practice among states in the Western Hemisphere other than Mexico and the United States. In Ecuador, for example, foreign nationals are not routinely informs of the option of consular notification, but INTERPOL routinely notifies embassies regardless of the detainee's wishes. In Colombia, law enforcement agencies in larger cities seem aware of the consular notification obligation, but authorities at the provincial and local levels frequently are not aware of it. Detained foreign nationals are not immediately informs of their right to have their consular officer notified of the detention, but specific requests by foreign detainees for communication with a consular officer are usually honored. Official notification can take 3 to 30 days. In Chile, requests by foreign detainees for consular notification are not always acted upon in a timely way. In Venezuela, detained foreign nationals are not routinely informed of their right to consular notification; when requested, delays in notification are substantial, and authorities seldom respond in writing to diplomatic protest.*"

- II) Que se lleve a cabo un relevamiento respecto de la aplicación del art. 36, no sólo con el objeto de detectar en detalle las dificultades en el cumplimiento de estas obligaciones por parte de los estados de la región (indicando cuáles son los procedimientos adoptados para informar respecto del derecho que surge del art. 36 1. b) y de que forma y en que plazos se lleva a cabo dicha notificación, así como las distintas acciones o políticas instrumentadas al respecto), sino también para analizar los obstáculos que han detectado los distintos funcionarios consulares, respecto de la asistencia consular a personas privadas de libertad en el extranjero (el relevamiento podría abarcar, entre otras cuestiones, a las prácticas y normativas adoptadas por los Estados que reciben, a la cantidad de nacionales privados de libertad en el extranjero, al conocimiento que dichas personas detenidas tengan respecto del derecho que les asiste a la notificación consular -a esos efectos se podrá administrar una encuesta sobre una pequeña muestra a fin de tomar conocimiento respecto de si fueron informados o no del derecho previsto en el art. 36 1 b, la demora en que se le informe dicho derecho, la notificación efectiva a la oficina consular, la posibilidad concreta para acceder a los detenidos, etc.-).
- III) Que se sistematice la información que surja del relevamiento indicado en el punto anterior con el objeto de realizar un diagnóstico preciso de las dificultades relativas a la aplicación del art. 36 de la CVRC, a efectos de formular las recomendaciones que permitan elaborar un plan de acción concreto tendiente a promover la medidas que permitan remover los obstáculos que se hayan identificado.
- IV) Que se diseñe y lleve a cabo un programa de capacitación básica respecto del alcance y obligaciones que emanan del art. 36 de la CVRC, dirigido a funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (policía de frontera, policías, funcionarios penitenciarios, funcionarios judiciales y funcionarios migratorios) así como a funcionarios consulares.
- V) Que se diseñe un material básico (cartilla) de difusión del alcance del art. 36 de la CVRC a efectos de ser distribuida masivamente, tanto en puestos de frontera, como en dependencias migratorias y policiales.
- VI) Que se diseñe y distribuya un afiche de difusión respecto del alcance del art. 36 de la CVRC a efectos de ser ubicados en lugares visibles en las distintas dependencias migratorias, policiales y carcelarias.
- VII) Que se formule un estudio tendiente a determinar la viabilidad de proponer la incorporación como causal de revisión de sentencias, el incumplimiento del art. 36 de la CVRC.