

LA PROTECCIÓN CONSULAR COMO DERECHO DERIVADO DE LA CIUDADANÍA¹

CONSULAR PROTECTION AS DERIVATIVE CITIZENSHIP LAW

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER

Catedrática de Derecho internacional privado. UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROTECCIÓN CONSULAR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: UN BALANCE. III. LA PROTECCIÓN CONSULAR POST LISBOA: REALIDADES Y PERSPECTIVAS: 1. Ámbito personal y condiciones de ejercicio del derecho. 2. Tipo de protección (ámbito material). 3. La organización de la protección consular y el Servicio Europeo de Acción Exterior.

I. INTRODUCCIÓN

Tal y como se contempla en el ordenamiento de la Unión Europea (UE) la protección diplomática y consular de los ciudadanos europeos como derecho asociado a la Ciudadanía (arts. 23 TFUE y 46 Carta de Derechos fundamentales de la UE), parece encajar con la concepción que ve en la Ciudadanía una construcción *sui generis*, alejada de los conceptos de Estado y nación, identidad nacional y nacionalidad, posnacional, basada en diversos niveles de asociación e identificación,

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación fundamental no orientada (Plan nacional I+D), DER 2010-204114-CO2-02 (subprograma JURI), 2011-2013, sobre «*Gobernanza y reforma internacional tras la crisis financiera y económica: el papel de la Unión Europea*».

siendo la nacionalidad cada vez más irrelevante²; por contraposición a quienes la entienden como una construcción supranacional que conlleva distintos niveles de identificación³ o incluso «un estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros» como afirmara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) desde el asunto *Grzelczyk*⁴. Lo cierto es que la Ciudadanía europea está dando a la protección diplomática y consular no solo una mayor visibilidad sino un valor añadido, por la distancia que se está estableciendo respecto a las formas de protección clásicas del individuo contempladas por el Derecho internacional⁵. Aunque ese avance depende de la (previsible) cristalización de los cambios que el Tratado de Lisboa⁶ posibilita y, por tanto, de que lleguen a término los desarrollos normativos *post* Lisboa que abran nuevas perspectivas en lo que se refiere a la organización y desarrollo práctico de este derecho de la Ciudadanía.

Con carácter previo parece útil destacar ciertos datos. En primer lugar, es el único derecho asociado a la Ciudadanía con proyección exterior, dado que está orientado a asegurar que la protección del ciudadano funcione cuando se halla en *países terceros* y en los que su país de origen no cuente con representación diplomática o consular, en las mismas condiciones que a los nacionales de la autoridad diplomática o consular a la que se dirijan⁷. En segundo lugar, llama la atención la variedad terminológica con la que se alude a este derecho, haciendo difícil una aproximación rápida a su contenido y efectos. Las locuciones «derecho a la protección diplomática y consular», «derecho a la protección consular», «asistencia consular», los ciudadanos «se beneficiaran de la protección diplomática y consular» «derecho a la protección por las autoridades diplomáticas y consulares» (esta última la más próxima a la noción), se utilizan con tal falta de rigor jurídico, sobre todo en los documentos de trabajo, que ponen en la pista sobre las dificultades políticas para alcanzar un acuerdo entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión en lo relativo al contenido y alcance con el que dotar a este derecho de la Ciudadanía.

² Sostenida por J. SHAW, *Citizenship of the Union: Towards post-national membership*, Academy of European Law, Florencia, 1995, referencia que tomo de C. BARNARD, *Substantive European Union Law*, Oxford Univ. Press, 2010, p. 417.

³ Una concepción más extendida, uno de cuyos representantes más destacados J. WEILER «The European Union belongs to its citizens: Three immodest proposals», *European Law Review.*, 22, 1997, p. 150.

⁴ STJUE de 20 septiembre 2001, asunto C-184/99.

⁵ Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 1961 y Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963 (*BOE* n° 56, de 6 de marzo de 1970). Asimismo España ha ratificado el Convenio Europeo sobre las Funciones Consulares, hecho en París el 11 de diciembre de 1967 (*BOE* n° 84, de 8 de abril de 2011) y está en vigor también para Georgia, Grecia, Noruega y Portugal.

⁶ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa, el 13 de diciembre de 2007, *DOUE* n° C 306/2001 de 17 diciembre 2007; versión consolidada, *DOUE*, n° C 115, de 9 mayo 2008.

⁷ Téngase en cuenta que, según los datos que disponemos, del total de los Estados miembros solo está representado en tres países: China, Rusia y EEUU.

Por último, al compás de las distintas fases de evolución de este derecho, resulta impresionante el interés que ha suscitado en la doctrina internacionalista española⁸, en la ciencia política⁹ o incluso entre los diplomáticos¹⁰; Desde la perspectiva del Derecho internacional privado ofrece interés explorar las posibilidades de que esta «protección diplomática y consular» sirva para resolver los problemas derivados de las situaciones privadas internacionales.

Este trabajo tiene por objeto ensamblar los resultados de la actividad normativa de la UE en este sector de problemas para decidir cuál sea el contenido y perspectivas de desarrollo del ejercicio de este derecho (III), aunque parece útil recordar los antecedentes en el ordenamiento de la UE (II). Para llegar a la conclusión, tal vez, de que es el único derecho de la Ciudadanía que experimenta un avance real desde las previsiones originarias.

II. LA PROTECCIÓN CONSULAR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: UN BALANCE

En el diseño inicial por el artículo 20 del Tratado de Maastricht (1992 e.v. 1993), la protección diplomática y consular tenía como rasgos característicos su naturaleza *subordinada*, de una parte, a la inexistencia de autoridades diplomáticas o consulares del Estado del país de la nacionalidad del interesado, como de otra, a la necesidad de que los Estados miembros establecieran «entre sí las normas nece-

⁸ Como se refleja en el importante número y calidad de los trabajos. *Vid.* entre otros, ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P., «La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la unión en el exterior», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 11, 2006, pp. 11-25; E. CRESPO NAVARRO, *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 365 ss.; C. JIMÉNEZ PIERNAS, «La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, 1993, pp. 9-49; *idem.* «Estatuto de ciudadanía y derecho de asistencia a los ciudadanos de la Unión Europea», *Derecho internacional y Tratado Constitucional Europeo* (ed. F. MARIÑO), 2006, pp. 449; D. LIÑÁN NOGUERAS, «La Ciudadanía de la Unión Europea», *El Derecho comunitario y su aplicación judicial* (dir. G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS/D. LIÑÁN NOGUERAS), Civitas, Madrid, 1993, pp. 271-293, espec. 290-292; E. PÉREZ VERA, «Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers», *Recueil des Cours Académie de Droit International*, t. 262 (1996), pp. 251-425; A. REY ANEIRO, «Hacia el reforzamiento de la dimensión exterior de la Ciudadanía Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 26, 2007, pp. 9-43; E. VILARIÑO PINTOS, «Representación exterior y cooperación diplomática y consular en el Tratado de la Unión Europea», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, n° 2, 1995, pp. 417-443

⁹ *Vid.* A. M. FERNÁNDEZ PASARÍN, «La dimensión externa del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia. El caso de la cooperación consular local», *Revista CIDOB d'Affers Internacionals*, n° 91, pp. 87-104.

¹⁰ *Vid.* F. ALVARGONZÁLEZ SANMARTÍN, «Protección diplomática y consular», *Comentarios a la Constitución Europea. Libro II (Derechos y libertades)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; M. GONZÁLEZ PLIEGO, «La Unión Europea y la actividad consular tras el Tratado de Lisboa. Aspectos jurídicos e institucionales», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 23, 2012, pp. 105-134.

sarias» (art. 20); de tal modo que no podía invocarse directamente¹¹, quedando condicionado su ejercicio, así como las tareas concretas a desenvolver por la autoridad diplomática o consular, al eventual contenido de tales acuerdos¹².

En desarrollo del artículo 20 del Tratado de Maastricht se adoptó la *Decisión 95/553 del Consejo, de 19 de diciembre de 1995, relativa a la protección de los ciudadanos de la UE por las representaciones diplomáticas y consulares*¹³, que sentaba las bases de esta nueva forma de protección de los ciudadanos de la UE y su funcionamiento. Establecía que los ciudadanos «se beneficiarán de» la protección consular de las representaciones diplomáticas y consulares de los Estados miembros, en países terceros que no cuenten con representación de su país, ni siquiera con Cónsul honorario (art. 1). De modo que lo más significativo es que no aparece la locución «derecho a» la protección diplomática o consular, cerrando el paso a cualquier identificación entre este derecho y las funciones asumidas por los Estados sobre la base del Derecho internacional, además de otras consecuencias. Eran requisitos la presentación por el interesado de documentación que acreditase que ostentaba la nacionalidad de un Estado miembro. Las modalidades de asistencia se referían a situaciones ciertamente excepcionales, individuales o colectivas, tales como accidentes, fallecimiento, detención, víctima de actos de violencia, socorro y repatriación (art. 5). La *Decisión 95/553* incorporaba asimismo algunas reglas uniformes relativas a compromisos de reembolsos de los gastos.

La doctrina convino sobre su carácter desvaído al no albergar realmente una protección diplomática y/o consular en sentido técnico-jurídico¹⁴, y esto no ha va-

¹¹ Cf. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P., «La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión en el exterior», *cit.* p. 13.

¹² Cf. E. VILARIÑO PINTOS, «Representación exterior y cooperación diplomática y consular en el Tratado de la Unión Europea», *cit.*, espec. p. 432, posibilitando una tesis de máximos, conforme a la cual, las autoridades podrían desarrollar cualquiera de las funciones asignadas a las autoridades diplomáticas y consulares conforme a los Convenios de Viena de 1961 y 1963 (*cf.* p. 433). Por otra parte, como es sabido, la introducción en el Tratado de Maastricht obedece a una propuesta española que cristalizó en el art. 8C pero en términos más restrictivos (*vid.* sobre este aspecto concreto, C. JIMÉNEZ PIERNAS, «La protección diplomática y consular del Ciudadano de la Unión Europea», *cit.* pp. 31-32).

¹³ DO n° L 314/73, de 28 diciembre 1995. No entró en vigor hasta 2002. Complementariamente se adoptó la Decisión 96/409, relativa al establecimiento de un documento provisional de viaje (DO n° L 168, de 16 de julio 1996).

¹⁴ Conforme al art. 3.1 de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones diplomáticas, las funciones de una misión diplomática son, entre otras, «proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional». Así, la *protección diplomática*, en el sentido tradicional, es la reclamación presentada por un Estado ante otro Estado como consecuencia del trato internacionalmente ilícito de que pueden haber sido objeto sus nacionales (*vid.* M. DIEZ DE VELASCO, «Reflexiones sobre la protección diplomática», *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional. Estudios en Honor del profesor Truyol y Serra*, vol. I, Madrid, 1986, pp. 384). Cada Estado protege diplomáticamente a sus nacionales frente a otros sujetos internacionales, los Estados, ante la comisión de un acto ilícito. Pero no es un derecho de la persona sino del Estado. Cabría distinguirla de la *asistencia diplomática*, orientada a la defensa de los nacionales en el extranjero, sin que medie necesariamente la comisión de un ilícito por otro Estado

riado en lo sustancial. Es cierto que se asemeja(ba) a la *asistencia consular* reservada en principio por el Derecho internacional a los propios nacionales¹⁵, y en este sentido, se afirmó que los Tratados no hacían sino «constitucionalizar» un tipo de protección que existía con anterioridad en el Derecho internacional, bien que ampliado el círculo de sus destinatarios¹⁶.

Es más, se cuestionó incluso su carácter innovador pues la protección de los nacionales de otros Estados miembros sin representación en países terceros, en situaciones extremas, existía en el ordenamiento de la UE¹⁷. Son punto de referencia las *Directrices para la cooperación de las misiones diplomáticas y consulares comunitarias en terceros países*, establecidas por el Comité Político, el 17 de mayo de 1984, así como las *Líneas de orientación para las misiones de los Diez en países terceros en caso de crisis política o catástrofe natural*, aprobadas el 12 de abril de 1985, que se habían llevado a cabo en la práctica (como así fue, por ejemplo, durante la Guerra del Golfo 1991-1992). Incluso con anterioridad, en el ordenamiento español, por la *Orden Circular del Ministerio de Asuntos Exteriores* nº 3078, de 5 de mayo de 1986, se comunica a Embajadas y Consulados la obligación de prote-

(p. ej. evacuación). Es pues «una función protectora que comprende tanto los derecho, intereses y bienes de los Estados, como los de sus nacionales que se hallan en el territorio del Estado receptor» (cf. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ/M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, *Curso de Derecho internacional Público*, 4ª ed, rev., Civitas, Madrid, 2008, p. 510). En cuanto a la *protección consular*, algunos autores han diferenciado netamente entre la *protección consular* y la *asistencia consular* (cf. A. MARESCA, *Las relaciones consulares*, (trad. H. MORALES FERNÁNDEZ), Madrid, 1968, p. 220); la *primera*, sería la acción del cónsul ante las autoridades en el extranjero, a favor de sus nacionales domiciliados en la demarcación consular, y que han recibido un trato indebido, (comprendido en art. 5 a) Convenio Viena Relaciones consulares de 1963); en cambio, la *asistencia consular*, englobaría toda una serie de actuaciones distintas por parte del cónsul, consistente en una ayuda general a sus nacionales (art. 5 a), e) y d) (cf. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ/M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, *Curso de Derecho internacional Público*, cit. p. 532). No presupone trato indebido como contempla en el art. 5 e): «prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía al cónsul, sean personas naturales o jurídicas»). P. ej. solicitar información a las autoridades competentes sobre cualquier incidente; asistencia ante tales autoridades, como gestiones, comunicaciones; asistencia ante los órganos judiciales o asistencia a nacionales detenidos o presos.

¹⁵ Vid en ese sentido: M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, «La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión en el exterior», cit. p. 18; C. JIMÉNEZ PIERNAS, «La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea», cit. espec. pp. 46-47; E. PÉREZ VERA, *Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers*, cit. pp. 381 y 383.

¹⁶ No obstante, los arts. 45 c) del Convenio de Viena sobre Relaciones diplomáticas de 1961, así como los arts. 8 y 27.1 c) y 2 b) del Convenio de Viena sobre Relaciones consulares 1963, contemplan que un Estado pueda representar los intereses de otro Estado a través de sus delegaciones diplomáticas y oficinas consulares.

¹⁷ Sobre los antecedentes en la práctica véase E. VILARIÑO PINTOS «Representación exterior y Cooperación Diplomática y Consular en el Tratado de la Unión Europea», cit. p. 431; C. JIMÉNEZ PIERNAS, «La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea», cit. pp. 35 ss; F. ALVARGONZÁLEZ SANMARTÍN, «Protección diplomática y consular», cit. pp. 1470-1471; E. PÉREZ VERA, «Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers», cit. pp. 384-387; A. REY ANEIRO, «Hacia el reforzamiento de la dimensión exterior de la Ciudadanía Europea», cit. espec. pp. 10-11.

ger a ciudadanos españoles y a los de Estados miembros de la UE que careciesen de representación, así como suministrar salvoconductos que les permitieran viajar a su país de origen¹⁸.

Con posterioridad, en el marco de las negociaciones del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, de 2005, la protección consular a que se refería el artículo I-10 no es objeto de debate. De modo que tras la citada *Decisión 95/553*, realmente hay que esperar a la amplia consulta que se abre con la publicación del *Libro Verde sobre la protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión en países terceros*, publicado por la Comisión el 28 de noviembre de 2006¹⁹, en el que se plantean las grandes opciones de cambio. Es, sin embargo, una cuestión desde el principio reiteradamente mencionada por sus resultados insatisfactorios, en los distintos Informes sobre la Ciudadanía Europea, y finalmente por «*El Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*»²⁰. Con distinta insistencia, todos estos textos apuntan si no a introducir cambios sustanciales en cuanto al contenido de la protección, sí al menos en articular los medios para hacer más efectivo el ejercicio de este derecho.

En el Tratado de Lisboa (2007 e.v. 2009) no se introducen nuevas modalidades de protección distintas de las recogidas por la *Decisión 95/553*. Sí, en cambio, incide claramente sobre las condiciones de ejercicio de ese derecho. Y esto porque, parece que en ningún momento se haya querido contemplar una forma de protección diplomática o consular derivada del Derecho internacional, sino una asistencia especial, *sui generis*, asociada a la ciudadanía europea²¹.

III. LA PROTECCIÓN CONSULAR POST LISBOA: REALIDADES Y PERSPECTIVAS

El Tratado de Lisboa marca un punto de inflexión y contribuye al desarrollo de esta dimensión de la ciudadanía en una triple dirección²². Aunque los resultados

¹⁸ Es un dato que recogemos de M. GONZÁLEZ PLIEGO, «La Unión Europea y la actividad consular tras el Tratado de Lisboa. Aspectos jurídicos e institucionales», *cit.* espec. p. 126.

¹⁹ *Vid.* «La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión en los terceros países» (*Doc COM (2006) 0767*). Son también ilustrativos: la Comunicación de la Comisión, de 5 diciembre 2007, sobre «Protección consular eficaz en los terceros países: la contribución de la UE» que preveía un Plan de acción para el periodo 2007-2009; así como la Resolución del PE sobre el mismo tema, de 11 de diciembre de 2007 (*DO n° C 323*, de 18 de diciembre 2008, p. 120).

²⁰ *Cf.* apart. 2.2, Documento del Consejo n° 17024/09, de 2 de diciembre de 2009. Asimismo *Vid.* «Informe sobre Protección consular para los Ciudadanos de la Unión Europea en terceros países: situación actual y perspectiva futura», *Doc COM (2011) 149 final*, de 23 de marzo 2011.

²¹ *Cf.* S. TOUZE, «Protection diplomatique et consulaire de l'Union Européenne», *Union Européenne et Droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, ed. Pedone, Paris, 2012, pp. 385 y ss. p. 390.

²² Con una visión premonitoria y bastante acertada, *vid.* A. REY ANEIRO, «Hacia el reforzamiento de la dimensión exterior de la Ciudadanía Europea», *cit. supra*.

sean provisionales por el momento, parecen relevantes ciertos datos a los que me referiré:

– En primer lugar, el Tratado de Lisboa impulsa el desarrollo normativo de este derecho. La trayectoria hasta la aparición de la *Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a la protección consular de los ciudadanos de la Unión en países extranjeros*, de 14 de diciembre 2011²³ no ha sido fácil. La protección diplomática y consular desarrollada por la *Decisión 95/553* fue interpretada de forma mayoritaria por juristas y por los propios Estados miembros como un ámbito perteneciente a la esfera intergubernamental, regulada por el Convenio de Viena de 1963 y no por el Tratado²⁴. Superar este estadio requería un impulso que únicamente la Comisión podía liderar. Esto explica la introducción de un párrafo 2 en el artículo 23 TFUE, con el que se abre la posibilidad de que la Comisión formule propuestas normativas y con éstas, medidas de coordinación y cooperación (conforme al art. 17 TUE)²⁵, que cristaliza en la citada *Propuesta de Directiva de 2011*, aprobada por la Comisión y el Parlamento Europeo, bien que aún pendiente en el Consejo. La consecuencia inmediata es que se detrae de la competencia exclusiva de los Estados la organización del ejercicio del derecho. Pero el elemento clave para comprender parte de los cambios reside en la organización del ejercicio de este derecho: si inicialmente recaía de manera exclusiva sobre los Estados, a quienes correspondía alcanzar acuerdos para la colaboración entre las distintas representaciones diplomáticas y consulares, se traslada ahora a una organización liderada por la Comisión de la UE y llamada a imponerse con alcance uniforme a todos los Estados miembros.

– En segundo lugar, alguna consecuencia entraña la inclusión de este derecho en la *Carta de Derechos fundamentales de la UE* de 2000 (art. 46) que, incorporada al Tratado, alcanza ahora su plena eficacia jurídica.

– Finalmente, el Tratado de Lisboa es determinante de la creación del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE)²⁶. Así, por la *Decisión del Consejo de 26 de junio de 2010, se establece la organización y funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior*²⁷, se institucionaliza una nueva estructura de representación y acción de la UE en el exterior, con un enorme potencial de cara a la asistencia consular de los ciudadanos de la UE en países terceros en la medida en que asuma

²³ *Doc COM* (2011) 881 final.

²⁴ Así consta en Documento de trabajo Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de interior PE, sobre la protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión en terceros países, de 13 de junio 2007.

²⁵ Nótese que en el artículo 22 TFUE se mantiene el mandato de que los Estados miembros «tomarán las disposiciones necesarias».

²⁶ Sobre sus antecedentes pueden consultarse F. ALDECOA LUZARRAGA/M. GUINEA LLORENTE, *La Europa que viene: el Tratado de Lisboa*, M. Pons, Madrid, 2008, pp. 221-225; C. GUTIÉRREZ ESPADA/M. J. CERVELL, *La adaptación al Tratado de Lisboa (2007) del sistema institucional decisorio de la Unión, su acción exterior y personalidad jurídica*, Comares, Granada, 2010 pp. 75-96.

²⁷ *DOUE* nº L 201/30, de 3 agosto 2010.

funciones consulares. Por el momento la situación es provisional, pendiente como está la posibilidad de ampliar las tareas a asumir por el SEAE²⁸.

Veamos a continuación los elementos de transformación que aportan los instrumentos jurídicos en vigor y, prospectivamente, los que aún se hallan en fase de gestación.

1. Ámbito personal y condiciones de ejercicio del derecho

Las innovaciones introducidas o en curso en el desarrollo post Lisboa pueden examinarse al hilo de los sujetos intervinientes en los supuestos de la protección consular asociada a la Ciudadanía.

– *Titular de la obligación.* En la *Propuesta de Directiva* de 2011 son los Estados miembros los titulares de la obligación de dispensar la protección diplomática y consular en los términos previstos. Es el triunfo del modelo basado en el «Estado líder», sostenido por los Estados grandes, como Francia y Reino Unido²⁹, frente al modelo propuesto por la Comisión, orientado a atribuir funciones consulares a sus oficinas de representación o incluso a las delegaciones de la UE³⁰. En la opción entre un modelo horizontal frente a un modelo centralizado, por el momento triunfa el primero.

La protección la prestan los Estados miembros con representación en país tercero (art. 1). La *Propuesta de Directiva* plantea dos incógnitas. Una, provocada por la ausencia de referencia a la necesidad de alcanzar algún tipo de acuerdo o por lo menos, obtener el consentimiento del país receptor para ejercer la protección respecto de personas que no ostenten la nacionalidad del Estado acreditante³¹. Otra, derivada de la referencia al principio de no discriminación en el tratamiento de los no nacionales, al establecer el ejercicio del derecho a la protección «*en iguales condiciones que los nacionales de este Estado miembro*», es decir, del Estado miembro que protege (art. 1. último inciso). En la práctica debiera traducirse en la igualdad de trato en el acceso y en el procedimiento del nacional sin representación, y en ese

²⁸ Vid. *infra*. Apart. III.3. Doc. Parlamento Europeo, Directorate-General for External Policies, «The Role of the European External Action Service in Consular Protection and Services for the EU Citizens», January 2013 (Consular Protection PE 433808).

²⁹ Vid. Doc. Consejo 10715/07 (2007) sobre el «Concepto de Estado líder».

³⁰ Vid. *Libro Verde sobre la Protección Diplomática y Consular*, *cit. supra*.

³¹ Según los autores, un problema clásico del Derecho internacional, cuya solución pasaría por la conclusión de acuerdos bilaterales con el país de recepción (*cf.* D. LIÑÁN, «La Ciudadanía de la Unión Europea», *cit.* p. 291) o por lo menos a obtener el consentimiento del Estado receptor (*cf.* A. REY ANEIRO, «Hacia el reforzamiento de la dimensión exterior de la Ciudadanía Europea» *cit.* p. 27), o al menos una notificación al Estado receptor, conforme al art. 8 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (*cf.* M. GONZÁLEZ PLIEGO, «La Unión Europea y la actividad consular tras el Tratado de Lisboa», *cit.* p. 113).

sentido, es una cláusula recordatoria³², dado que la igualdad material (los derechos y obligaciones concretos) vienen establecidas por la Directiva³³.

– *Titularidad del derecho.* Son titulares del derecho los ciudadanos de la UE, quedando subordinado su disfrute y ejercicio a la doble condición de que los supuestos tengan lugar en países terceros y que el Estado del que es nacional el beneficiario carezca de representación (art. 2.1). Se asimila la falta de representación a la existencia de representación del país del que es nacional el interesado, cuando ésta *no resulte accesible* (art. 3.1), entendiéndose que las representaciones de los Estados miembros son accesibles cuando pueden prestar una protección efectiva y *se puede llegar a ellos con seguridad tras un trayecto y un viaje razonables* (art. 3.2); tampoco resulta accesible *si están cerrados temporalmente en una situación de crisis* (art. 3.2, segundo). Este es el supuesto de la norma, restrictivo sin duda. Pero esta imagen se amplifica, si se tienen en cuenta otros aspectos del contenido material de esa asistencia y la organización de su ejecución.

En primer lugar, se extiende a los familiares del ciudadano que no posean la condición de ciudadanos de la UE, aunque no se especifica el grado de parentesco. Quedarían fuera las situaciones de hecho (p. ej. parejas de hecho). Nótese que por el ámbito personal la protección consular asociada a la ciudadanía se diferencia de los mecanismos tradicionales de protección del Derecho internacional, siempre basados en la nacionalidad. Al tomar la ciudadanía como fundamento de la obligación de asistencia, haciendo extensivo dicho beneficio incluso a familiares originarios de países terceros, la *Propuesta de Directiva* es expresión en este punto de una tendencia orientada a colocar a la persona en el centro del sistema internacional; o, como se ha dicho, a dispensar *una protección por afinidad*, es decir, no basada en la nacionalidad (al igual que ocurre en la protección por motivos humanitarios³⁴). En segundo lugar, se ha flexibilizado la segunda condición (ausencia de embajada o consulado del país de la nacionalidad del interesado), al asimilar la ausencia con la imposibilidad de acceder al establecimiento del país de la nacionalidad de origen, de modo que ya no es un derecho absolutamente subsidiario³⁵.

– La *Carta de Derechos Fundamentales de la UE* introduce otros elementos de cambio al perfilar los contornos de esta forma de protección. Cierto es que con an-

³² De hecho la exigencia de no discriminación ya estaba presente en la *Decisión 95/553* así como en el Derecho originario y en el art. 46 Carta de Derechos fundamentales de la UE.

³³ Y es que aunque la Directiva introduce una regulación material de supuestos y obligaciones que han de asumir las autoridades nacionales, es sabido que como instrumento de regulación las Directivas siempre dejan un margen de apreciación a los Estados. Ese grado de indeterminación se acentuará con las diferencias en la transposición de la Directiva por parte de cada Estado miembro, a lo que hay que agregar las divergencias ya existentes.

³⁴ Cf. E. CRESPO NAVARRO, *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho internacional*, pp. 365 ss.; C. JIMÉNEZ PIERNAS «Estatuto de ciudadanía y derecho de asistencia a los ciudadanos de la Unión Europea», *cit.* p. 458.

³⁵ Cf. A. A. Rey Aneiros, «Hacia el reforzamiento de la dimensión exterior de la Ciudadanía Europea», *cit.* p. 19.

terioridad ya podía caracterizarse como un derecho individual y autónomo respecto a las previsiones nacionales, si proyectamos la temprana doctrina del TJUE en el asunto *Van Gend&Loos*³⁶. La Carta refuerza la posición del ciudadano en distintas direcciones. El artículo 46 hace referencia a la posibilidad del ciudadano de «*acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de ese país*» (art. 46), y no tanto a un *derecho a la protección* diplomática y consular³⁷. En clave política se ha dicho que es expresión de la solidaridad europea en el exterior³⁸. Jurídicamente sería preferible ver una manifestación más del principio de no discriminación³⁹. Ahora bien, no se contempla como un derecho de valor análogo a los derechos de libertad e igualdad proclamados en los artículos precedentes, sino como un *derecho derivado de la ciudadanía*⁴⁰. Como quiera que además es un derecho regulado por el Tratado, se ha sostenido el valor «retórico»⁴¹ de la Carta, dado que el artículo 52.2 establece que «*los derechos reconocidos por la presente Carta que tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la UE... se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos*», esto es, una cláusula de remisión al Derecho originario (y a los actos normativos del derecho derivado que eventualmente lo desarrollen) al que está sometida la protección de los ciudadanos en el exterior⁴².

Pues bien, el hecho de que no se refiera al «derecho a» y, por tanto, resulte imposible una caracterización de esta forma de protección de la persona como un derecho fundamental, no debe llevar a minimizar la importancia de su incorporación a la Carta. En primer lugar, interpretado en conexión con el ámbito de aplicación de

³⁶ STJUE de 5 de febrero 1963, asunto 26/62, en el que el TJUE afirmó que «el *Derecho comunitario*, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de *los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico*».

³⁷ Cf. M. GONZÁLEZ PLIEGO, «La Unión Europea y la actividad consular tras el Tratado de Lisboa. Aspectos jurídicos e institucionales», *cit.* p. 112.

³⁸ Cf. A. MANGAS MARTÍN «Artículo 46», *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (dir. A. MANGAS MARTÍN; Coord. L. N. GONZÁLEZ ALONSO) ed. Fundación BBVA, 2008, pp. 731 y ss.

³⁹ Cf. C. JIMÉNEZ PIERNAS «Estatuto de ciudadanía y derecho de asistencia a los ciudadanos de la Unión Europea», *cit.* p. 455.

⁴⁰ Cf. S. TOUZE, «Aspects récents (et choisis) de la protection consulaire des citoyens de l'Union Européenne», *Revue des Affaires Européennes*, 2011, nº 1, pp. 79 ss. espec. p. 83; favorable a una calificación como derecho fundamental A. REY ANEIROS, «Hacia el reforzamiento de la dimensión exterior de la Ciudadanía Europea», *cit.* p. 16.

⁴¹ Cf. E. LINDE «La libertad de circulación de los ciudadanos europeos: los nuevos retos más allá de la supresión de los controles fronterizos», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013, pp. 153-174, espec. p. 159.

⁴² Cf. E. LINDE, «El ámbito de aplicación: el talón de Aquiles de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 15, 2008, pp. 27-44, espec. 31-32.

la Carta, el artículo 51.1 establece que las disposiciones de esta Carta están «*dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión..., así como a los Estados miembros. Unos y otros promoverán su aplicación con arreglo a sus respectivas competencias*». Cabe afirmar pues, que el artículo 46 de la Carta obliga a las autoridades de la UE así como a las autoridades nacionales, desde el entendimiento de que éstas tienen el deber de velar por el respeto de los Derechos fundamentales recogidos en la Carta en los ámbitos que sean de su competencia⁴³. Es por tanto uno de los derechos de Ciudadanía susceptibles de ser ejercidos *frente a* los Estados miembros⁴⁴. Prescripción que debe ser conforme con el principio de cooperación leal, tal y como ha sostenido el Tribunal de Justicia en el *asunto Byankov*, pues corresponde a todas las autoridades de los Estados miembros garantizar el respeto de las normas jurídicas de la Unión en el ejercicio de sus competencias⁴⁵. En segundo término, parece innegable su *eficacia directa*. Aunque el artículo 22 TFUE mantiene la referencia a la intervención de los Estados en su desarrollo, de prosperar la *Propuesta de Directiva* se tratará de un derecho directamente invocable por los particulares, al margen de la intervención de los Estados miembros en la organización de procedimientos de cooperación local. Cosa distinta es que con ésta se delimita definitivamente el ámbito material y personal del derecho. Y, finalmente, el TJUE es competente en la interpretación de su aplicación, dado que lo es para controlar los actos nacionales de aplicación del Derecho de la Unión⁴⁶.

En adelante, el ciudadano no solo contará con un «doble estándar de derechos»⁴⁷ respecto a la protección diplomática y consular clásicas⁴⁸ junto a las que ésta está llamada a coexistir. Además, la Carta asegura que los derechos (fundamentales) reconocidos al ciudadano puedan ser efectivamente garantizados en un Estado extranjero en el que se encuentra el ciudadano de la UE y en el que su país de origen carece de representación⁴⁹. En particular, por una parte, refuerza la no discriminación en cuanto al tipo y alcance de asistencia a recibir y, por otra, refuerza el derecho a la vida familiar y los derechos del menor contemplados en los artículos precedentes.

⁴³ Cf. A MANGAS MARTÍN, «Artículo 51», *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, cit. p. 811.

⁴⁴ En este sentido, cf. E. LINDE, «El ámbito de aplicación: el talón de Aquiles de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», cit. p. 34.

⁴⁵ STJUE de 4 de octubre de 2012, asunto C-249/11.

⁴⁶ Cf. A. MANGAS MARTÍN, «Artículo 51», *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, cit. p. 817.

⁴⁷ Cf. en este sentido C. JIMÉNEZ PIERNAS, «Estatuto de ciudadanía...», cit. p. 453.

⁴⁸ Que, por lo demás, era una facultad discrecional del Estado (cf. C. JIMÉNEZ PIERNAS, «La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea», cit. p. 25 y referencias).

⁴⁹ Cf. S. TOUZE, «Aspects récents (et choisis) de la protection consulaire des Citoyens de l'Union Européenne», cit. espec. p. 84.

2. Tipo de protección (ámbito material)

Cosa distinta de lo anterior son las prestaciones que los Estados miembros con representación pueden dar o las que los ciudadanos sin representación pueden esperar. Como ya se ha indicado al principio, en lo sustancial en este punto nada ha variado y las tareas o funciones asignadas en la *Decisión 95/553* y ahora en la *Propuesta de Directiva de 2011* encajan, como ha indicado la doctrina, con la llamada asistencia consular en el Derecho internacional. Ahora bien, comparativamente la asistencia aquí es más restrictiva.

En efecto, del estudio de los distintos documentos de trabajo, entre líneas, puede descubrirse que el legislador no está pensando en los problemas de los ciudadanos *residentes* en el exterior sino en ciudadanos *desplazados temporalmente* con motivo de un viaje. La cuestión es relevante dado que, como es obvio, poco tienen que ver los problemas de un residente con intención de permanencia con los que pueden surgir en el transcurso de un viaje. Ambos tipos de desplazamiento pueden demandar del Estado ese deber de asistencia general que contempla el artículo 5 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares: (a) deber general de protección de los propios nacionales; así como (e) ayuda y asistencia; y (d) extender pasaportes y títulos de viaje. Pero el residente en el extranjero puede requerir otro tipo de asistencia cualificado, de índole jurídica, que no tiene cabida en el marco de la *Propuesta de Directiva de 2011*.

En efecto, el *tipo de asistencia* establecido por el artículo 6 de la *Propuesta de Directiva*, en principio, está delimitado por las circunstancias de mayor urgencia y necesidad en las que se puede encontrar cualquier persona en el exterior, afectada bien con alcance individual, bien en el contexto de situaciones colectivas (p. ej. caso de guerra o catástrofes naturales). La regulación combina «situaciones» con «prestaciones» o tareas que debe desarrollar la autoridad consular local. Así, contempla los supuestos de 1) arresto o detención, 2) ser víctima de un delito, 3) accidente o enfermedad grave, 4) fallecimiento, 5) ayuda y repatriación en caso de desgracia y 6) expedición de documentos de viaje provisionales.

La tarea que asumirían las autoridades diplomáticas y consulares puede resumirse, por una parte, en un deber general de *cooperación estrecha y coordinación*, entre sí y con la Unión (art. 7.1). En particular, tienen un amplio *deber de información* en distintas direcciones (a Estados, a familiares, etc., arts. 8 a 11); eventualmente, dotar de anticipos financieros (arts. 12-13).

Por el tipo de supuestos recogidos cabría pensar que las funciones serían análogas a algunas de las recogidas por el artículo 5 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares. Únicamente en supuestos de arrestos o detenciones se prevé una cierta intervención *ante* las autoridades del tercer Estado (p. ej. art. 8.1 a) y art. 8.4). Desde esta perspectiva las funciones o tareas consulares asignadas por la regulación europea no coinciden, por ser mucho más restrictivas, con las previstas por el Derecho internacional⁵⁰.

⁵⁰ Aunque en los años noventa, con anterioridad a la Decisión de 1995, esta limitación funcional no parecía tan clara (vid. E. VILARIÑO PINTOS, «Representación exterior y Cooperación diplomática y consular...», *cit. espec.* p. 433).

En principio, es una lista cerrada de supuestos y de tareas a asumir. Ahora bien, la Exposición de Motivos especifica que «*la protección consular no debe limitarse a las circunstancias específicamente mencionadas*», y el artículo 17 prevé que los Estados «*puedan introducir o mantener disposiciones más favorables siempre que sean compatibles con la presente Directiva*». Además, algunas de las situaciones contempladas son cláusulas abiertas; por ejemplo, qué duda cabe que bajo los términos «accidente» o «desgracia», como quiera que tienen cabida todos los supuestos de catástrofes humanas y naturales, las tareas a asumir por los Estados podrían ampliarse en la transposición de la *Propuesta de Directiva*⁵¹. Es, por otra parte, el campo en el que los acuerdos entre Estados pueden provocar ampliaciones y un mayor grado de concreción⁵².

Además, están excluidas las funciones consulares vinculadas con las situaciones privadas de tráfico externo como las contempladas en el artículo 5, apartados f), g), h) e i) del Convenio de Viena de 1963. Estas serían funciones notariales (p. ej. para el otorgamiento de documentos públicos), registrales (p. ej. para la inscripción de nacimiento o matrimonio) y jurisdiccionales (p. ej. incapacitaciones), en favor de los propios nacionales. La intervención más próxima a la *asistencia jurídica consular* se apunta únicamente en los supuestos de fallecimiento. Dado que la asistencia consular en tal supuesto lleva aparejada la carga de obtener certificados de fallecimiento, médicos y salvoconductos, la *Propuesta de Directiva de 2011* establece la posibilidad de que las autoridades diplomáticas y consulares los obtengan de las autoridades locales (art. 11), pero no de expedirlos directamente.

No es probable que vayamos a ver de modo inmediato una ampliación de tareas consulares en el ámbito jurídico, que sirvan para resolver algunos problemas derivados de las situaciones privadas internacionales. La asistencia jurídica o la defensa de la posición jurídico-privada de los ciudadanos de la UE no se encuentra entre las prioridades inmediatas de la Unión⁵³. Las expectativas más realistas podrían centrarse en el ámbito de la emisión de visados, tarea propia de asistencia consular que estaría condicionada, claro es, al desarrollo de una Política de extranjería común todavía en sus albores, aunque exista la base competencial suficiente (art. 67 TFUE).

La conclusión negativa se impone y es coherente con la situación actual de la Unión Europea. La ausencia de una autoridad extraterritorial que vaya a ostentar poderes notariales, registrales y jurisdiccionales para resolver ciertos problemas derivados de las relaciones privadas internacionales depende del camino hacia una mayor integración, siempre en proceso. Mientras éste discurra de la mano de los Estados nacionales, tiene todo el sentido su exclusión:

⁵¹ La Directiva prevé que los Estados puedan introducir *disposiciones más favorables* en la transposición (art. 17). Es, por tanto, una cláusula evolutiva, que permitiría avanzar.

⁵² Así parece que viene ocurriendo en la práctica (cf. F. ALVARGONZÁLEZ SANMARTÍN «Protección diplomática y consular», *cit.* p. 1483).

⁵³ Véase el Documento PE «The Role of the European External Action Service in Consular Protection and Services for the EU Citizens», *cit. supra* nota 27.

En primer lugar, porque la asistencia jurídica consular (en el sentido del art. 5, apdos. f), g) y h) del Convenio de Viena de 1963) se proyecta eventualmente sobre cuestiones de estado civil, derecho de familia y sucesiones. Los aspectos de derecho material en todas estas materias están fuera del ámbito material de aplicación de los Tratados hasta el presente momento. Son muy señaladas las excepciones, fundamentadas en un cierto principio de continuidad del estado civil como una exigencia aparejada a la libertad de circulación de las personas⁵⁴, y por consiguiente, solo para las situaciones *intra* europeas (derecho al *nombre* y reconocimiento e inscripción sentencias de *divorcio* dictadas sobre la base del R nº 2201/2003). Si la UE carece de una competencia «interna» para regular en estas materias, resulta impensable que las autoridades de los Estados miembros en el exterior y en el ejercicio de unas obligaciones impuestas por el ordenamiento de la UE (asistencia consular a ciudadanos sin representación) puedan desempeñar una actividad sobre una materia no regulada por el Derecho de la UE dada su falta de competencia.

Aun en la hipótesis en que cristalizaran los *puntos de asistencia consular común* previstos en la *Propuesta de Directiva de 2011* y por tanto se fundamentase la intervención de las autoridades consulares y/o del SEAE, y en tal caso se vieran asignadas funciones de asistencia consular en materia registral, notarial y de jurisdicción voluntaria (*lex auctoritatis*)⁵⁵, todavía quedaría por salvar el escollo que comporta la ausencia de una *lex fori europea*⁵⁶ que constituya el marco sistemático de respuestas jurídicas. El ordenamiento de la UE es, sobre todo, un Derecho público de la economía. Es insuficiente en los aspectos de derecho material relativos a persona, familia y sucesiones, de modo que su funcionamiento completo no puede

⁵⁴ Afirmado en la jurisprudencia del TJUE en reiteradas ocasiones a partir de su Sentencia en el asunto *Micheletti*, STJUE de 7 de julio 1992, as. C-369/90.

⁵⁵ Hipótesis ésta poco verosímil dado que, incluso para las situaciones intraeuropeas, los Estados mantienen casi intactas sus competencias en la regulación del desempeño de actividades que, como la fe pública o la función registral, se insertan en el corazón de la soberanía. Piénsese por ejemplo cómo la actividad notarial quedó fuera del ámbito material de aplicación de la *Directiva 2006/123, Relativa a los Servicios en el mercado interior*, de 12 de diciembre 2006 (DOUE nº L 376, de 27 diciembre 2006) La función registral tampoco anda a la zaga en esta misma tendencia. Por poner un ejemplo, el *Reglamento nº 650/2012 relativo a la competencia judicial internacional, ley aplicable, cooperación de autoridades y reconocimiento de decisiones en materia de sucesiones y de certificado sucesorio europeo* (DOUE nº L 2012, pág. 107), excluye de su ámbito todos los aspectos registrales que puedan derivar de la transmisión *mortis causa*, sujetos al derecho de cada Estado miembro y, en particular, a aquel en el que se sitúe el Registro en el que debe constar la transmisión hereditaria. Si, por razones múltiples, hay una resistencia a regular el ejercicio de dicha actividad por el Derecho de la UE y para las relaciones jurídicas que discurren en el interior de la Unión, con más motivo resulta hoy impensable que una autoridad consular de un Estado miembro o el SEAE vaya a desempeñar entre las tareas consulares, la prestación de servicios notariales o registrales o judiciales en países terceros. Es más, en las perspectivas de avance y reforma del SEAE en materia consular, precisamente la representación española sostuvo que el SEAE debe colaborar en materias consulares sin inmiscuirse en las cuestiones de soberanía de los Estados (cf. «The Role of the European External Action Service in Consular Protection and Services for EU Citizens», p. 7, *cit supra*. nota 27).

⁵⁶ Cf. G. BADIALI, «Le droit international privé des Communautés Européennes», *R. des C.*, 1985, vol 191, pp. 19-180, espec. p. 41.

desarrollarse sin el concurso de los ordenamientos nacionales. En estas condiciones, se ha dicho, la única reglamentación de Derecho privado aplicable es la de los ordenamientos nacionales⁵⁷.

Ahora bien, tal vez cabe una aproximación más matizada en supuestos sujetos al Derecho internacional privado (DIPr) y sus mecanismos de solución. El desempeño de una función jurídica por parte de las autoridades de Estados miembros con representación en países terceros respecto de ciudadanos de la UE puede hallar algún motivo de justificación. Y es que, como las diferencias materiales en el ámbito personal y familiar están llamadas a persistir, superar la diversidad ha exigido normas de DIPr de la UE que permitan resolver con alcance uniforme los conflictos derivados de la vinculación de las situaciones jurídico-privadas con dos o más ordenamientos nacionales⁵⁸. El problema de la diversidad jurídica material en el interior de la Unión Europea se está solventando con un *DIPr uniforme*⁵⁹ que obliga a las autoridades judiciales y no judiciales de los Estados miembros, sin distinción entre autoridades territoriales y extraterritoriales.

Siendo esto así, el DIPr de la Unión vincularía a las autoridades extraterritoriales (v.gr. cónsules). Tal vez por ello habría que empezar a pensar que la asistencia jurídica consular debiera extenderse a ciertas situaciones, en las que la urgencia y la necesidad de intervención jurídica son incuestionables. Me refiero, por ejemplo, a los supuestos de *secuestro internacional de menores*, sujetos al Reglamento nº 2201/2003 y por remisión desde éste, al Convenio de La Haya de 1980 en esa misma materia, que instaura un sistema de cooperación de autoridades orientado a facilitar la restitución del menor al país de su residencia habitual desde el que hubiere sido desplazado⁶⁰. En distinto plano, hay otro tipo de tareas típicamente consulares, como son la *legalización y funciones análogas* sobre documentos públicos que hayan sido expedidos en países terceros. Es más, en este mismo sector, en un futuro próximo podrían verse obligados a aceptar como formalmente váli-

⁵⁷ Cf. G. BADIALI, «Le droit international privé des Communautés Européennes» *cit.* p. 44.

⁵⁸ El desarrollo de un DIPr de la UE encuentra su punto inicial realmente en el art. 65 del Tratado de Amsterdam (1996) en vigor desde 1998 y en todos sus desarrollos posteriores, consolidándose definitivamente con el Tratado de Lisboa (art. 81 TFUE) y ha dado lugar a un cambio de óptica radical en los planteamientos originarios. Se ha renunciado a la uniformidad material. Al contrario, las diferencias materiales deben subsistir (art. 67.1 TFUE) y ello supone que prevalecerán, por ejemplo, distintas concepciones normativas sobre el divorcio, pues no está en las previsiones la adopción de un Código civil europeo y por tanto no habrá una *lex civilis fori* europea.

⁵⁹ Técnicamente la idea es promover lo que se ha denominado con cierta imprecisión la *Cooperación judicial civil* (art. 81. 2 TFUE) como uno de los ámbitos del *Espacio de Libertad, seguridad y justicia* (art. 67 TFUE).

⁶⁰ Todos los Estados miembros han ratificado este Convenio. En unos Estados la Autoridad central opera desde el Ministerio de Justicia (caso de España) y en otros desde el Ministerio de Asuntos Exteriores. Además, conforme al art. 7 del Convenio las Autoridades centrales pueden «delegar» competencias. ¿Por qué no en las autoridades consulares? Y si no existe representación consular en país tercero ¿por qué no en las autoridades diplomáticas o consulares de Estados miembros de la UE con representación?

dos los documentos públicos otorgados por autoridades de otros Estados miembros; sobre todo, vista la Propuesta de *Reglamento* 2013/0119 (COD), del Parlamento Europeo y del Consejo, *tendente a favorecer la libre circulación de los ciudadanos y las empresas simplificando la aceptación de determinados documentos públicos en la Unión Europea (modificando el reglamento (UE) n° 1024/2012)*, que tiene por objeto la supresión de legalización y otras exigencias extrínsecas análogas. Comprende los documentos relativos al estado civil, así como otros documentos públicos determinantes para el desarrollo de actividades económicas (relativos a sociedades, propiedad y derechos de la propiedad intelectual) y el relativo a antecedentes penales. ¿No podrían las autoridades consulares con representación aceptar la certificación registral en la que conste el nacimiento del ciudadano de la UE sin representación? ¿O la certificación el documento por el que se acredite la ausencia de antecedentes penales?

Hay, pues, todo un tipo de tareas que facilitarían enormemente la vida del ciudadano de la UE sin representación de su país de origen. Ahora bien, articular cualquiera de estas propuestas supone hacer frente a dos problemas: uno, político, y es la aversión de ciertos Estados miembros a la ampliación de la intervención consular en este tipo de funciones; otro, de formación de los propios agentes consulares. El segundo tiene más fácil solución que el primero.

En suma, la *Propuesta de Directiva de 2011* contempla la intervención de autoridades diplomáticas y consulares en países terceros, en situaciones individuales o colectivas en las que concurre urgencia y/o necesidad, previéndose la asignación a las autoridades consulares locales de funciones de variada índole pero sobre todo administrativa, que presuponen buenos canales de comunicación entre los Estados miembros con representación así como con los Estados receptores.

3. La organización de la protección consular y el Servicio Europeo de Acción Exterior

La *Propuesta de Directiva de 2011* permite al interesado *escoger* la embajada o consulado ante el que solicitar la protección (art. 4.1) que, en todo caso, corresponderá a las autoridades diplomáticas y consulares de los Estados miembros (art. 7). Se organiza un «*Procedimiento de Cooperación local*», consistente en lo esencial en un procedimiento de intercambio de información sobre ciudadanos sin representación (art. 14)⁶¹; y junto a este mecanismo «preventivo», se introduce otro para las situaciones de crisis, también llamado «*Mecanismo del Estado principal*» (o Estado

⁶¹ Otro dato que llama la atención es la ausencia de toda referencia a un registro «europeo» de inmatriculación, aunque la inscripción en el registro consular suela ser de naturaleza voluntaria (cf. A. MARESCA, *Las relaciones consulares*, cit. pp. 253 ss), lo cual confirmaría que el legislador está pensando en ciudadanos en tránsito en el país tercero, no en los residentes.

líder), conforme al cual, uno o varios Estados expresan su voluntad de ser Estado principal, asumiendo como función la de coordinar y dirigir la asistencia así como la evacuación, llegado el caso (art. 16).

Introduce asimismo una regulación muy exhaustiva sobre el reembolso de los gastos ocasionados, una cuestión clave desde la perspectiva de los intereses de los Estados eventualmente implicados. El reparto de costes se organiza distinguiéndose entre situaciones «normales» en las que, en último término, el Estado que dispensa la protección avanza el gasto y recobra del Estado de origen del nacional, previo compromiso de reembolso del nacional (art. 12). Por contraposición a éstas, en las situaciones «de crisis» el Estado de origen asume los gastos (gastos de evacuación u otra ayuda necesaria (art. 13), y se establece por tanto una relación entre éste y el Estado o Estados que hayan afrontado la situación.

¿Qué aporta a esta incipiente organización el nacimiento y consolidación del SEAE?⁶² La intervención plena, asumiendo tareas consulares en el sentido de la *Propuesta de Directiva de 2011*, supondría el triunfo de la posición de la Comisión y la superación del modelo clásico, horizontal, para pasar a un modelo centralizado por la UE. Pero la situación no es aún tan clara. Como es sabido el SEAE se instaura por la *Decisión del Consejo de 26 de junio de 2010, por la que se establece la organización y funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior*⁶³. Cuenta con una estructura doble, compuesta por una administración central en Bruselas y las delegaciones de la UE ante terceros países y organizaciones internacionales (art. 1.4) suscitando no pocas interrogantes en cuanto a su naturaleza jurídica y sus poderes, cuyo tratamiento rebasa ampliamente el propósito y los límites de este trabajo⁶⁴. España ha hecho

⁶² Sobre sus antecedentes y evolución, además de los trabajos *cit. supra* nota 25, *vid.* F. ALDECOA LUZARRAGA, «La Diplomacia Común Europea: un instrumento para una Política exterior alternativa, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Univs. Córdoba-Sevilla-Málaga, t. I, Sevilla 2005, pp. 117-137; J. M. SOBRINO HEREDIA, «La actividad diplomática de las delegaciones de la Comisión en el exterior de la Comunidad Europea», *Revista de Instituciones Europeas*, 20, nº 2, 1993, pp. 485 ss.

⁶³ Sobre sus aspectos fundamentales entre otros, *vid.* M. GUINEA LLORENTE, «El Servicio Europeo de Acción Exterior: génesis de una Diplomacia Común europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 37, 2010, pp. 761-800; C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, «La adecuación del Servicio Europeo de Acción Exterior a los retos globales de la UE: unas reflexiones en clave crítica», *Revista General de Derecho Europeo*, 23, 2010, pp. 3 ss.; C. PÉREZ BERNÁRDEZ, «Un órgano *in statu nascendi*: El Servicio Europeo de Acción Exterior Post Lisboa», *Innovación y Conocimiento. IV Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales* (dir. J. M. SOBRINO HEREDIA), AEPDIRI-M Pons, 2010, pp. 457-469; J. SANTOS VARA, «El Servicio Europeo de Acción Exterior: un nuevo instrumento para mejorar la eficacia y coherencia de la acción exterior», *Revista General de Derecho Europeo*, 24, 2011; VVAA, *La diplomacia Común europea: el servicio europeo de acción exterior* (dir. F. ALDECOA LUZARRAGA), M. Pons, Madrid, 2011.

⁶⁴ Muy interesante B. van VOOREN, «A Legal-Institutional Perspective of the European Union External Service», *Common Market Law Review*, 48, 2011, pp. 475-502; asimismo, C. GUTIÉRREZ ESPADA/M. J. CERVELL HORTAL, *La adaptación al Tratado de Lisboa (2007) del sistema institucional decisorio de la Unión, su acción exterior y su personalidad jurídica*, *cit.* nota 25.

las previsiones pertinentes para incorporar el Servicio Exterior del Estado al nuevo marco de la Unión Europea⁶⁵.

Es evidente que el SEAE asume *funciones diplomáticas*⁶⁶ tan significativas como la representación exterior de la UE (art. 2.1, inciso primero) o el desarrollo de las dimensiones externas de las distintas políticas europeas (art. 1.1, inciso tercero y art. 1.2), elemento éste realmente tan necesario como innovador⁶⁷. En cambio, no es evidente que ostente *funciones consulares*. Si atendemos a un criterio *organizativo*, el SEAE prevé apertura de establecimientos diplomáticos, no consulares (=delegaciones de la Unión). Si, por el contrario, se examina con un criterio *funcional*, y se verifican las funciones que pueden asumir los encargados de ese SEAE, hay varias referencias a la relación a establecer por el SEAE con los servicios diplomáticos de los Estados miembros (arts. 3.1 y 5.9 *Decisión*). La disposición clave está en el artículo 5.10 al disponer que las delegaciones de la UE, como parte de la estructura organizativa del SEAE y a petición de los Estados miembros, «*apoyarán a los Estados miembros en sus relaciones diplomáticas y en su función de prestación de protección consular a los ciudadanos de la Unión en terceros países...*».

La citada norma desarrolla el artículo 35.3 TUE, relativo al SEAE, que dispone que las delegaciones «*Contribuirán a la aplicación del derecho de los ciudadanos de la Unión a gozar de protección en el territorio de terceros países...*». En el mismo sentido, la *Propuesta de Directiva de 2011*, que venimos examinando, prevé en su Exposición de Motivos, un cierto grado de implicación del SEAE, al afirmar que (1º) «*las autoridades de los Estados miembros deben cooperar estrechamente y coordinarse entre sí y con la Unión, especialmente con el SEAE y la Comisión Europea*»⁶⁸ y (2º) «*En terceros países, la Unión está representada por las delegaciones de la Unión...Las delegaciones de la Unión deben asistir a las autoridades consulares de los Estados miembros en la aplicación de dicho derecho (el derecho a la protección consular)*»⁶⁹.

La naturaleza de las delegaciones de la UE no condiciona pues el eventual ejercicio de tareas consulares⁷⁰. Lo cual no debe extrañar por muy diversas que sean las

⁶⁵ Véase art. 49 de la Ley 22/2014, de 25 de marzo, de Acción y del Servicio Exterior del Estado (BOE, nº 74, de 25 de marzo de 2014).

⁶⁶ Vid. M. GUINEA LLORENTE, «El Servicio Europeo de Acción Exterior: génesis de una Diplomacia Común europea», *cit.* pp. 778-780.

⁶⁷ Vid. M. GATTI P. MANZINI, «External Representation of the European Union in the Conclusion of International Agreements», *Common Market Law Review*, 49, 2012, pp. 1703-1734.

⁶⁸ EM nº 13.

⁶⁹ EM nº 23.

⁷⁰ De hecho en el Derecho internacional, entre las distintas interconexiones entre la protección diplomática y la consular, destaca que la segunda pueda ser ejercida por las misiones diplomáticas a través de sus secciones consulares, aplicando la Convención de Viena de 1963 (*cf.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ/ M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, *Curso de Derecho internacional Público*, *cit.* p. 530; E. VILARIÑO PINTOS, *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, pp. 167-168).

funciones diplomáticas (las que prioritariamente asume el SEAE) y las funciones consulares. Otra cosa, es decir, excluir de estas tareas al SEAE sería adoptar un planteamiento formal difícilmente comprensible. Si las delegaciones de la UE van a estar en el terreno, lógico es que asuman un cierto grado de compromiso en la tutela del único derecho de los ciudadanos con proyección en países terceros.

De modo que las piezas van encajando y el desarrollo normativo, aunque desacompañado en el tiempo, permite afirmar que está orientado a lograr marcos de cooperación estables entre los Estados miembros y las delegaciones de la UE allá donde coincidan. De todos los elementos emerge un deber cierto de colaboración, bien que la iniciativa deba promoverse por los Estados miembros con representación. La asistencia consular finalmente toma una forma automática y permanente⁷¹ que apunta hacia un modelo más centralizado de protección consular.

En esta dinámica y desde un planteamiento más ambicioso en cuanto al papel que podría desempeñar el SEAE, el Parlamento Europeo, por vía de las enmiendas formuladas a la *Propuesta de Directiva de 2011*, ha propuesto, por una parte, que los ciudadanos que requieran protección *puedan elegir indistintamente* entre acudir, bien a los establecimientos de los Estados miembros, bien ante las delegaciones de la UE a los efectos de demandar la protección consular. La proposición se justifica en aras de evitar una carga excesiva al «Estado líder» presente en determinadas áreas⁷². Una segunda enmienda, mucho más radical, sugiere que «*en caso necesario, las delegaciones de la Unión también podrán llevar a cabo tareas consulares para los ciudadanos sin representación*»⁷³. Es de suponer que la referencia a «tareas consulares» debe interpretarse en los términos previstos por la *Propuesta de Directiva de 2011*. Otra cosa sería entender que el Parlamento se inclina por la tesis de máximos y aspira a que el SEAE asuma las funciones consulares (p. ej. de índole jurídica) que la *Propuesta de Directiva de 2011* ni siquiera asigna a los Estados.

De prosperar las enmiendas, ello supondría que Estados soberanos y Unión Europea a través de sus delegaciones, se colocarían en plano de igualdad. Y más allá del incremento de la visibilidad de la UE y otras consecuencias simbólicas, destacan dos consecuencias jurídicas. Por una parte, estaríamos ante un cambio significativo desde la óptica del Derecho internacional, dado que si la protección diplomática y consular es hasta ahora un atributo de la soberanía del Estado, en

⁷¹ Cf. E. PÉREZ VERA, «Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers», *cit.* p. 383.

⁷² Esta idea se expresa en su *Resolución PE, de 25 de octubre de 2012, sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección consular de los ciudadanos de la Unión en países extranjeros de 2011: (Doc COM (2011) 0881)* (1º) Enmienda núm. 1 por la que se añade un Cdo. 6 bis (nuevo) a la *Propuesta de Directiva*; Enmienda nº 26 formulada al art. 2.1 de la *Propuesta de Directiva*; Enmienda núm.. 29 al art. 4.1 de la *Propuesta de Directiva*. (2º) Además, las Enmiendas núms. 47 y 48 sugieren que las delegaciones deberían estar involucradas en la coordinación y cooperación, incluyendo la comunicación de contingencias, planes de evacuación, etc. (Enmienda al art. 15.2 *Propuesta Directiva*);

⁷³ Enmienda núm.. 25 al art. 1 *Propuesta Directiva 2011*.

este nuevo marco se trasladaría a una Organización internacional, con personalidad jurídica. Por otra, coexistirán dos mecanismos de protección de las personas en el exterior: uno, desarrollado por los Estados y regulado por el Derecho internacional; otro, un mecanismo de protección genuinamente europeo⁷⁴, discrecional aquel⁷⁵ y obligatorio éste.

De modo que ya no estamos tan lejos de un sistema de «protección común»⁷⁶ anclado por el momento en los Estados miembros pero en una tendencia a centralizarse por la propia UE. Todo ello nos coloca en un «escenario» muy diferente en el que, como se ha dicho, «el gran reto estará en articular las distintas culturas que tienen los ciudadanos, transformadas en expectativas, sobre lo que pueden pedir a una embajada o a una delegación de la Unión Europea»⁷⁷.

En suma, 1) Por el momento, la función asignada al SEAE es complementaria o de apoyo a las delegaciones diplomáticas y consulares de los Estados miembros. Las obligaciones de asistencia derivadas de la ciudadanía las asumen los Estados miembros con representación en países terceros, aunque el SEAE tiene ciertamente un deber de colaboración con éstos⁷⁸ y está potencialmente llamado a cobrar un mayor protagonismo.

2) La protección de los ciudadanos de la UE sin representación en países terceros, es aquí un derecho exigible a las autoridades nacionales (y eventualmente al SEAE).

3) Estamos ante una nueva forma de protección de la persona en el exterior que se *añade* a las formas clásicas de protección previstas por el Derecho internacional. ¿Añade algo nuevo? Sí, su caracterización como un derecho 1º directamente invocable por los ciudadanos de las autoridades nacionales en el exterior y de las autoridades de la UE en los términos previstos por la *Propuesta de Directiva de 2011*. 2º No basado en la nacionalidad sino en la ciudadanía, yendo incluso más allá, al extenderse a familiares acompañantes originarios de terceros Estados. 3º La asistencia la dispensan los Estados, pero en las previsiones a medio plazo está la intervención directa del SEAE.

⁷⁴ En paralelismo con lo que ocurre con la representación (política) exterior de la UE (cf. F. ALDECOA LUZARRAGA, «La diplomacia común europea: un instrumento para una política exterior alternativa», *cit.* p. 123).

⁷⁵ Cf. en este sentido C. JIMÉNEZ PIERNAS, «La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea», *cit.* p. 20. C. DÍAZ BARRADO, «La protección de españoles en el extranjero. Práctica constitucional», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales*. Vitoria-Gasteiz, UPU-Tecnos, pp. 241-253 y 314.

⁷⁶ Un desiderátum expresado hace unos años (cf. E. PÉREZ VERA, «Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers», *cit.* p. 383).

⁷⁷ Cf. J. R. GARCÍA HERNÁNDEZ, «Los nuevos retos diplomáticos para el Servicio Europeo de Acción Exterior», en AAVV, *La diplomacia Común europea: el servicio europeo de acción exterior*, *cit.* p. 157.

⁷⁸ Problema gastos, resuelto en la *Propuesta de Directiva 2011*.

RESUMEN: El derecho a la protección consular de países terceros es el único derecho derivado de la Ciudadanía (arts. 20 y 23 TFUE y art. 46 CDFUE) que experimenta un avance real con el Tratado de Lisboa. La organización de su ejercicio la asumen los Estados miembros conforme a la Propuesta de Directiva del Consejo, de 14 de diciembre 2011. La Carta de Derechos Fundamentales de la UE refuerza la posición y los Derechos fundamentales del ciudadano en el exterior. Por último, el Servicio Europeo de Acción Exterior, a través de las delegaciones, asume por el momento una función de apoyo a las autoridades diplomáticas y consulares de los Estados miembros, aunque es previsible que asuma tareas consulares es una iniciativa a medio plazo.

PALABRAS CLAVE: Ciudadanía de la UE: derecho a la protección por las autoridades diplomáticas y consulares en países terceros. Novedades derivadas del Tratado de Lisboa. Organización del ejercicio del derecho. Intervención del Servicio Europeo de Acción exterior.

ABSTRACT: The right to consular protection is the only right derived from Citizenship (arts. 20 and 23 of the Treaty on the Functioning of the EU and art. 46 of the European Charter of Fundamental Rights) which is developed appreciably as a result of the Lisbon Treaty. The framework for the enforcement of this right is assumed by Member States in the Proposal Council Directive of 14 December 2011 on consular protection of UE citizens. The EU Charter of Fundamental Rights reinforces this position and the fundamental rights of citizens abroad. In the meantime the European External Action Service, through its delegations, assumes a supporting role to diplomatic and consular authorities of Member States located in third States whilst the transfer of consular duties remains a long-term initiative.

KEY WORDS: EU Citizenship: right to protection by diplomatic and consular authorities in third countries Innovations introduced by Lisbon Treaty. Implementation of the right. European External Action Service cooperation.

