

A propósito del derecho a la asistencia consular de los ciudadanos de la Unión Europea no representados en terceros Estados

Regarding the right to consular assistance of citizens of the European Union not represented in third States

CARLOS J. MOREIRO GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

Cátedra J. Monet ad personam de Derecho de la UE

ORCID: 0000-0003-4947-6336

Recibido: 20.05.2024 / Aceptado: 22.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8965

Resumen: El derecho a la asistencia consular de los ciudadanos de la Unión sin representación de sus autoridades diplomáticas o consulares en un tercer Estado fue consagrado en el Tratado de Maastricht, pero su desarrollo jurídico tuvo lugar posteriormente. Las decisiones intergubernamentales que inicialmente regularon su ejercicio fueron sustituidas por normas supranacionales, actualmente en vigor, que otorgan mayores garantías jurídicas a sus beneficiarios. Recientemente ha comenzado el proceso legislativo para la modificación de dicho marco normativo con vistas a mejorar el ámbito de aplicación y la exigibilidad de la tutela de este derecho por los poderes públicos competentes.

Palabras clave: Ciudadanía de la Unión, ciudadanos no representados, asistencia consular, tutela judicial, responsabilidad patrimonial del Estado.

Abstract: The right to consular protection of the citizens of the European Union without representation of their diplomatic or consular authorities in a third State was enshrined in the Treaty of Maastricht, but its legal implementation took place later. The intergovernmental decisions that initially regulated its exercise were replaced by supranational law, currently in force, that grants better legal guarantees to the citizens. Recently, the reform of said regulatory framework has begun to improve the scope of implementation and the protection of this right by public authorities.

Keywords: Citizenship of the Union, unrepresented citizens, consular assistance, judicial protection, patrimonial responsibility of the State.

Sumario: I. Introducción. II. La progresiva supra nacionalización de una práctica intergubernamental. III. El vigente marco normativo supranacional. IV. El tránsito hacia un modelo más eficiente de asistencia consular. Cuestiones jurídicas pendientes. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El Tratado de Maastricht consagró el Estatuto de Ciudadanía de la Unión, uno de cuyos derechos más señeros reconoce la asistencia consular por las misiones diplomáticas o los consulados de un Estado miembro a los ciudadanos que carezcan de representación en el territorio de un tercer estado.

Transcurridos más de treinta años desde su consagración, el régimen jurídico del derecho a la asistencia consular ha sido objeto de diversas transformaciones que han precisado las condiciones para su ejercicio.

Actualmente está en proceso de adopción un cambio normativo de calado cuya finalidad es facilitar las condiciones de ejercicio del derecho y establecer un marco ad hoc para resarcir a los ciudadanos concernidos en caso de denegación de la asistencia consular.

2. Esta contribución analiza las cuestiones jurídicas más controvertidas del futuro marco normativo a la luz de la evolución del derecho desde el ámbito de la cooperación intergubernamental entre los Estados miembros, hasta su plena instrumentalización supranacional tras la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”), y del Tratado de la Unión Europea (“TUE”).

II. La progresiva supra nacionalización de una práctica intergubernamental

3. La letra c) del apartado segundo del artículo 20 del TFUE, el artículo 23 del TFUE y el artículo 46 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (la “Carta”), reconocen el derecho de los ciudadanos de la Unión a acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado miembro, cuando se encuentren en un tercer Estado en el que carezcan de representación.

Se trata, no obstante, de un reconocimiento cuya implementación está sujeta a un excesivo y complejo cúmulo de condiciones y, además, presenta perfiles jurídicos contradictorios y algunos anacronismos dentro del propio derecho originario.

En efecto, por un lado, la actual redacción del artículo 46 de la Carta que establece el derecho a la protección diplomática y consular, se refiere a una institución jurídica, la protección diplomática, que no es objeto de reconocimiento en el Estatuto de Ciudadanía de la Unión.

Esta incoherencia gramatical, además de jurídica, a la cual ya se ha referido la doctrina especializada¹, se suma a la de la incompleta redacción del último párrafo del artículo 35 del TUE, que establece el deber de las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros y de las delegaciones de la Unión en los terceros países de contribuir a la aplicación del derecho que nos ocupa, tal y como se consagra en el TFUE, pero sin referencia alguna a la Carta.

4. Al hilo de estas observaciones preliminares debe subrayarse el hecho de su excepcional naturaleza jurídica ya que, a diferencia del resto de derechos reconocidos tanto en el Estatuto de Ciudadanía de la Unión, como en la Carta, este derecho no se integra en los Tratados después de haberse reconocido previamente en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y/o en otros Acuerdos internacionales que vinculen a la Unión y a todos sus Estados miembros, ni se deriva de la práctica institucional supranacional en sentido estricto.

Tampoco es producto de la consagración de principios generales de la Unión por el Tribunal de Justicia quien, hasta la fecha, no ha tenido incluso la ocasión de pronunciarse sobre su alcance jurídico.

Sin ningún desdoro de su posible inspiración en lo dispuesto en el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y en el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963², el

¹ Paz Andrés Sáenz de Santamaría, “La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión en el exterior”, RDUE, 11, 2, 2006, págs. 11, ss., en págs. 17 y 18, y 20 -24.

² Ciertamente, ambos Convenios prevén que un Estado parte represente los intereses de otro Estado parte mediante sus delegaciones diplomáticas u oficinas consulares acreditadas ante otro u otros Estados parte; véanse, respectivamente, la letra

derecho que nos ocupa se integró en los Tratados derivado de una práctica intergubernamental consolidada en el seno de la Cooperación Política Europea (“CPE”).

El derecho que se consagra en el Estatuto de Ciudadanía de la Unión y en la Carta no se corresponde exactamente con la institución jurídica de la protección consular, sino que, tal y como ha reseñado también de forma pacífica la doctrina especializada, se trata en realidad de una figura similar a la de la asistencia consular o a la de la protección por afinidad³.

Desde la perspectiva de sus ya más de cuarenta años de existencia es posible diferenciar entre el periodo anterior al Tratado de Lisboa, durante el cual la invocabilidad del derecho no pudo beneficiarse de la panoplia instrumental del ordenamiento jurídico de la Unión, y, el vigente periodo que arranca desde la entrada en vigor del citado Tratado de Lisboa, cualitativamente diferenciada por su desarrollo mediante normas de derecho derivado.

5. Abordaré ahora, brevemente, el primer periodo

Como es sabido, la preocupación por establecer vínculos de solidaridad entre los nacionales de los Estados miembros con el objetivo de reforzar la visibilidad exterior de las entonces Comunidades Europeas fue puesta de manifiesto en la Declaración Final de la Cumbre de París de 1974, cuyos puntos 10 y 11 se refieren a la necesidad de establecer un pasaporte común y al reconocimiento de derechos especiales para los ciudadanos de los Estados miembros, respectivamente⁴. Esta idea se reitera en el Informe Tindemans⁵, y se concreta con la adopción de un modelo uniforme de pasaporte europeo en junio de 1981⁶.

No obstante, fue en la Declaración Solemne de Stuttgart de 1983 sobre la Unión Europea donde se establece por primera vez el objetivo de estrechar la cooperación entre las misiones de los Estados miembros en terceros estados en los ámbitos de carácter diplomático y administrativo, que implícitamente incluyen la asistencia consular a los nacionales de otros Estados miembros⁷.

El Consejo Europeo de Fontainebleau de 1984 reitera la importancia de establecer fórmulas para responder a las expectativas de los ciudadanos europeos que refuercen la identidad de la Unión en el exterior, y, encomienda esta misión a un Comité *ad hoc*⁸.

En la propuesta elaborada por este Comité se formula por primera vez, dentro del apartado sobre “los derechos especiales de los ciudadanos” la necesidad de asistir a los ciudadanos comunitarios durante su estancia temporal en un tercer Estado donde no esté representado su país, por una Embajada o un Consulado de otro Estado miembro que pueda proporcionarle asistencia consular⁹. Con dicha finalidad,

c) del artículo 45 del CV 1961, y el artículo 8, la letra c) del apartado primero del artículo 27 y la letra b) del apartado segundo del artículo 27 del CV 1963.

³ Elena Crespo Navarro, *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho Internacional. La erosión del vínculo de nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, en págs. 345 y 352. En síntesis, se descarta que el derecho consagrado en los artículos 20 y 23 del TFUE y en el artículo 46 de la Carta se corresponda con el de la protección consular, que se efectúa ante los órganos competentes del Estado que se trate, mientras que el derecho que nos ocupa se circunscribe a la asistencia que se presta a los nacionales en el territorio de un tercer Estado en circunstancias específicas. Asimismo, se interpreta como protección por afinidad dado el vínculo especial que crea a estos efectos el Estatuto de Ciudadanía de la Unión al asimilar a los nacionales de los Estados miembros con los propios nacionales del Estado que deberá prestar, en su caso, la asistencia consular.

⁴ EC/EP WD 1974-1975 Report on the results of the Conference of Heads of Government held in Paris on 9 and 10 December 1974, 13 January 1975, Doc. 436/74, Annex, pg. 9.

⁵ European Union Report by Mr. Leo Tindemans, Prime Minister of Belgium, to the European Council, Bulletin of the European Communities, S. 1/76, IV A, B, pags. 26-28.

⁶ Resolution of 23 June 1981 of the Representatives of the Governments of the Member States on the introduction of a passport of uniform design, O.J. C 241, 19.9.1981. Esta decisión fue completada mediante la adopción de una Resolución de los gobiernos de los Estados miembros el 30 de junio de 1982; O.J. C 179, 16.7.1982.

⁷ Véase el Punto 3.2 de la Declaración del Consejo Europeo de 19 de junio de 1983, Bulletin of the European Communities, No. 6/1983, pág. 28.

⁸ Véase el Punto 6 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Fontainebleau, 25-26 de junio de 1984, Bulletin of the European Communities, No. 6/1984, pg. 11.

⁹ Apartado 2.6, “The citizen as traveller outside the Community”, European Communities Committee on a People’s Europe, The Chairman P. Adonnino, to the European Council, Milan, 28-29 June 1985, Bulletin of the European Communities, S. 7/85, pág. 21.

el Comité recomienda al Consejo Europeo que invite a los Estados miembros a intensificar los trabajos en el ámbito de la cooperación consular y formulen líneas precisas de actuación.

Debe subrayarse la concisión con la que se perfila el derecho que se propone reconocer, ya que solo se refiere a prestar asistencia consular en determinadas circunstancias que, aún no siendo explicitadas, podrían inferirse de cierta práctica llevada a cabo por las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros en terceros estados, tal y como se establece en dos actos intergubernamentales que habían sido adoptados previamente: las Directrices de 1983 para la protección de ciudadanos comunitarios que no cuenten con representación por las representaciones diplomáticas comunitarias en terceros países¹⁰, y, las Directrices de 1984 sobre la actuación a seguir en situaciones catastróficas o crisis políticas, visitas a detenidos, secuestro de menores y otras cuestiones¹¹.

En las citadas Directrices de 1983 se hace referencia a la posibilidad de prestar asistencia, incluida la repatriación con un salvoconducto si fuera necesario en situaciones tales como la muerte, enfermedad grave, accidente, ataque con violencia o detención.

6. La configuración plenamente intergubernamental del derecho que nos ocupa cobra una mayor relevancia en dos circunstancias históricas del proceso de integración; la primera el hecho de que el proyecto de Tratado por el que se establece la Unión Europea, adaptado por el Parlamento Europeo el 14 de febrero de 1984, cuyo artículo tercero prevé la creación de la ciudadanía de la Unión no hace ninguna referencia expresa al mismo.¹² Y, la segunda, porque en el contexto de la celebración del Acta Única europea se adopta una decisión de los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros reunidos en el seno de la CPE instando a los Estados miembros a examinar la posibilidad de prestar dicha asistencia¹³, pero el derecho no fue consagrado en las disposiciones del Acta Única.

La práctica posterior corroboró la necesidad y la oportunidad de la existencia del citado marco normativo intergubernamental.¹⁴

De hecho, tras su consagración en el artículo 8C del Tratado de Maastricht¹⁵, que otorgó la competencia exclusiva a los Estados miembros, la aplicación efectiva de este derecho tuvo lugar mediante la adopción de dos actos sui generis, a diferencia de lo previsto con relación a otros derechos de ciudadanía consagrados en dicho Tratado.

Así, por ejemplo, los artículos 8A (derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros) y 8B (derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, y, en las elecciones al Parlamento Europeo), que fueron desarrollados mediante actos de derecho derivado; igualmente lo dispuesto en el artículo 8D (derecho de petición ante el Parlamento Europeo y derecho de queja ante el Defensor del Pueblo europeo) que remiten su aplicación a lo dispuesto en los artículos 138D y 138E respectivamente, y que también fueron desarrollados por actos de derecho derivado¹⁶.

¹⁰ Adoptadas por el Grupo de Trabajo de Asuntos Consulares de la CPE en marzo de 1983, no publicadas en el Diario Oficial, de las que queda constancia en el Primer Informe de la CE sobre la ciudadanía de la Unión, COM (93) 702 final, Bruselas, 21 de diciembre de 1993, pág. 7.

¹¹ Directrices del Comité Político de la CPE de 17 de mayo de 1984, no publicadas en el Diario Oficial, incluidas en la Orden Circular del Ministerio de Asuntos Exteriores español, núm. 3.078, de 5 de mayo de 1986.

¹² Bulletin of the European Communities, February 1984, No 2, Luxembourg, págs. 8-26.

¹³ Bulletin of the European Communities, No. 2, 1986, Vol. 19, Part Three/Documentation, 4, European Political Cooperation, especialmente el párrafo Segundo del Punto 3.4.1, II.1 y II.4, págs. 115-116.

¹⁴ Véase, Comisión de las Comunidades Europeas, Informe de la Comisión sobre la ciudadanía de la Unión, COM (93) 702 final, antes citado, pág. 7.

¹⁵ Dicha disposición se limitó a establecer que *“todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Antes del 31 de diciembre de 1993, los Estados miembros adoptarán las reglas necesarias entre ellos y comenzarán las negociaciones internacionales necesarias para garantizar dicha protección.”*

¹⁶ Según el Embajador Javier Elorza que fue miembro de la delegación española que elaboró y propuso a la CIG sobre la Unión política la creación del Estatuto de ciudadanía de la Unión, aunque ningún gobierno de los Estados miembros se opuso a la introducción del derecho que nos ocupa en el Tratado de Maastricht, algunas delegaciones exigieron que este derecho no pudiera ser invocado directamente por los ciudadanos de la Unión, y que además tendría que estar sujeto a condiciones dado

Los actos sui generis antes mencionados fueron la Decisión 95/553/CE de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 19 de diciembre de 1995, relativa a la protección de los ciudadanos de la UE por las representaciones diplomáticas y consulares¹⁷, y, la Decisión 96/409/PESC de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo del 25 de junio de 1996, relativa al establecimiento de un documento provisional de viaje¹⁸.

Acerca del contenido y la implementación de ambas decisiones se ha escrito sobradamente y la propia Comisión dio cuenta de ella en sus Informes sobre la ciudadanía de la Unión, si bien de manera escueta¹⁹. No obstante, cabe abundar en el hecho de que la Decisión 95/553/CE reproduce la práctica sobre asistencia consular llevada a cabo según las Directrices previamente acordadas en el seno de la CPE, a saber, asistencia en caso de fallecimiento, accidente o enfermedad grave, arresto o detención, actos de violencia y socorro o repatriación de nacionales de la Unión en dificultad (artículo 5).

Esta disposición también prevé en su apartado segundo que pueda prestarse asistencia a los ciudadanos de la Unión que lo soliciten en otros casos no determinados. Por otro lado, la Decisión no hace referencia alguna a una posible actuación de las misiones de la Unión acreditadas en terceros estados a efectos de facilitar el ejercicio de este derecho cuando fuera necesario, preservando en este sentido la competencia exclusiva de los Estados miembros que serían además los únicos responsables ante posibles denuncias en supuestos de incumplimiento de la obligación de asistencia.

Emerge en cualquier caso el elemento supranacional al prever el artículo 3 de la Decisión que la asistencia deberá prestarse respetando el principio de igualdad de trato, y al suavizar el deber del interesado de probar su nacionalidad mediante la presentación de un pasaporte o de un documento de identidad en caso de pérdida o sustracción de estos, al admitir otra prueba de la nacionalidad según dispone al apartado segundo del artículo 2.

7. La vigencia del citado marco normativo intergubernamental cuya razón de ser estribaba también en causas tales como la insuficiente representación de los Estados miembros ante terceros estados y los masivos desplazamientos al exterior de sus ciudadanos²⁰, fue puesta en entredicho en el contexto de la elaboración por la Convención Europea sobre el futuro de Europa del proyecto de Tratado por el que se establece una constitución para Europa. En este proyecto se prevé que las medidas necesarias para facilitar la protección del derecho puedan establecerse en una ley europea adoptada por el Consejo previa consulta al Parlamento Europeo (artículo III-127).

Empero, el tránsito hacia la supranacionalización del derecho a la asistencia consular tuvo lugar en el contexto de la celebración y entrada en vigor del Tratado de Lisboa, durante el cual resultó muy relevante el enfoque pragmático del futuro marco normativo que pergeñó la Comisión Europea²¹.

que su desarrollo solo sería posible tras la adopción de un acto del Consejo por unanimidad. El consenso entre los Estados miembros para abordar en dichas negociaciones el Estatuto de Ciudadanía de la Unión incluía entre los derechos reconocidos el de “*la protección conjunta de los ciudadanos comunitarios fuera del territorio de la Comunidad*”, y se plasmó en las Conclusiones del Consejo Europeo de Roma, 14-15 de diciembre de 1990; véase, Bulletin of the European Communities, No. 12/1990, pág. 10. La citada propuesta de la delegación española a la CIG, de 20 de febrero de 1991, puede consultarse en la RIE, 18, 1991, págs. 405 y ss.

¹⁷ DO L 314/73 de 28.12.1995.

¹⁸ DO L 168/4 de 6.07.1996.

¹⁹ Véase, por ejemplo, COM (2001) 506 final, págs. 19-20; COM (2004) 695 final, pág. 9; COM (2008) 85 final, pág. 5.

²⁰ En el año 2006 estos desplazamientos se cifraron entorno a 180 millones anuales; véase Comisión Europea, Libro Verde, La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión en los terceros países, DO C 30/8 de 10.02.2007, pág. 9.

²¹ La Comisión se hizo eco del Informe que presentó al Consejo Europeo de Bruselas del 15-16 de junio de 2006 la Presidencia austriaca (Doc. 1055/06, 15.06.2006), y que fue adoptado por éste en sus Conclusiones (Doc. 10633/06, CONCL 2, Bruselas, 16 de junio de 2006, Puntos 12-15). A dichos efectos, la Comisión elaboró el Libro Verde sobre la protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión en los terceros países, antes citado, y, posteriormente un Plan de Acción (COM (2007) 767 final, Bruselas, 5.12.2007). De ambos documentos deben reseñarse tres elementos sobre los cuales pivotarán las propuestas normativas de la Comisión para desarrollar el derecho de asistencia consular tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa: primero, que el derecho que deberá garantizarse es exclusivamente el de la asistencia consular, mejorando algunos aspectos de las prácticas intergubernamentales entonces vigentes en cuestiones tales como la información al ciudadano, la gestión de las cargas financieras o los plazos de respuesta en casos como la repatriación de cadáveres; segundo, que el derecho debe hacerse extensible a los familiares del ciudadano interesado dentro de ciertos límites y cautelas; y, tercero, que para facilitar la prestación de la asistencia al ciudadano junto con la acción bilateral de los Estados miembros con los terceros estados, deberán

El reconocimiento de este derecho se articula desde entonces mediante la inclusión de un nuevo párrafo en el actual artículo 23 del TFUE, que habilita al Consejo para adoptar, mediante un procedimiento legislativo especial, Directivas que establezcan las medidas de coordinación y cooperación necesarias para facilitar su protección, y, también con lo previsto en el artículo 46 de la Carta.

Complementariamente, se incluye una previsión específica en el artículo 35 del TUE para que las delegaciones de la Unión en terceros países contribuyan a la aplicación del derecho que nos ocupa.

III. El vigente marco normativo supranacional

8. Tal y como se acaba de reseñar, el reconocimiento del derecho de asistencia consular, y su ejercicio por los interesados, debe analizarse tomando en consideración las previsiones del derecho originario y la normativa de derecho derivado que las desarrolla.

Abordaré en primer lugar el artículo 46 de la Carta. Esta disposición, bajo el título de protección diplomática y consular, establece que *“todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de ese Estado”*.

Al tratarse de un derecho fundamental que está reconocido en los Tratados, en la letra c) del apartado segundo del artículo 20 del TFUE y en el artículo 23 del TFUE, su ejercicio deberá ser conforme con los límites y condiciones determinados por las citadas disposiciones de los Tratados según dispone el apartado segundo del artículo 52 de la Carta.

Así pues, la Carta no le confiere un valor singular o diferente al que adquiere en el ámbito del Estatuto de Ciudadanía de la Unión. La invocabilidad de este derecho no es exclusiva de los nacionales de los Estados miembros ya que, a la luz del derecho derivado vigente, pueden prevalerse del mismo los familiares y otras personas que se encuentren acompañando al ciudadano concernido en las circunstancias previstas a tal efecto²². En todo caso su invocación se circunscribe a las personas físicas.²³

Ello redundará en una especial complejidad a la hora de su tutela que, en el actual estado del derecho de la Unión, concierne primigeniamente a los Estados miembros²⁴, quienes deberán llevar a cabo las actuaciones pertinentes para resarcir a los interesados.

Al hilo de esta consideración se presume que dichos medios deberán ser preexistentes a la situación o situaciones que engendran el derecho subjetivo que nos ocupa, pero, ello no excluye que por falta de diligencia u otras causas previas, un Estado miembro no pueda proporcionar la asistencia requerida²⁵. En el bien entendido que el reconocimiento del derecho en la Carta tampoco establece un estándar uniforme, si no un trato igualitario y no discriminatorio a la hora de su tutela de conformidad con lo dispuesto en el derecho derivado.

impulsarse la inclusión de cláusulas ad hoc en los acuerdos internacionales celebrados por la Unión con dichos estados; véanse los Puntos 5.1 a 5.5 del Documento COM (2007) 767 final, antes citado. El enfoque de la Comisión difiere de la posición adoptada por el Parlamento Europeo en su Resolución sobre el Libro Verde de 11 de diciembre de 2007, Doc. 2007/2196 (INI), especialmente en sus Puntos 1, 2 y 8, que abogan por incluir la protección diplomática dentro del derecho que nos ocupa, y del Punto 9, que pide incluir a los refugiados, los apátridas y los nacionales de terceros estados residentes en el territorio de la Unión dentro del derecho de asistencia consular.

²² Véase el Considerando noveno y el artículo 5 de la Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, de 20 de abril de 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE, DO L 106/1 de 24.04.2015. Véase, igualmente, el Punto 5.1.3 del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la ejecución y aplicación de la Directiva (UE) 2015/637, COM (2022) 437 final, Bruselas, 2.09.2022.

²³ Véase, Hans-Werner Rengeling und Peter Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union. Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze, Heymanns, Köln-Berlin-München, 2004, pág. 940.

²⁴ Véase el apartado primero del artículo 2 y el apartado primero del artículo 7 de la Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, antes citada.

²⁵ Véanse los Puntos 5.1.6 y 5.2 del Informe COM (2022) 437 final, antes citado.

De hecho, dado que se debe garantizar un derecho fundamental extraterritorialmente pueden concurrir circunstancias ajenas a la capacidad de actuación del Estado miembro concernido que imposibiliten el ejercicio del derecho por los interesados.²⁶

Similarmente, es menester tomar en consideración que la obligación a cargo del Estado miembro de que se trate resulta especialmente agravada porque la tutela del derecho de asistencia consular, según se prevé expresamente en el ordenamiento de la Unión, está vinculada a la salvaguardia de otros derechos esenciales de la persona humana tales como la integridad física, la dignidad personal, el derecho a un juicio justo o incluso el derecho a la vida, que forman parte del Orden Público europeo y están también reconocidos en la Carta (artículos 1-4 y artículos 47-48).

9. Junto con las disposiciones del TFUE ya mencionadas, el derecho a la asistencia consular está regulado por dos Directivas del Consejo adoptadas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 23 del TFUE, la Directiva (UE) 2015/637 antes citada, y, la Directiva (UE) 2019/997 de 18 de junio de 2019, por la que se establece un documento provisional de viaje de la UE y se deroga la Decisión 96/409/PESC²⁷.

Centraré mi análisis en la Directiva (UE) 2015/637, si bien cabe subrayar algunos aspectos de la Directiva sobre el documento provisional de viaje de la UE que facilitan el disfrute del derecho a los ciudadanos concernidos.

Así, por ejemplo, la letra d) del artículo 7 prevé la posibilidad de expedir el citado documento a los familiares que no sean ciudadanos de la Unión cuando estos sean residentes en un Estado miembro. Además, el artículo 4 establece unos plazos muy breves para su expedición, y, en casos de extrema urgencia, el Estado miembro que preste la asistencia podría expedirlo incluso reduciendo dichos plazos dado que podría prescindir de la consulta previa al Estado miembro de nacionalidad del interesado²⁸.

10. La Directiva (UE) 2015/637 fue adoptada transcurridos varios años desde la celebración del Tratado de Lisboa durante los cuales se hizo patente la obsolescencia del marco intergubernamental para garantizar la asistencia consular, especialmente en situaciones de crisis y de emergencia²⁹, si bien, casi todos los Estados miembros recibieron positivamente algunas recomendaciones de la Comisión para facilitar el ejercicio del derecho por los ciudadanos como, por ejemplo, incluir en su pasaporte nacional el texto del apartado primero del artículo 23 del TFUE³⁰.

La Directiva aporta novedades de calado en lo concerniente al ámbito subjetivo y a las facilidades para el ejercicio del derecho por los interesados, y, aborda por primera vez el régimen de actuación del Servicio Exterior de la Unión (SEAE) para facilitarlos.

De conformidad con lo previsto en su artículo 5, el derecho se amplía a los familiares que acompañen a los ciudadanos no representados, aunque no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, “*en la misma medida y bajo las mismas condiciones que se les proporcionaría a los familiares del Estado miembro que preste asistencia, que no fueran a su vez ciudadanos de la Unión, de conformidad con su derecho por sus prácticas nacionales.*”

A la luz del Considerando noveno de la Directiva es posible elevar el umbral del trato nacional si así lo exige en una circunstancia concreta la protección del interés superior del menor o, si el Estado

²⁶ Véase el Punto 2 del “Commission Staff Working Document - Impact Assessment”, SWD (2023), 941 final, Brussels, 6.12.2023, págs 7-15. Véase, igualmente, el Documento del Consejo 10698/10 (COCON) de 9 de junio de 2010.

²⁷ DO L 163/1 de 20.06.2019

²⁸ Ambas previsiones no figuraban en las Reglas que rigen la expedición del documento provisional de viaje del Anexo II de la citada Decisión 96/409/PESC de 25 de junio de 1996, ya que, según establece la letra a) del Punto 2, solo podía expedirse el documento a un nacional de un Estado miembro, y, según establece la letra c) del Punto 2, resulta preceptiva la autorización de las autoridades del Estado miembro de origen del interesado; véase el DO L 169 de 6.07.1996, pág. 9.

²⁹ Así, por ejemplo, durante las crisis en Libia, Egipto y Bahrein (2011), los terremotos de Haití (2010) y Japón (2011), y la erupción volcánica en Islandia (2010), a las que hace referencia la Comisión en su Comunicación relativa a la protección consular de los ciudadanos de la Unión en terceros estados, COM (2011) 149/2, Bruselas, 23.03.2011, pág. 3.

³⁰ Véase el Punto 2.1.1 de la citada Comunicación COM (2011) 149/2; véase, igualmente, la Recomendación sobre la reproducción del artículo 20 TCE en los pasaportes, de 5 de diciembre de 2007, C (2007) 5841, DO L 118/30, de 6.05.2008.

miembro que preste la asistencia y el de nacionalidad del ciudadano no representado así lo acuerdan durante las consultas que deben de tener lugar antes de que se preste la asistencia³¹.

En el bien entendido de que la noción de familiar del ciudadano de la Unión no se circunscribe a las categorías previstas en los artículos 2 y 3 de la Directiva relativa al derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros³², dadas las dificultades que ello podría suponer en el contexto de situaciones de emergencia, graves conflictos o crisis internacionales³³. Ello sin menoscabo de la inclusión en la noción de familiares del ciudadano de la Unión de todas las categorías reconocidas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la aplicación de la Directiva 2004/38/CE.

Igualmente significativas resultan otras condiciones para el ejercicio del derecho que se prevén en la lista no exhaustiva de los tipos de asistencia previstos en el artículo 9 de la Directiva³⁴, que apenas difieren del régimen anterior³⁵, y el establecimiento de varios criterios de actuación que deben ser tomados en cuenta por las misiones diplomáticas o los consulados concernidos³⁶.

No obstante, el Estado miembro de nacionalidad del ciudadano no representado puede reclamar proporcionar directamente la asistencia al Estado miembro al que se la solicitó el ciudadano concernido³⁷.

Entre los mencionados criterios de actuación cabe reseñar en primer lugar la inclusión en la noción de “ciudadano no representado” de la circunstancia en la que, aún existiendo en un tercer país una misión diplomática, un consulado o un cónsul honorario de su nacionalidad, no estén en disposición de proporcionar la asistencia de manera efectiva (artículo 6 de la Directiva)³⁸.

Ciertamente, no se precisa qué circunstancia se considera relevante a tales efectos, pero puede deducirse alguna de ellas del Considerando octavo de la Directiva y de la práctica mencionada en los trabajos preparatorios para su adopción, como, por ejemplo, su accesibilidad o su proximidad cuando, debido a la situación local o a la falta de recursos del interesado, el ciudadano no puede ser reenviado a la Embajada o al Consulado de su nacionalidad³⁹.

³¹ A mayor abundamiento, el apartado tercero del artículo 8 de la Directiva facilita el ejercicio del derecho al establecer que los familiares del ciudadano podrán probar por cualquier medio la existencia y el tipo de relación familiar. En cualquier caso, la práctica en las situaciones de crisis es la de interpretar con laxitud los criterios para la asistencia a los familiares concernidos; véase el Punto 2.2.2 de la citada comunicación COM (2011) 149/2.

³² Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de abril de 2004, DO L 158/77 de 30.04.2004.

³³ Doc. CC on the action taken on opinions and resolutions adopted by Parliament at the October 2012 (I and II part-sessions); CARE P, 8-9; la Directiva no acogió la posición del Parlamento Europeo de incluir entre los beneficiarios del derecho a los apátridas, los refugiados y los nacionales de terceros estados residentes en un Estado miembro en posesión de un documento de viaje expedido por dicho Estado miembro; véase el Punto 9 del Doc. 2007/2196 (INI), antes citado. Así como la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de octubre de 2012, DO C 72/101 de 11.03.2014.

³⁴ Según dispone el Considerando decimocuarto de la Directiva 2015/637 del Consejo, dado que la asistencia depende siempre de circunstancias concretas no debe limitarse a los casos expresamente mencionados en la Directiva.

³⁵ El artículo 9 se refiere a los casos de detención o prisión, de ser víctima de un delito, de sufrir un accidente o una enfermedad grave, del fallecimiento, y de la ayuda y repatriación en caso de emergencia o necesidad de documentos provisionales de viaje. Por su parte el artículo 5 de la Decisión 95/553/CE se refiere a casos de arresto o detención, pero no de prisión, a actos de violencia, pero no a actos delictivos y al socorro y a la repatriación en caso de dificultad, pero no de emergencia.

³⁶ Ello no obstante, la Directiva no establece la posibilidad de incluir los casos de enfermedades mentales sobrevenidas dentro del derecho a la asistencia consular; véase el Punto 2.2.1 de la Comunicación CE COM (2011), 149/2, pág. 7.

³⁷ El artículo 3 de la Directiva establece que, en dicha situación, el Estado miembro que haya sido requerido por el ciudadano renunciará a proporcionar la asistencia. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del RD 561/2019, de 9 de octubre, por el que se completa la transposición de la Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, BOE núm. 244, de 10 de octubre de 2019, pág. 111383, el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación podrá reclamar por escrito el ejercicio directo de la asistencia consular a los españoles en dichas circunstancias.

³⁸ Esta previsión no figuraba en el artículo 1 de la Decisión 95/553/CE que se limita a utilizar el término “accesible”, ya que se refiere a la representación permanente o cónsul honorario accesibles.

³⁹ Sin embargo, la Directiva no establece los criterios del apartado segundo del artículo 3 de la Propuesta de la Comisión COM (2011), 881 final, Bruselas, 14.12.2011. Entre dichos criterios figuran que el ciudadano pueda llegar con seguridad a la Embajada o al Consulado tras un trayecto y un tiempo de viaje razonables, regresando a su lugar de partida en el mismo día utilizando los medios de transporte usuales en el tercer país, salvo casos de urgencia que lo impidan. También se entiende que no están accesibles las embajadas o consulados cerrados temporalmente en una situación de crisis (pág. 16), y pueden considerarse otros criterios tales como que el trayecto sea inferior a 400 km y la insularidad (Nota 12 en la pág. 4 de la Propuesta COM (2011), 881 final).

En segundo lugar, se establecen diversos criterios para identificar la misión o el consulado responsable de prestar la asistencia consular, ya que se trata de informar debidamente a los ciudadanos no representados acerca de la competencia de los cónsules honorarios a dichos efectos (apartado segundo del artículo 2 de la Directiva)⁴⁰, de redirigirles a la Embajada o el Consulado competentes en los casos en los que exista un acuerdo práctico en vigor sobre reparto de responsabilidades entre los Estados miembros, o en el caso de que otro Estado miembro represente permanentemente ante un tercer país al Estado de nacionalidad del ciudadano interesado (apartados segundo y tercero del artículo 7 de la Directiva)⁴¹.

11. En situaciones de crisis cobra especial relevancia la inclusión en la Directiva del concepto de “*Estado de referencia*”⁴², relativo a uno o más Estados miembros representados en el tercer estado concernido que deberán coordinar y dirigir la asistencia a los ciudadanos no representados (Considerando vigésimo tercero), aunque corresponde al Estado miembro de nacionalidad proporcionar al Estado de referencia toda la información pertinente sobre sus ciudadanos no representados presentes en dichas situaciones (apartado tercero y cuarto del artículo 13 de la Directiva)⁴³, tal y como ya se estableció en la práctica precedente⁴⁴.

12. Cabe finalmente mencionar entre las facilidades que introduce la Directiva para el ejercicio del derecho de asistencia consular la posibilidad de probar la nacionalidad del interesado con medios alternativos al pasaporte o el documento de identidad, dado que estos no confieren carácter constitutivo al derecho que nos ocupa⁴⁵, y el establecimiento de un procedimiento simplificado en situaciones de crisis de las solicitudes de reembolso de los gastos ocasionados por toda la ayuda prestada al ciudadano no representado⁴⁶.

En síntesis, estas previsiones hacen más accesible el ejercicio del derecho que nos ocupa dado que resulta más previsible la actuación de las misiones diplomáticas y de los consulados concernidos. No obstante, dichas mejoras no logran alcanzar el umbral de las garantías que establecía la Propuesta normativa de la Comisión⁴⁷.

⁴⁰ Esta previsión no figuraba en la Decisión 95/553/CE. La competencia de los cónsules honorarios dependerá de lo que establezcan la legislación y las prácticas nacionales del Estado miembro al que representen; véase el apartado tercero del artículo 3 de la Propuesta COM (2011), 881 final.

⁴¹ La Decisión 95/553/CE no contempla estas obligaciones de los Estados miembros para facilitar el ejercicio del derecho a los ciudadanos concernidos, a pesar de prever los casos de la existencia de representación permanente por otro Estado miembro (último inciso del artículo 1) y de la posibilidad de convenir acuerdos prácticos sobre la gestión de las solicitudes de asistencia (artículo 4). En el caso de que existan dichos acuerdos el Estado miembro concernido deberá notificarlo a la Comisión y al SEAE para darle publicidad, garantizando su conocimiento por los ciudadanos no representados (último inciso del apartado segundo del artículo 7, y del Considerando Décimo de la Directiva (UE) 2015/637).

⁴² Esta noción se crea en la Decisión del Comité Político de Seguridad del Consejo de 12 de junio de 2007, Doc. 10715/07. Véanse también las Directrices de la Unión Europea para la aplicación del concepto de Estado de referencia en materia consular, DO C 317/6, de 12.12.2008.

⁴³ Se incluyó en la Directiva el concepto de Estado de referencia descartando el de “*Estado principal*” que figuraba en la Propuesta de la Comisión, y definiendo además escuetamente sus obligaciones frente a las que figuran en dicha Propuesta, tales como atribuir al Estado principal una función específica para asistir a los ciudadanos no representados, reunirlos y, en su caso, evacuarlos a un lugar seguro con la ayuda de los demás Estados miembros afectados (Considerando vigésimo primero y artículo 16 de la Propuesta COM (2011) 881 final). El Parlamento Europeo propuso eliminar dicha noción de la Propuesta y abogó por otorgar a las Delegaciones de la Unión en terceros estados esta responsabilidad; Doc. 2007/2196 (INI), antes citado.

⁴⁴ Véanse las Directrices en materia de protección consular de los ciudadanos de la UE en terceros países, Doc. 15613/10 COCON 40 PESC 1371.

⁴⁵ Considerando decimotercero y apartado segundo del artículo 8 de la Directiva (UE) 2015/637 del Consejo. La Directiva se refiere a las situaciones en las que el ciudadano no representado “*no pudiera presentar un pasaporte o documento de identidad válidos*” una previsión más liviana que la que establece el apartado segundo del artículo 2 de la Decisión 95/553/CE que solo se refiere a los casos de pérdida o de sustracción de los documentos, y que no incluía entre otros los casos de deterioro o destrucción de estos.

⁴⁶ Considerando vigésimo octavo y apartado primero del artículo 15 de la Directiva (UE) 2015/637 del Consejo. Este procedimiento no se contempla en el artículo 6 de la Decisión 95/553/CE, si bien, en su apartado primero se establece la posibilidad de decidir discrecionalmente la asistencia sin autorizar los gastos por las autoridades competentes del Estado miembro de nacionalidad del solicitante “*en caso de extrema urgencia*”. El nuevo procedimiento simplificado de reembolso de los gastos resulta especialmente eficaz en las situaciones de crisis dado el alto número de ciudadanos no representados que solicitan asistencia lo que tensiona exponencialmente la capacidad de las misiones diplomáticas y de los consulados concernidos; véase la Propuesta COM (2011) 881 final, págs. 5, 8, 13, 20 y 21.

⁴⁷ Véanse, por ejemplo, los artículos 7 a 11 de la Propuesta COM (2011) 881 final.

13. Finalmente, la Directiva establece un régimen conciso de las funciones del SEAE⁴⁸ y de las Delegaciones de la Unión Europea ante terceros estados para prestar el derecho que nos ocupa.

Ciertamente, dicho régimen es el corolario del creciente papel que adquirió la Comisión Europea en este ámbito desde la celebración del Tratado de Lisboa dado lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 27 y en el artículo 35 del TUE, y en el artículo 23 del TFUE⁴⁹. La Comisión impulsó iniciativas para minimizar las diferencias entre prácticas nacionales de asistencia consular, propugnó debates institucionales sobre el encaje del derecho en el Estatuto de Ciudadanía de la Unión⁵⁰, coordinó las actuaciones del mecanismo europeo de protección civil⁵¹ y, en el marco de la celebración de acuerdos internacionales con terceros estados incluyó cláusulas de consentimiento para facilitar el ejercicio del derecho de asistencia consular en línea con lo previsto en el artículo 8 de la CV de 24 de abril de 1963⁵².

La Directiva prevé dos situaciones en las cuales las Delegaciones de la Unión en terceros estados y el SEAE desarrollan funciones diferentes, aunque complementarias.

En situaciones de normalidad los Estados miembros deben cooperar con las Delegaciones de la Unión informando sobre aspectos relativos a los ciudadanos no representados, así como sobre la existencia de los acuerdos prácticos existentes en el tercer estado en cuestión (artículo 12 de la Directiva⁵³), además de proporcionar una información permanentemente actualizada al SEAE sobre los puntos de contacto competentes en los respectivos Ministerios de Asuntos Exteriores a través del sitio web del SEAE (Consular Online), según dispone el Considerando decimosexto de la Directiva y el apartado cuarto del artículo 10 de la Directiva.

Empero, la dimensión funcional del SEAE y de las citadas Delegaciones adquiere mayor relevancia en la gestión de las situaciones de crisis, ya que la Directiva prevé diversas obligaciones a su cargo. Así, por ejemplo, proporcionar apoyo logístico disponible (espacio de oficinas, equipamiento, alojamiento temporal para el personal consular y los equipos de intervención, etc), según dispone el artículo 11 de la Directiva; coordinar con los Estados miembros representados en un tercer estado los planes de emergencia, informar debidamente de los preparativos para situaciones de crisis a sus Embajadas o Consulados competentes (incluidas las capacidades de evacuación de las que dispongan) y apoyar al Estado de referencia o a los Estados miembros que coordinen la asistencia (artículo 13 de la Directiva⁵⁴).

⁴⁸ Véase la Decisión 2010/427/UE del Consejo, de 16 de julio de 2010, por la que se establece la organización y el funcionamiento del servicio europeo de acción exterior, DO L 201/30 de 3.08.2010.

⁴⁹ De conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 23 del TFUE corresponde a la Comisión presentar las propuestas de las Directivas que adopte el Consejo, por mayoría cualificada, que establezcan las medidas de coordinación y cooperación necesarias para facilitar el ejercicio del derecho. Por su parte, el apartado tercero del artículo 27 del TUE prevé la creación del SEAE con un papel destacado de la Secretaría General de la Comisión, y, el apartado décimo de la Decisión del Consejo relativa a su organización y funcionamiento otorga funciones de apoyo a cargo de las Delegaciones de la Unión en terceros estados para la protección de los ciudadanos de la Unión; DO L 201/30 de 30.08.2010. Dicha previsión es coherente con lo previsto en el artículo 35 del TUE.

⁵⁰ Véase el Doc. COM (2011) 149/2 antes citado, págs. 6 -10 y 13.

⁵¹ Decisión del Consejo 2007/779/CE, Euratom de 8 de noviembre de 2007, DO L 314/9 de 1.12.2007; y, Decisión del Parlamento Europeo y Consejo 1313/2013/UE de 17 de diciembre de 2013, DO L 347/924 de 20.12.2013.

⁵² Véase EC, EU Citizenship Report 2017, Luxembourg, 2017, pag. 32.

⁵³ Los Estados miembros deben proporcionar a las Delegaciones de la Unión información sobre cuestiones relevantes para los ciudadanos no representados, como la seguridad, las condiciones de reclusión, el acceso y la notificación consular y la cooperación en caso de crisis, según dispone el Considerando décimo noveno de la Directiva. A su vez, las Delegaciones de la Unión y el SEAE facilitarán el intercambio de dicha información entre las Embajadas y los Consulados de los Estados miembros, y, en su caso, con las autoridades locales según dispone el artículo 11 de la Directiva.

⁵⁴ De conformidad con el Considerando séptimo de la Directiva, estas previsiones reconocen y refuerzan la contribución prestada por el SEAE y por las Delegaciones de la Unión durante las situaciones de crisis. Cabalmente, la Directiva no prevé que toda la responsabilidad sobre la gestión de las crisis recayera en las Delegaciones de la Unión y en el SEAE, separándose de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2012 (Enmiendas 15, 50 y 56 a la Propuesta COM (2011) 0881-2011/0432 (CNS), Doc. EP-A7-0288/2012). Debe también reseñarse que la Directiva no establezca entre sus previsiones otras propuestas del Parlamento Europeo de dudosa viabilidad jurídica, tales como que a las Delegaciones de la Unión se las otorgara competencias directas de asistencia consular a los ciudadanos no representados y a sus familiares (Enmiendas 18, 25, 26 y 27). Ello a pesar de que la propia Comisión Europea había considerado previamente esta posibilidad en su Comunicación sobre “*Protección Consular eficaz en los terceros países: la contribución de la Unión Europea. Plan de acción 2007-2009*”, COM (2007) 767 final, Bruselas, 5.12.2007, pag. 12.

IV. El tránsito hacia un modelo más eficiente de asistencia consular. Cuestiones jurídicas pendientes

14. Transcurridos más de treinta años desde su consagración en el Tratado de Maastricht, el derecho a la asistencia consular aún plantea cuestiones complejas, tales como los límites del ámbito subjetivo de sus beneficiarios, la simplificación y la clarificación de los trámites a cargo del ciudadano no representado, el contenido prestacional que deben proporcionar las Embajadas y Consulados concernidos, la refocalización de las funciones de las Delegaciones de la Unión y del SEAE como garantes de su tutela, y, la no menos relevante cuestión de la exigibilidad de responsabilidades cuando no pueda ejercerse el derecho por los interesados.

Ello a pesar de la exitosa implementación del vigente marco normativo que lo regula, hecho del que dan debida cuenta tanto los Informes periódicos de la Comisión sobre la ciudadanía de la Unión⁵⁵, como el dato nada desdeñable de que no existan Decisiones del Tribunal de Justicia sobre la interpretación y la aplicación del marco normativo en cuestión.

15. Merecen también una mención especial la Resolución de crisis como las que generó el covid-19, el conflicto de Afganistán y la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania, en las que se vieron involucrados numerosos nacionales de los Estados miembros⁵⁶.

Como ya dije anteriormente, la posibilidad de ampliar el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia consular fue objeto de discrepancias interinstitucionales durante el procedimiento para la adopción de la vigente Directiva, ya que el Parlamento Europeo y la Comisión propugnaron la inclusión de los apátridas, de los refugiados y de los nacionales de terceros estados residentes en un Estado miembro en posesión de un documento de viaje expedido por dicho Estado miembro.

Esta cuestión ha resurgido recientemente, si bien se apunta a otras categorías de personas que se encuentren en circunstancias determinadas, tales como los grupos vulnerables no representados (mujeres embarazadas, menores no acompañados, personas con movilidad reducida o con discapacidad, víctimas de violencia de género, personas discriminadas por razones diversas, etc.), que, en situaciones de crisis o conflictos internos o internacionales, deben ser objeto de especial protección⁵⁷.

Similarmente, debería esclarecerse el alcance de la noción de acompañante del ciudadano concernido, dado que, generalmente, se prioriza la asistencia consular a sus familiares en primer grado en cualquier situación⁵⁸.

Pero ninguna de las citadas categorías se incluye en el articulado de la actual Propuesta de modificación de la vigente Directiva, ya que solo se aborda esta cuestión en su Considerando décimo tercero, aunque la Propuesta de la Comisión ya ha sido objeto de enmiendas del Parlamento Europeo durante el procedimiento de adopción actualmente en curso⁵⁹.

16. En otro orden de cosas, la Propuesta de la Comisión incide en la necesidad de simplificar y clarificar los trámites a cargo del ciudadano que solicita la asistencia consular, estableciendo también nuevas obligaciones a cargo de las Embajadas y Consulados de los Estados miembros en terceros estados.

Así, por ejemplo, para determinar la viabilidad del ejercicio del derecho se clarifican los artículos 6 y 7 de la vigente Directiva, incluyendo algunas precisiones que habían sido consideradas durante los trabajos previos para su adopción⁶⁰, tales como: la dificultad para llegar a la Embajada o el Consu-

⁵⁵ Véase, por ejemplo, el apartado octavo del Informe COM (2023) 931 final, Bruselas, 6.12.2023, págs. 40-41.

⁵⁶ Véase el apartado primero del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva del Consejo (UE) 2015/637, COM (2022) 437 final, Bruselas, 2.09.2022.

⁵⁷ Véase el Punto 4.2 del Informe COM (2022) 437 final, antes citado.

⁵⁸ Véase el Punto 5.1.3 del Informe COM (2022) 437 final.

⁵⁹ En la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 24 de abril de 2024 sobre el Doc. 2023/0441 (CNS) relativa a las medidas para facilitar la protección consular de los ciudadanos de la Unión no representados en terceros estados, Doc. P9_TA (2024) 0336, se introducen enmiendas para la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a los refugiados y apátridas que residen en un Estado miembro y tengan un documento de viaje expedido por dicho Estado miembro, y a personas bajo protección temporal (Primera Enmienda); a los grupos vulnerables, incluyendo a las personas mayores, y a las víctimas de matrimonios forzados o secuestro marital (Séptima Enmienda).

⁶⁰ Véase la Nota 39.

lado concernido en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta la naturaleza y la urgencia de la asistencia requerida y los medios a disposición del ciudadano; la posibilidad de que dichas Embajadas o Consulados estén cerrados; o, el supuesto de que al redirigirle a éstas se ponga en riesgo la prestación de la asistencia si existe urgencia⁶¹.

Las razones de urgencia también podrían justificar que la asistencia se preste por la Embajada o el Consulado al que se haya dirigido el interesado, aunque exista un acuerdo que especifique que la ayuda en cuestión deba ser prestada por otro Estado miembro⁶².

17. A su vez, se incrementan las obligaciones a cargo de los Estados miembros concernidos en otros ámbitos como, por ejemplo, la inclusión del deber de evacuar al ciudadano no representado en caso de emergencia (letra e) del artículo 9 y Considerando décimo segundo de la Propuesta); la obligación de informar debidamente al SEAE de los órganos responsables en este ámbito en los Ministerios de Asuntos Exteriores así como de elaborar las listas actualizadas de su red consular y de los acuerdos de representación con otros Estados miembros en terceros estados, más la comunicación de ciertos datos exhaustivos sobre la asistencia proporcionada a los ciudadanos en años precedentes⁶³.

Estas obligaciones de información a cargo de los Estados también se incrementan al hacerse obligatoria la reproducción en los pasaportes del apartado primero del artículo 23 del TFUE, así como la difusión del derecho de asistencia consular en campañas de promoción turística y entre los transportistas que operan con terceros países⁶⁴.

Por otro lado, se prevé un régimen más favorable al ciudadano no representado según el cual la falta de recursos para sufragar los gastos de la asistencia consular no deberá ser un impedimento para proporcionársela ya que, en última instancia, podrán repercutirse al Estado miembro de su nacionalidad, disponiendo dicho ciudadano de un plazo de hasta 12 meses para reembolsarlo desde su requerimiento⁶⁵. Este régimen resulta aún más accesible en las situaciones de crisis⁶⁶.

Una referencia especial merecen las nuevas funciones que se pretenden atribuir a las Delegaciones de la Unión ante terceros estados y al SEAE. En este sentido la Propuesta incrementa sus competencias precisando más detalladamente también las formulas de cooperación con los Estados miembros.

La novedad de mayor calado es el apartado segundo del artículo 11 de la Propuesta que faculta a las Delegaciones de la Unión, previa solicitud de los Estados miembros concernidos, a proporcionar asistencia consular específica al ciudadano interesado. Ello supondría el establecimiento de un trato directo con el ciudadano, ya que se prevé expresamente que la asistencia que proporcionen las Delegaciones de la Unión pueda consistir en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 9 de la vigente Directiva (UE) 2015/637 del Consejo⁶⁷. La relación directa con el ciudadano de la Unión está prevista también con relación a la información que se debe proporcionar a dichos efectos⁶⁸.

⁶¹ Artículo 6 y Considerandos Tercero a Séptimo de la Propuesta COM (2023) 930 final.

⁶² Una solución similar también se prevé para las situaciones de crisis que requieran afrontar solicitudes masivas de asistencia; véase el artículo 7 y los Considerandos Noveno a Undécimo de la Propuesta COM (2023) 930 final. En la citada Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 24 de abril de 2024, se propugna además que el plazo para poder acceder a la representación diplomática o consular del ciudadano concernido no supere las 48 horas (Cuarta Enmienda), y que se tome en consideración la falta de personal disponible en dichas representaciones (Quinta Enmienda).

⁶³ Véanse, respectivamente, el apartado cuarto del artículo 10 y el artículo 13 b) de la Propuesta COM (2023) 930 final.

⁶⁴ Véase el artículo 13 c) de la Propuesta COM (2023) 930 final.

⁶⁵ Véase el artículo 14 y los Considerandos Trigésimo Segundo a Trigésimo Quinto de la Propuesta COM (2023) 930 final. En la citada Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 24 de abril de 2024 se amplía el plazo de reclamación del reembolso por los gastos de la asistencia hasta los 3 meses (Décimo sexta Enmienda).

⁶⁶ Véase el artículo 15 y los Considerandos Trigésimo Sexto y Trigésimo Séptimo de la Propuesta COM (2023) 930 final. No obstante, es poco frecuente que se requiera el reembolso de los gastos por la asistencia entre los Estados miembros concernidos; véase el Punto 5.3 del Informe COM (2022) 437 final.

⁶⁷ Véase el Considerando Décimo Octavo de la Propuesta COM (2023) 930 final. A su vez, el Considerando Décimo Séptimo de la Propuesta indica que la intervención de las Delegaciones de la Unión a dichos efectos ha resultado muy oportuna en terceros estados donde existe una escasa representación de los Estados miembros, sobre todo en situaciones de crisis. En la citada Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 24 de abril de 2024 se otorga a las Delegaciones de la Unión en terceros estados donde no exista representación de Estados miembros, o donde ésta no garantice la tutela asistencial, plena capacidad para proporcionar la asistencia consular (Vigésima Segunda Enmienda).

⁶⁸ Véase el apartado segundo del artículo 13 c) de la Propuesta. El Considerando Trigésimo de la Propuesta especifica

Se precisan más detalladamente los ámbitos de participación de las Delegaciones de la Unión en la cooperación a nivel local con las autoridades consulares de los Estados miembros (artículo 12 de la Propuesta) y se hace una exposición mucho más exhaustiva que la de la vigente Directiva en lo concerniente a sus funciones para la preparación y la respuesta a las situaciones de crisis (artículos 13 y 13 a) y Considerandos Vigésimo a Vigésimo Sexto de la Propuesta)⁶⁹. La Comisión ya había identificado las situaciones de crisis como una de las prioridades para la modificación de la vigente Directiva en su Programa de Trabajo de 2021⁷⁰.

18. La Propuesta aborda finalmente la cuestión de la tutela jurídica de los interesados en caso de violación injustificada del derecho de asistencia consular. Con dicha finalidad el artículo 16 b) de la Propuesta establece que *“los Estados miembros garantizarán que los ciudadanos no representados disponen de un recurso efectivo en su ordenamiento interno en el caso de que se viole alguno de los derechos reconocidos en la Directiva”*.

El Parlamento Europeo precisa y completa esta relevante novedad normativa introduciendo una enmienda a la Propuesta de la Comisión, según la cual dicha tutela se debe garantizar con el establecimiento de un mecanismo efectivo de reclamaciones y recursos judiciales al que tengan acceso los interesados⁷¹.

A la luz del Considerando Cuarenta y Cuatro de la Propuesta de Directiva, que, de conformidad con el artículo 47 de la Carta establece la necesidad de introducir en la Directiva un artículo sobre las reparaciones legales en caso de violación del derecho de asistencia consular, parece evidente que se cubrirá próximamente el vacío legal existente.

No obstante, si la Propuesta de Directiva se adoptara sin cambios sustanciales, descartada ya la posibilidad de que se adopte bajo la actual Presidencia belga del Consejo, dicha previsión resultaría insuficiente y además exigiría ciertas garantías supranacionales para su implementación.

19. Abordaré a continuación estas cuestiones distinguiendo, por un lado, la exigibilidad de responsabilidad a las Delegaciones de la Unión en terceros estados y al SEAE, y, por otro lado, a los Estados miembros.

En el bien entendido que, con relación al futuro régimen de naturaleza interna sobre reclamaciones por violación del derecho que nos ocupa, habrá que articular un procedimiento administrativo ad hoc previo a la posible demanda ante el órgano jurisdiccional competente. Dicho procedimiento administrativo deberá conformarse siguiendo estándares uniformes que eviten abusos discrecionales o dilaciones indebidas. A tal efecto, la Comisión podría adoptar la norma pertinente haciendo uso de sus poderes delegados dentro del plazo de los dos años previstos para la transposición de la Directiva según prevé el apartado primero del artículo 3 de la Propuesta.

que se deberá difundir la información relevante a cargo de las redes consulares de los Estados miembros en terceros estados, incluidos aquellos donde se hayan celebrado acuerdos prácticos para compartir responsabilidades en la asistencia consular a los ciudadanos no representados. En la citada Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 24 de abril de 2024 se añaden como obligaciones a cargo de los Estados miembros concernidos, informar a los ciudadanos mediante tecnologías digitales y SMS (Cuarenta y Cuatro Enmienda).

⁶⁹ Todas estas previsiones cobran mayor relevancia a la luz de los datos recientemente aportados por la Comisión, según los cuales en 25 terceros estados no existe representación diplomática o consular de ningún Estado miembro, aunque en 5 de dichos estados sí existe una Delegación de la Unión Europea (Afganistán, Barbados, Eswatini, Guyana y Lesotho), y, en muchos terceros estados la representación diplomática o consular de los Estados miembros es tan escasa que no garantiza el ejercicio del derecho en casos de crisis o de solicitudes masivas de asistencia de ciudadanos no representados; véase el Punto 4.2, el Punto 5.2.2 y el Punto 5.2.4 del Informe COM (2022) 437 final, antes citado. De hecho, el incremento de las funciones de las misiones de la Unión en terceros estados ha sido requerido por la mayoría de los Estados miembros dada su incapacidad para cubrir las crecientes necesidades de asistencia consular; véase el Punto 2.2.7, el Punto 2.3 y el Punto 2.4 del Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión sobre la evaluación del impacto de la Directiva (UE) 2015/637 y de la Directiva (UE) 2019/997, SWD (2023) 941 final, Bruselas, 6.12.2023.

⁷⁰ Véase el último párrafo del Punto 2.4 de la Comunicación sobre el Programa de Trabajo de la Comisión para 2021, COM (2020) 690 final, Bruselas, 19.10.2020.

⁷¹ Véase la Quincuagésima Segunda Enmienda, que introduce el Punto 9 del apartado primero del artículo 1 de la Propuesta de la Directiva, de la citada Resolución legislativa de 24 de abril de 2024.

En lo concerniente a las reclamaciones por daños causados que sean imputables a las Delegaciones de la Unión en terceros estados o al SEAE, la entrada en vigor de la Directiva establecería un nuevo régimen jurídico. Como es sabido, la normativa en vigor no faculta a dichas instancias supranacionales para llevar a cabo actuaciones que impliquen un trato directo con los interesados⁷². Esta situación cambiaría con el futuro marco normativo ya que, tal y como se señaló anteriormente, el artículo 11.2 y el artículo 13 c) establecen las bases del trato directo de las instituciones de la Unión con los ciudadanos concernidos.

Por consiguiente, el actual *status quo*, bien balizado desde el asunto *Odigitria*⁷³, abrirá paso a un nuevo escenario donde los interesados podrían reclamar la indemnización por daños en los casos de inasistencia consular según lo previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 340 del TFUE.

20. A nivel interno los Estados miembros deberán adecuar sus ordenamientos jurídicos para garantizar la tutela administrativa y la tutela judicial del derecho que nos ocupa mediante estándares normativos homologables que respeten los principios de equivalencia y efectividad⁷⁴.

Ciertamente, la tutela jurídica a nivel interno del ciudadano no representado en un tercer estado es hoy plausible con base en lo dispuesto en el apartado primero del artículo 47 de la Carta⁷⁵, y en párrafo segundo del apartado primero del artículo 19 del TUE.

Ello sin menoscabo de que pueda también prevalerse de la tutela supranacional en los casos de inasistencia mediante la denuncia de los hechos a la Comisión o su propio estado de nacionalidad, cuya finalidad sería ventilar el asunto mediante un procedimiento por incumplimiento previsto en los artículos 258 y 259 del TFUE. O demandar al Estado miembro concernido ante sus jurisdicciones internas para exigir el resarcimiento que fuera pertinente, circunstancia que podría conllevar que el órgano jurisdiccional en cuestión eleve una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia según lo previsto en el artículo 267 del TFUE, o que se le reconozca una indemnización adecuada conforme al principio de responsabilidad patrimonial del estado por violación del derecho de la Unión⁷⁶.

Pero, como se ha reiterado anteriormente, a fecha de hoy no se ha propiciado una casuística relevante a nivel interno⁷⁷, ni se han adoptado aún decisiones sobre la tutela de este derecho por el Tribunal de Justicia.

⁷² Así, por ejemplo, los artículos 11 y 13 de la Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, solo establecen la obligación de las Delegaciones de la Unión y del SEAE de cooperar estrechamente con los Estados miembros. Similarmente, la Directiva (UE) 2019/997 del Consejo, se limita a facultar a la Comisión para adoptar actos de ejecución que contengan especificaciones técnicas complementarias para los DPV UE (artículo 9), ejercer poderes delegados sujetos a condiciones sobre el formato uniforme de dichos documentos (artículo 11), y para notificar a las autoridades competentes de terceros estados acerca del uso y las características de estos documentos (artículo 13).

⁷³ As T-572/93, *Odigitria AAE c. Consejo y Comisión*, EU:T:1995:131 [63-85]. Como es sabido, en esta Decisión judicial se excluyó la posibilidad de reclamar la responsabilidad de la Comunidad por no proporcionar cierta asistencia a los miembros de la tripulación de un buque apresado en Guinea Bissau. Ello sin menoscabo de algunos casos de carácter puntual donde las Delegaciones de la Unión han cooperado con los Estados miembros concernidos; véase, por ejemplo, la respuesta de la Alta Representante de 23 de marzo de 2016 a la pregunta parlamentaria escrita núm. 147/2016 y de 15 de junio de 2016 a la pregunta parlamentaria escrita núm. 3668/2016. Igualmente, el párrafo segundo del Punto 4.2 del Informe COM (2022) 437 final, antes citado.

⁷⁴ Véase, por ejemplo, el asunto C-278/20, *Comisión c. Reino de España*, EU:C:2022:503 [58-89], [101-113], [122-132], [138-144], [158-169] y [176-186].

⁷⁵ El Tribunal de Justicia ha reiterado la invocabilidad directa por los particulares y la especificidad de este derecho como parámetro de enjuiciamiento en su jurisprudencia; véanse, por ejemplo, los asuntos C-924/19, PPU y C-925/19 PPU, *FMS* y otros, EU:C:2020:367, [140]; C-69/10, *Diouf*, EU:C:2011:524 [48-49], [54] y [60]; etc.

⁷⁶ La responsabilidad puede emerger por hechos causados por los poderes públicos incluidas las conductas de los funcionarios públicos, aunque actúen discrecionalmente sin sujetarse a normas o instrucciones de sus superiores; en este sentido, véase el asunto C-470/03, *AGM*, EU:C:2007:2013 [57].

⁷⁷ Subyacen aquí diversas causas tales como las lagunas regulatorias de muchos Estados miembros, el alto margen de discrecionalidad del que disponen los ejecutivos de algunos Estados miembros para conceder la asistencia, o el desinterés que suscita en el ciudadano concernido involucrarse en procesos judiciales *ex post*, dado su alto coste económico y el hecho de que la decisión se adopte cuando ya no es posible ejercer el derecho que nos ocupa; véase el exhaustivo Estudio dirigido por S. Faro y M.B. Moraru, *Consular and Diplomatic Protection Legal Framework in the EU Member States*, CARE P.-Cnr, Florencia, 2010, actualizado en diciembre de 2013, págs. 671-672.

V. Conclusiones

21. Pendiente aún de su adopción por el Consejo, el nuevo marco normativo que regulará el derecho a la asistencia consular de los ciudadanos de la Unión en un tercer estado en el que carezcan de representación diplomática o consular de su nacionalidad, debe valorarse positivamente no sin manifestar ciertas cautelas.

Se trata sin duda de una regulación más eficiente por cuanto clarifica aspectos esenciales para el ejercicio del derecho, tales como la posibilidad real de acceso a la asistencia consular por los interesados teniendo en cuenta sus circunstancias personales y las del tercer estado concernido; la ampliación de las instancias capaces de proporcionar dicha asistencia al incluir a las Delegaciones de la Unión en terceros estados⁷⁸, y la relativización de las atribuciones de los cónsules honorarios a estos efectos⁷⁹; la simplificación de los trámites burocráticos y de reembolso por la prestación de la asistencia consular; la ampliación de los medios de acceso a la información a los ciudadanos relativa a la forma de ejercer el derecho; y el establecimiento de procedimientos internos para resarcir los daños causados a los ciudadanos concernidos en los casos de falta de asistencia, entre otros.

22. Entiendo, no obstante, que la ampliación del ámbito subjetivo de los beneficiarios del derecho de asistencia consular puede presentar, tal y como figura en la Propuesta de la Comisión tras las enmiendas del Parlamento Europeo, dificultades de encaje jurídico, amén de evidentes problemas burocráticos difíciles de solventar por las Embajadas y por los Consulados de los Estados miembros de que se trate, o por las propias Delegaciones de la Unión si fuera el caso.

Dada la práctica existente conforme a las vigentes Directivas, las dificultades no surgirían tanto de la indefinición de la noción de familiares del ciudadano no representado o de sus acompañantes⁸⁰, como de las otras categorías de personas que requieran la asistencia consular en las circunstancias que nos ocupan y a las que hicimos referencia anteriormente.

No resulta procedente integrar en el ámbito de los beneficiarios de un derecho del Estatuto de Ciudadanía de la Unión a esta última categoría de personas cuyas situaciones deben encontrar encaje en otro tipo de instituciones jurídicas, ya que ello desnaturalizaría el derecho que nos ocupa.

Sin cuestionar el hecho de que son personas que necesitan un trato cualificado por razones humanitarias, especialmente si la asistencia consular se solicita en el marco de crisis, conflictos o graves situaciones, debe deslindarse dicho trato del ejercicio de un derecho de los ciudadanos cuya tutela requiere la capacidad prestacional de los Estados miembros de la Unión concernidos, o, en su caso, de las Delegaciones de la Unión en terceros estados, y cuya exigibilidad debe aquilatarse en función de los recursos humanos y materiales disponibles en cada situación, que está sujeta además a otras contingencias derivadas de la extraterritorialidad.

23. Confundir la atribución de derechos subjetivos fundados en la nacionalidad de una persona humana con los derechos inherentes a la dignidad de toda persona humana es un dislate jurídico ya que equipara el estado de necesidad, las necesidades en suma de una persona en una situación determinada con un derecho subjetivo previamente establecido. Una aporía jurídica que cuestionaría la propia razón de ser del Estatuto de Ciudadanía de la Unión en general, y del derecho a la asistencia consular de los ciudadanos no representados en un tercer estado en particular.

⁷⁸ El hecho de que la Unión Europea no sea parte de los citados Convenios de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares no es un obstáculo para que las Delegaciones de la Unión en terceros estados puedan prestar la asistencia consular por analogía, mediando una solicitud formal ante las autoridades competentes de dichos estados. Siempre y cuando no se susciten objeciones a esta solicitud derivadas de una interpretación restrictiva del artículo 8 del CV sobre relaciones consulares por las autoridades del tercer estado de que se trate. En todo caso, querían excluidas ciertas actuaciones consulares previstas en el artículo 5 del Convenio como, por ejemplo, la expedición de pasaportes o las funciones notariales y de Registro Civil; véase la página 25 del Doc. SWD (2023) 941 final, antes citado.

⁷⁹ Véase el Punto 5.1.1 del Informe COM (2022) 437 final, antes citado, y el Considerando Octavo y el apartado tercero del artículo 6 de la Propuesta de Directiva.

⁸⁰ Véase el Punto 5.1.3 del Informe COM (2022) 437 final.