

# INVESTIGACIÓN

## Los estándares en torno al derecho a la información consular en México y Estados Unidos y la cuestión de la asistencia consular

Sergio Méndez Lara\*

\* Miembro del Servicio Exterior Mexicano adscrito a la Embajada de México en Estados Unidos de América. Licenciado en derecho por la unam y especialista en derecho estadounidense, Universidad de Nuevo México. Las opiniones expresadas en el presente artículo reflejan la posición exclusiva del autor y no representan en modo alguno la posición de la Secretaría de Relaciones Exteriores.



## Resumen

Este ensayo explica los estándares en México y Estados Unidos en cuanto al derecho a la información consular contenido en el artículo 36.1b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, por medio del análisis de las decisiones judiciales relevantes que los han forjado. Además, se contrastan las distintas concepciones que envuelven el razonamiento jurídico respecto a este derecho en la Suprema Corte estadounidense y la Suprema Corte mexicana. Por otra parte, el ensayo expone que la Suprema Corte de Justicia Nacional (SCJN), con el proyecto del ministro Arturo Zaldívar sobre el caso Florence Cassez, confunde el derecho a la información consular –el cual es un derecho de la persona– y el derecho a la asistencia consular –un derecho del Estado– lo que puede minar los esfuerzos para fijar estándares claros y serios que protejan a las personas extranjeras en nuestro país.

*Palabras clave: información consular, comunicación consular, asistencia consular, pena de muerte, sentenciados a muerte, preclusión procesal, perjuicio, derecho humano, adversarial, Avena, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, artículo 36, artículo 36.1b, Medellín, Medellín vs. Texas, Sanchez-Llamas vs. Oregon, Breard vs. Greene, Leal Garcia vs. Texas, Gutierrez vs. State (Nevada), Torres vs. Oklahoma, Florence Cassez, ministro Zaldívar.*

## Abstract

This paper analyzes, through the study of relevant judicial decisions, the current standards in Mexico and in the United States regarding the right to information on consular assistance embodied in Article 36.1.b of the Vienna Convention on Consular Relations. Moreover, this paper shows the divergent legal rationale behind the decisions of the United States and the Mexican Supreme Courts on this issue. Finally, this paper argues that the Supreme Court of Mexico, through the draft opinion of Justice Arturo Zaldívar on the Florence Cassez case, confuses the right to information on consular assistance –an individual right– and the right of consular assistance –a right of the sending State– undermining the efforts to achieve unambiguous and reasonable standards that better protect foreign nationals in Mexico.

*Key words: consular information, consular communication, consular assistance, death penalty, death sentence, procedural default rules, procedural default doctrine, prejudice, actual prejudice, human right, adversarial, Avena, Vienna Convention on Consular Relations, Article 36, Article 36.1.b, Medellín, Medellín v. Texas, Sanchez-Llamas v. Oregon, Breard v. Greene, Leal Garcia v. Texas, Gutierrez v. State (Nevada), Torres v. Oklahoma, Florence Cassez, Justice Zaldívar.*

## Sumario

I. Introducción; II. El marco del derecho a la información consular y el contexto de la disputa en Avena; III. Estándares en torno al derecho a la información consular en Estados Unidos; IV. Estándares en torno al derecho a la información consular en México; v. Conclusiones; VI. Bibliografía.

## I. Introducción

El derecho a la información consular, reconocido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, es un derecho poco conocido en realidad, a diferencia de otros derechos que tiene un acusado en un proceso penal, por ejemplo. Paradójicamente, muchos de los casos que envuelven su aplicación despiertan la atención de la sociedad y los medios de comunicación, ya que involucran a extranjeros a quienes se atribuye responsabilidad por delitos sumamente graves y odiosos. La determinación que se tome en cuanto a su alcance, puede convertirse, precisamente, en la diferencia entre la vida y la muerte de una persona o su libertad o permanencia prolongada en prisión. Debido a esto, el cumplimiento de este derecho ha sido motivo de disputas entre países, ha provocado intensas discusiones en los órganos de impartición de justicia y ha movilizó a algunos sectores de la sociedad. Por otra parte, la asistencia consular, si bien ligada al derecho a la información consular, ha sido confundida por nuestros tribunales, a pesar de ser un derecho distinto.

La cuestión del derecho a la información y a la asistencia consulares no es nueva para México; de hecho, nuestro país ha tenido un papel protagónico en la comunidad internacional por la defensa del derecho de los mexicanos que se encuentran en el exterior, a ser informados por las autoridades competentes sobre su derecho a recibir asistencia y protección de su Consulado.<sup>1</sup> A pesar de estos esfuerzos, se ha terminado con la vida de dos mexicanos en años recientes, José Ernesto Medellín Rojas (2008) y Humberto Leal García (2011) en Estados Unidos, y algunos otros están a un paso de la ejecución. No obstante, en el ámbito interno en México, el tema ha tenido relevancia y despertado interés a raíz del proyecto de amparo<sup>2</sup> presentado por el ministro de la SCJN, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en relación con el caso

---

<sup>1</sup> Al respecto, véase Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, serie A, núm. 16, y Corte Internacional de Justicia, *Caso Avena y Otros Nacionales Mexicanos (México vs. Estados Unidos)*, Sentencia de fondo del 31 de marzo de 2004, CIJ, Reportes 2004, p. 12.

<sup>2</sup> Proyecto de *Amparo Directo en Revisión 517/2011, Quejosa y Recurrente Florence Marie Louise Cassez Crepin*, Ponente: min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, p. 99. Disponible en: <[http://www.scjn.gob.mx/pleno/documents/proyectos\\_resolucion/adr-517\\_2011.pdf](http://www.scjn.gob.mx/pleno/documents/proyectos_resolucion/adr-517_2011.pdf)>, (visitada el 12 de octubre de 2012).

de la ciudadana francesa Florence Cassez, sentenciada a 60 años de prisión y cuyo proceso judicial aún sigue su curso.

El caso Cassez constituye la primera oportunidad que la SCJN ha tenido para pronunciarse sobre los derechos contenidos en el artículo 36 de la Convención de Viena, a diferencia de las ocasiones en que la Suprema Corte de Estados Unidos ha contado para el mismo propósito. Esta disparidad en el tiempo y la consecuente falta de estándares claros en la aplicación de estos derechos en México ha sido aprovechada, precisamente, por la propia Suprema Corte de Estados Unidos para argumentar la inexistencia de estándares recíprocos y, por lo tanto, negar judicialmente las reparaciones por violaciones al artículo 36 en perjuicio de los mexicanos que se encuentran en ese país. En este contexto, la importancia de la decisión que la SCJN tome sobre el tema no sólo significa un paso hacia la consolidación de estándares compatibles con la protección de los derechos humanos en nuestro país, sino que, por otra parte, constituye una herramienta argumentativa para la protección de los derechos de los mexicanos en el sistema judicial de Estados Unidos.

Por eso, este ensayo intentará explicar los estándares en México y en Estados Unidos en torno al derecho a la información consular contenido en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, por medio del análisis de las decisiones relevantes que los han forjado. Además, se expondrá que la confusión en la SCJN sobre los derechos a la información y a la asistencia consular puede minar la eficacia de los estándares que en su caso se fijen para proteger los derechos de las personas extranjeras en nuestro país.

Para propósitos de claridad, se usará la terminología empleada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para referirse a los derechos comprendidos en el artículo 36. En ese sentido, el derecho a la *información consular* “es el derecho del *nacional del Estado que envía*, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado, ‘sin dilación’”,<sup>3</sup> que tiene derecho a que se notifique a su Consulado sobre su detención y a mantener comunicación con éste.<sup>4</sup> Por su parte, el derecho a la *asistencia consular* “es el derecho de *los funcionarios consulares del Estado que envía* a proveer asistencia a su nacional”,<sup>5</sup> y el derecho a la comunicación consular es el “*derecho de los funcionarios consulares y los nacionales del Estado que envía* a comunicarse libremente”.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 5.a, *op. cit.*

<sup>4</sup> En este sentido, la CIJ utiliza la palabra *información* para hacer referencia a que a un individuo se le haga saber sobre sus derechos contenidos en el art. 36.1.b. Véase *Avena*, párr. 18.

<sup>5</sup> Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 5.c (la Corte IDH cita los artículos 5° y 36.1.c de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares como fundamento de esta conclusión).

<sup>6</sup> *Ibid.*, párr. 5.d (la Corte IDH cita los artículos 5°, 36.1.a y 36.1.c para esta definición).

Además, la expresión *notificación consular* se empleará en este ensayo para referirse a la comunicación que se dirige a la oficina consular para los propósitos de informar de la detención de sus nacionales.<sup>7</sup>

## II. El marco del derecho a la información consular y el contexto de la disputa en *Avena*

Como ya se anotó, el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 establece, entre otras cosas, el derecho de un nacional extranjero a ser informado del derecho que le asiste de contactar a su Consulado, si así lo decide.<sup>8</sup> La extensión y alcance de este derecho fue motivo de disputa entre México y Estados Unidos en el caso *Avena y Otros Nacionales Mexicanos (México vs. Estados Unidos)* ante la CIJ y lo ha seguido siendo para el cumplimiento de esta decisión en el ámbito interno estadounidense. La decisión de la CIJ en *Avena* ha sido considerada en varias decisiones de tribunales estadounidenses, como se analizará más adelante en este ensayo. Por ello, es necesario poner en contexto la situación de los mexicanos sentenciados a pena de muerte en Estados Unidos y los motivos que llevaron a México a demandar a ese país ante el máximo órgano judicial universal.

Al momento de la presentación de la demanda ante la CIJ, el 9 de enero de 2003, 54 mexicanos habían sido sentenciados a la pena de muerte en Estados Unidos y cuatro más “habían sido ejecutados en circunstancias en las que sus derechos a la protección consular habían sido violados”.<sup>9</sup> Al momento de los argumentos orales en el caso *Avena*, había 52<sup>10</sup> mexicanos en el corredor de la muerte: 28 en California, 15 en Texas, 3 en Illinois y uno en Arizona, Arkansas, Nevada, Ohio, Oklahoma y Oregón, respectivamente. Cincuenta de ellos nunca fueron informados por las autoridades competentes de sus derechos amparados por el artículo 36 de la Convención de Viena, y los dos restantes no fueron informados sin demora, como lo requiere también la Convención. Además, en 29 de los 52 casos, el gobierno de México

<sup>7</sup> La CIJ utiliza esta expresión para propósitos de claridad en la exposición de los argumentos. Véase *Avena*, párr. 18.

<sup>8</sup> Artículo 36. Comunicación con los nacionales del Estado que envía.

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía [...] b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado [...]. 2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

<sup>9</sup> Juan Manuel Gómez-Robledo V., “El caso *Avena* y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/5/art/art6.htm>>, (visitada el 12 de octubre de 2012).

<sup>10</sup> México retiró dos casos cuando “al momento de analizar la Contramemoria de los Estados Unidos, reveló que [el nacional Enrique Zambrano Garibi] pose[ía] la doble nacionalidad y no [podía] por ende acogerse a los beneficios del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y, el Segundo [mexicano Pedro Hernández Alberto] había recibido asistencia consular antes de su interrogatorio”. *Idem*.

se enteró de la detención de sus nacionales tardíamente, una vez que ya habían sido sentenciados. En los 23 casos restantes, México tuvo conocimiento de sus detenciones por medios no oficiales.<sup>11</sup>

Debido a estas violaciones, y considerando que el derecho a la información sobre la asistencia consular constituye una “oportunidad de preparar adecuadamente [una] defensa y contar con un juicio justo,<sup>12</sup> México ejerció su derecho a proveer protección diplomática a sus nacionales, demandando a Estados Unidos ante la CIJ y haciendo suyos los reclamos de justicia de 52 mexicanos para presentarlos en nombre propio. La CIJ determinó, *inter alia*, que Estados Unidos violó el artículo 36.1.b de la Convención al no informar sin demora a los 51<sup>13</sup> mexicanos nombrados en *Avena* sobre sus derechos, conforme a la Convención de Viena. Por ello ordenó a Estados Unidos, como forma de reparación, revisar y reconsiderar, por los medios de su elección, las sentencias condenatorias impuestas a los nacionales mexicanos nombrados en ese fallo.<sup>14</sup> La CIJ también recordó que, como lo determinó en el caso *LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos)*,<sup>15</sup> el artículo 36.1 crea derechos individuales para los nacionales extranjeros, y la violación de esos derechos implica la violación de los derechos del Estado del cual son nacionales y viceversa.<sup>16</sup>

### III. Estándares en torno al derecho a la información consular en Estados Unidos

#### a) La cuestión de la individualidad de los derechos contenidos en el artículo 36 de la Convención

Debido a que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 es, en términos generales, un tratado de tipo tradicional,<sup>17</sup> es decir, un acuerdo en el que básicamente se establecen derechos y obligaciones entre los Estados, una de las preguntas que han envuelto al

<sup>11</sup> Véase *Avena*, párrs. 15 y 19.

<sup>12</sup> Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 122, *op. cit.*

<sup>13</sup> El caso de Ramón Salcido Bojórquez se excluyó porque México no pudo probar que Estados Unidos violó sus derechos conforme al artículo 36.1.b. Véase *Avena*, párrs. 66, 74, 90.

<sup>14</sup> Véase *ibid.*, párr. 153(9).

<sup>15</sup> *Caso LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos)*, Sentencia de fondo del 27 de junio de 2001, CIJ, Reportes 2001, p. 466.

<sup>16</sup> Véase *Avena*, párr. 40.

<sup>17</sup> La Corte IDH, por ejemplo, hace notar este concepto al mencionar que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales de *tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo (sic) de los Estados contratantes*. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (cursivas añadidas). Corte IDH, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 2, párr. 29.

artículo 36 es justamente si esta disposición garantiza derechos para las personas extranjeras o si éstos son derechos que corresponden exclusivamente a los Estados.

Como ya se apuntó, la CIJ determinó en *LaGrand*, y reiteró en *Avena*, que el artículo 36.1 crea derechos individuales para los nacionales extranjeros.<sup>18</sup> De la misma forma, la Corte IDH concluye que “el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales a los que corresponden los deberes correlativos a cargo del Estado receptor”.<sup>19</sup> Sin embargo, esta visión del artículo 36 no es tan clara para los tribunales de Estados Unidos.

Mientras el caso del mexicano José Ernesto Medellín —ejecutado en Texas y protegido por *Avena*— aún se encontraba en consideración de un panel de jueces del Quinto Circuito con sede en Nueva Orleans, Louisiana, para que se le autorizara apelar la decisión de la Corte de Distrito para el sur de Texas que negó su petición de *habeas corpus*, la CIJ publicó su decisión en *Avena* el 31 de marzo de 2004. Sin embargo, el panel resolvió el 20 de mayo de 2004 que, a pesar de las decisiones en *LaGrand* y *Avena*, estaba obligado a seguir sus propios precedentes, en los que se señalaba que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no confería derechos individuales, a menos que el pleno<sup>20</sup> del Quinto Circuito o la Suprema Corte determinaran lo contrario.<sup>21</sup>

Dos años después, en el caso *Sanchez-Llamas vs. Oregon*,<sup>22</sup> la Suprema Corte de Estados Unidos dejó pasar la oportunidad de analizar —quizá para bien— si el artículo 36 establece derechos individuales; sin embargo, asumió —sin decidir— que este artículo confiere derechos individuales a los nacionales extranjeros que pueden ser invocados en un proceso judicial. Al omitir esta determinación, la Corte simplemente analizó si los peticionarios tenían derecho a una reparación judicial por la violación al artículo 36 y concluyó que no, ya que, aun asumiendo que el artículo 36 crea derechos individuales, la doctrina de preclusión procesal (*procedural default doctrine*) que existe en Estados Unidos, impide la revisión de sus casos.<sup>23</sup>

Precisamente las reglas de preclusión procesal fueron uno de los motivos fundamentales de controversia entre México y Estados Unidos en *Avena*, y hasta hoy siguen siendo el mayor obstáculo al que distintos peticionarios se enfrentan para revisar sus casos sobre la base de violaciones al artículo 36 de la Convención.

---

<sup>18</sup> Véase *Avena*, párr. 40.

<sup>19</sup> Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 84.

<sup>20</sup> Las Cortes de Circuito federales en Estados Unidos trabajan en paneles, generalmente en grupos de tres jueces, y en pleno (*en banc*).

<sup>21</sup> Véase *Medellin vs. Dretke*, Reporte Federal, vol. 371, serie 3, 5° Cir., 2004, p. 280.

<sup>22</sup> *Sanchez-Llamas vs. Oregon*, U.S. Reports, vol. 548, 2006, p. 331.

<sup>23</sup> Véase *idem*, párrs. 337, 343.



## b) Las reglas de preclusión procesal y la obligación de dar efecto a los derechos contenidos en el artículo 36 de la Convención

La regla de preclusión procesal establece que a “un acusado, que pudo hacer valer una cuestión legal durante su juicio [en primera instancia], pero que no lo hizo, no le será permitido generalmente hacerla valer en futuros procedimientos, en apelación o en una petición de *habeas corpus*”;<sup>24</sup> es decir, tratándose de cuestiones relativas al artículo 36 de la Convención, un nacional extranjero que no las haga valer en la primera oportunidad judicial que tenga, quedará impedido de hacerlo en el futuro.

En el caso *Sanchez-Llamas*, la Suprema Corte de Estados Unidos apunta que la conclusión de la CIJ en *LaGrand* y *Avena* respecto a que la aplicación de las reglas de preclusión procesal por las cortes estadounidenses impidieron darle pleno efecto jurídico al artículo 36, pasa por alto la importancia de dichas reglas en un *sistema adversarial*, el cual depende sobre todo de *las partes* para hacer valer las cuestiones jurídicas relevantes y presentarlas a las cortes para su decisión en tiempo y forma apropiados.<sup>25</sup> Además, para fortalecer este argumento, la Suprema Corte cita la opinión concurrente del juez Antonin Scalia en el caso *Castro vs. United States*<sup>26</sup> para señalar que “[n]uestro sistema de justicia está diseñado en torno a la premisa de que las partes conocen lo que es mejor para ellas y son responsables de esgrimir los hechos y argumentos que les beneficien”.<sup>27</sup> De esta forma, la Suprema Corte concluye que la interpretación de la CIJ del artículo 36 de la Convención de Viena es incompatible con el marco básico de un sistema adversarial.<sup>28</sup>

Más aún, respecto a la regla de preclusión procesal, en *Medellin vs. Texas*,<sup>29</sup> la Suprema Corte refiere los casos *Breard vs. Greene*<sup>30</sup> y *Sanchez-Llamas* para remarcar que “sin una clara expresión en contrario, las reglas de procedimiento del Estado del foro gobiernan la implementación del tratado en ese Estado”.<sup>31</sup> El caso *Breard*, en 1998, fue el primero<sup>32</sup> en el que la

<sup>24</sup> *Avena*, párr. 111 (trad. del autor).

<sup>25</sup> Véase *Sanchez-Llamas*, p. 356.

<sup>26</sup> *Castro vs. United States*, U.S. Reports, vol. 540, 2003, p. 375.

<sup>27</sup> *Sanchez-Llamas*, p. 356 (citando la opinión concurrente del juez Antonin Scalia en *Castro*, p. 386) (trad. del autor).

<sup>28</sup> Véase *Sanchez-Llamas*, p. 357.

<sup>29</sup> *Medellin vs. Texas*, U.S. Reports, vol. 552, 2008, p. 517.

<sup>30</sup> *Breard vs. Greene*, U.S. Reports, vol. 523, 1998, p. 371 (decidido *per curiam*). (Nota: las decisiones de las cortes en las que no se señala quién elaboró la opinión se les conoce como *per curiam*. Aunque la traducción en nuestro sistema no tendría sentido, *lit.* “decidido por la corte”, porque a final de cuentas es la corte en su conjunto la que decide, para el sistema estadounidense es importante saber quién elabora una opinión.)

<sup>31</sup> *Medellin vs. Texas*, p. 517.

<sup>32</sup> Posteriormente le siguieron las medidas provisionales ordenadas por la CIJ a favor de los hermanos Karl y Walter LaGrand, véase *LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos de América) (Medidas Provisionales)*, orden de 3 de marzo de 1999, CIJ, Reportes 1999, p. 9. La Suprema Corte en el caso *Federal Republic of Germany vs. United States*, U.S. Reports, vol. 526, 1999, p. 111 (*per curiam*), declinó ejercer su competencia originaria debido a “la solicitud tardía y barreras jurisdiccionales” y a consideraciones respecto a la Enmienda Decimoprimerá. Así, la Suprema Corte se negó a detener la ejecución de los hermanos LaGrand en Arizona, *Federal Republic*, p. 112 (trad. del autor). Es importante destacar que en *Medellin* la Suprema Corte analiza por vez primera una decisión *final* de la CIJ —la decisión *Avena*— en la que la Suprema Corte ya no podría haber argumentado que se trataba de una decisión provisional y no definitiva para no

Suprema Corte se confrontó con una decisión de la CIJ para negar las medidas provisionales ordenadas por ésta a favor de Ángel Francisco Breard, ciudadano paraguayo sentenciado también a muerte.<sup>33</sup> En este caso, la Suprema Corte establece que la regla antes descrita “ha sido reconocida en derecho internacional”<sup>34</sup> y que el artículo 36 de la Convención de Viena la reconoce también, al proveer que “las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor”<sup>35</sup> y por ello “es la regla en este país que las cuestiones de error en los procesos penales deben hacerse valer en las cortes estatales para formar las bases de una reparación en [una petición de] *habeas corpus*”.<sup>36</sup> Toda vez que Ángel Francisco Breard no hizo valer la violación a la Convención de Viena en la corte estatal, éste fracasó en ejercer su derecho de conformidad con las leyes de Estados Unidos y la Commonwealth de Virginia y, por lo tanto, no puede hacer valer esa violación en un proceso federal de revisión *habeas corpus*.<sup>37</sup>

No obstante estos precedentes que parecerían inamovibles para casos futuros, en una reciente decisión –19 de septiembre de 2012– en el caso *Gutierrez vs. State*,<sup>38</sup> la Suprema Corte de Nevada determinó que el mexicano Carlos René Pérez Gutiérrez, sentenciado a pena de muerte y uno de los 51 mexicanos protegidos por el fallo *Avena*, tenía derecho a una audiencia de evidencia, en la que se presentaran argumentos sobre si la falta de asistencia consular le pudo haber causado un perjuicio. La Suprema Corte de Nevada, de una forma creativa, construye el argumento a partir de dos premisas aparentemente similares en el caso *Medellin vs. Texas*. Por un lado, la Corte apunta que tanto en *Medellin* como en *Leal Garcia vs. Texas*,<sup>39</sup> la Suprema Corte de Estados Unidos determinó que ni *Avena* ni el Memorandum del ex presidente George W. Bush<sup>40</sup> constituyen derecho federal al cual las reglas de preclusión procesal deban subordinarse; sin embargo –continúa la Corte de Nevada–, la Suprema

---

cumplir, como aparentemente quiso hacer parecer en *Breard*: “Es infortunado que esta cuestión se presente ante nosotros estando pendientes todavía procedimientos ante la CIJ [...] Si el Gobernador [de Virginia] desea esperar a la decisión [final] de la CIJ, esa es su prerrogativa. Sin embargo, nada en nuestros precedentes nos permite tomar esa decisión por él”. Véase *Breard*, p. 378.

<sup>33</sup> Véase Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (*Paraguay vs. Estados Unidos de América*) (*Medidas Provisionales*), orden de 9 de abril de 1998, CIJ, Reportes 1998, p. 248.

<sup>34</sup> *Breard*, p. 375.

<sup>35</sup> *Idem* (citando la primera parte del artículo 36, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares).

<sup>36</sup> *Idem* (trad. del autor).

<sup>37</sup> Véase *ibid.*, párrs. 375-376.

<sup>38</sup> *Gutierrez vs. State*, 53506, 2012 WL 4355518 (Nev. Sept. 19, 2012) (Nota: A la fecha, al caso aún no se le ha asignado un número o forma oficial de citar, por ello, la única referencia proviene del buscador legal Westlaw).

<sup>39</sup> *Leal Garcia vs. Texas*, U.S. Reports, vol. 564, 2011. Humberto Leal fue ejecutado el 7 de julio de 2011 en la prisión de Huntsville, Texas. Es hasta la fecha el último mexicano asesinado por autoridades estadounidenses en contravención al fallo *Avena*.

<sup>40</sup> Memorandum al procurador general, disponible en <<http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2005/02/20050228-18.html>>, (visitada el 10 de octubre de 2012). Por medio de este memorandum, el entonces presidente George W. Bush instó a los gobiernos de los estados a cumplir con la decisión de *Avena* en los siguientes términos: “He determinado, con base en la autoridad investida en mí como presidente por la Constitución y las leyes de Estados Unidos de América, que los Estados Unidos cumplirán sus obligaciones internacionales establecidas en la decisión [*Avena*] de la CIJ, haciendo que las cortes estatales den efecto a la decisión de acuerdo con los principios generales de reconocimiento de sentencias [comity] en los casos de los 51 mexicanos nombrados en esa decisión” (trad. del autor).

Corte de Estados Unidos también apunta que ni Medellín ni Leal demostraron haber sufrido un perjuicio debido a la falta oportuna de acceso consular. Por otra parte, la Suprema Corte de Nevada –para continuar formulando su argumento– cita la opinión concurrente del juez John Paul Stevens en *Medellin vs. Texas*, quien analiza la decisión de la Corte de Apelaciones de Oklahoma en el caso *Torres vs. Oklahoma*, y señala que este estado asumió la carga de cumplir con la decisión de la CIJ ordenando una audiencia de evidencia para determinar si Osvaldo Netzahualcóyotl Torres Aguilera –sentenciado a muerte y protegido también por *Avena*– había sufrido perjuicio por la falta de información y asistencia consulares.<sup>41</sup> De esta manera, la Suprema Corte de Nevada establece que, “si bien es cierto que sin un acto de implementación del Congreso las reglas de preclusión procesal estatales no tienen que subordinarse al fallo *Avena*, éstas lo pueden hacer si se puede demostrar un perjuicio real”.<sup>42</sup>

Los casos mencionados se enmarcan en el contexto de la doctrina de la preclusión procesal, ya que todos se refieren a situaciones en las que los peticionarios no invocaron violaciones al artículo 36 de la Convención en su primera oportunidad judicial. Así, el único caso hasta ahora que se refiere a las *consecuencias* de la violación al derecho a la información consular cuando oportunamente se hace valer, es justamente *Sanchez-Llamas vs. Oregon*. Este caso establece por un lado –como ya se anotó– el impedimento que tiene una persona para que su caso sea revisado por violaciones al artículo 36, si no se invocaron en tiempo; pero por el otro, analiza si el artículo 36 incluye la supresión de evidencia como una forma de reparación judicial a esta violación.

Moisés Sánchez-Llamas, nacional mexicano no protegido por el fallo *Avena*, sí hizo valer en primera instancia el argumento de violaciones al artículo 36 de la Convención, al no haber sido informado del contenido de este precepto por las autoridades policiacas que lo detuvieron e interrogaron. Debido a este hecho, solicitó en la Corte de primera instancia la exclusión de las declaraciones hechas a la policía. Sánchez Llamas argumentó, además, que si bien el artículo 36, aun interpretándolo en el sentido de darle “pleno efecto”, pudiera no amparar la exclusión de la evidencia, sí exigía algún tipo de reparación judicial (*judicial remedy*). La Suprema Corte concluyó que aún si Moisés Sánchez-Llamas estuviera en lo cierto, sobre que el artículo 36 implícitamente<sup>43</sup> establece una reparación judicial por violaciones a este derecho, la Convención igualmente menciona que los derechos consignados en ese artículo deben ser ejercidos de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado receptor. En nuestra ley nacional –continúa la Corte– la regla de exclusión no es una cuestión que se aplique ligeramente. “Debido a que los costos sociales de la regla son considerables, la supresión sólo se

<sup>41</sup> Al respecto véase *Medellin*, Opinión Concurrente del juez Stevens (citando y analizando *Torres vs. Oklahoma*, Corte de Apelaciones Criminales de Oklahoma, Núm. PCD-04-442, 13 de mayo de 2004).

<sup>42</sup> *Gutierrez*, p. 1 (trad. del autor).

<sup>43</sup> En términos generales, la interpretación que prevalece en la Suprema Corte es que el tratado debe contener lenguaje textual sobre el asunto en cuestión. Así, por ejemplo, en *Sanchez-Llamas* la Corte señala que no puede crear una reparación judicial sin algún apoyo en la Convención, que la Corte no encuentra a final de cuentas. Véase *Sanchez-Llamas*, p. 346. En *Medellin*, parte de la discusión para considerar como obligatoria una decisión de la CIJ se centró en que los tratados analizados no contenían una expresión que señalara que las decisiones de la CIJ eran obligatorias para los Estados. Véase *Medellin*, pp. 507-514.

garantiza cuando ‘los objetivos de la reparación sirvan más eficazmente [a la sociedad]’.<sup>44</sup> Así, la Corte establece que aplica la regla de exclusión principalmente como medida para evitar violaciones constitucionales, en particular cuando se trata de violaciones a la Cuarta Enmienda, y en el caso de confesiones extraídas por la policía en violación al derecho de no autoincriminarse o al debido proceso. Por ello, la supresión de las declaraciones hechas a la policía sería sumamente desproporcionada como reparación judicial por esta violación.

La Suprema Corte considera además que “[u]n extranjero detenido como sospechoso de un crimen, como cualquier otra persona en nuestro país, goza de la protección del debido proceso que le otorga nuestro sistema. Entre otras cosas, tiene el derecho de un abogado y a protegerse contra la autoincriminación [...] El artículo 36 agrega muy poco a estas ‘opciones legales’ [...]” y, por lo tanto, los efectos que el peticionario Sánchez-Llamas atribuye al artículo 36, ya se encuentran amparados por otros derechos constitucionales y requerimientos legales.<sup>45</sup>

### c) Comentarios a los estándares de Estados Unidos

Como se aprecia en esta revisión de los casos en torno al derecho a la información y asistencia consulares en Estados Unidos, los estándares de revisión por violaciones al artículo 36 no están del todo sentados, aunque ya se ha trazado un camino que difícilmente se deshará, como en el caso de las reglas de preclusión procesal y los efectos prácticos en que se traduce una violación de este tipo, aun si se invoca en la primera oportunidad procesal.

De los casos analizados se desprende que, aunque la Suprema Corte haya asumido y no decidido que el artículo 36 establece derechos individuales (quizá porque la consecuencia natural es que su violación conlleva necesariamente una reparación),<sup>46</sup> en los hechos parecería que esta cuestión difícilmente sería un punto litigioso en un caso futuro.<sup>47</sup> Más bien, el asunto central de la discusión lo constituye la regla de preclusión procesal y los motivos por los cuales un caso puede ser revisado. Por lo tanto, la decisión de la Suprema Corte en *Sanchez-Llamas* de reconocer, en principio, que el artículo 36 crea derechos individuales para un extranjero exigibles en un proceso judicial, pudiera hacer pensar que efectivamente un extranjero tiene ese derecho en Estados Unidos aunque limitado, es decir, siempre y cuando la violación se haga valer en la primera oportunidad. Sin embargo, el propósito del artículo 36 de la Convención es que todos los extranjeros detenidos sean informados sin dilación de su derecho a comunicarse y, en su caso, a ser asistidos por su Consulado, con base en la presunción de que los detenidos *no* están conscientes de este derecho; por ello la carga de informar al detenido

---

<sup>44</sup> *Sanchez-Llamas*, p. 348.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 350.

<sup>46</sup> Véase *Marbury vs. Madison*, U.S. Reports, vol. 5 (1 Cranch), 1803, p. 163 (estableciendo que para cada violación de un derecho debe corresponder necesariamente una reparación).

<sup>47</sup> En *Medellin*, la Suprema Corte señala que no es necesario resolver si la Convención de Viena provee derechos individuales a José Ernesto Medellín y, en consecuencia, cita a *Sanchez-Llamas* para volver a señalar que “asumen sin decidir” que sí los establece. Véase *Medellin*, p. 506, núm. 4. Con ello, parecería confirmarse que la Suprema Corte aceptaría tácitamente que el artículo 36 establece ciertos derechos cuyos titulares son también las personas.

corresponde a las autoridades. Sin embargo, si un detenido no es informado y, por lo tanto, no puede hacer valer judicialmente este derecho en tiempo, estará entonces impedido procesalmente (*precluded*) de argumentar violaciones al artículo 36 más adelante en el proceso. En este sentido, la posibilidad de que un extranjero exija judicialmente este derecho se vuelve ilusoria, justamente por no atacar la violación real, que es la falta de las autoridades policiales de informar al detenido de este derecho sin dilación.

De esta forma, las reglas de preclusión procesal así aplicadas son contrarias a los estándares establecidos en *LaGrand* y *Avena* por la CIJ, en el sentido de darle pleno efecto jurídico a las disposiciones contenidas en el artículo 36, es decir, que éstas tengan un “efecto útil”<sup>48</sup> conforme al propósito para el cual fue diseñado. No obstante, Estados Unidos difiere de los estándares fijados por la CIJ, ya que, para la Suprema Corte estadounidense, la CIJ malentiende la importancia de las reglas de preclusión procesal en un sistema adversarial. Es decir, para el máximo órgano judicial de Estados Unidos, el *proceso*<sup>49</sup> está por encima de darle pleno sentido y efecto jurídico al artículo 36 de la Convención, lo que en palabras de la Corte IDH sería “sacrificar la justicia en aras de meras formalidades”.<sup>50</sup> La Suprema Corte entonces, considera que no está obligada a cumplir con la Convención como la CIJ la interpreta, ya que, bajo la Constitución de los Estados Unidos “el Poder Judicial federal está investido en una

<sup>48</sup> La Corte IDH reconoce el principio del efecto útil desde su primera decisión contenciosa, en el caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras (Excepciones Preliminares)*, 26 de junio de 1987, serie C, núm. 1, párr. 30 (“la Convención debe interpretarse de manera de darle [*sic*] su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo ‘su efecto útil’”), y en su jurisprudencia constante, véase, e. g., *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá (Competencia)*, 28 de noviembre de 2003, serie C, núm. 104, párr. 67 (citando además el caso *Corfu Channel*, Sentencia de fondo del 9 de abril de 1999, CIJ, Reportes 1999, p. 24, “la Corte, al determinar la naturaleza y el alcance de una medida, debe observar su efecto práctico en lugar del motivo predominante que se conjetura la inspiró”).

<sup>49</sup> Vale la pena comentar que la afirmación de la Suprema Corte en relación con que “ha sido reconocido en derecho internacional que las reglas de procedimiento del Estado del foro gobiernan la implementación del tratado en ese Estado”, encierra dos errores. El primero, suponer que los tratados tienen que contener en su texto reglas de implementación domésticas, lo cual no corresponde regular al derecho internacional sino al derecho interno. El segundo error es una confusión entre tratados de derecho internacional privado y tratados de derecho internacional público. La Suprema Corte, para sustentar esa afirmación, cita decisiones en las que analizó tratados que corresponden exclusivamente al ámbito del derecho internacional privado, e. g. las Convenciones de La Haya sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial y sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial. La distinción entre tratados de derecho internacional público y derecho internacional privado es importante y no caprichosa. En esencia, los tratados que corresponden al derecho internacional privado, *no crean derechos sustantivos* para las personas, en cambio, resuelven conflictos entre esos derechos. En otras palabras, estos tratados, en su mayoría, constituyen un mecanismo para hacer valer derechos sustantivos, cuando, por ejemplo, un demandante se encuentra en una jurisdicción nacional distinta a la del demandado. En contraste, los tratados de derecho internacional público *crean derechos sustantivos* ya sea para los Estados, las personas o ambos. Por ello, las reglas que gobiernan el *proceso* que ha de seguirse en el extranjero se dejan a la jurisdicción en la cual esos actos se ejecutarán o en la que se tendrá que tomar una decisión, ya que lógicamente un tratado no podría señalar qué procedimientos (recursos, tiempos, efecto de las sentencias, etc.) tienen que emplear los sistemas judiciales de cada Estado para cumplir con el objeto y fin del mismo. *En este contexto*, resulta perfectamente sensato estipular que “las reglas del Estado del foro gobiernan la implementación del tratado en ese Estado”. No obstante, la Suprema Corte no entiende la frase en este contexto, sino de una manera ilimitada y aplicable a todos los tratados indistintamente.

<sup>50</sup> Al respecto, véase Corte IDH, *Caso Cayara vs. Perú (Excepciones Preliminares)*, sentencia del 3 de febrero de 1993, serie C, núm. 14, párr. 42 (“Es un principio comúnmente aceptado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades”).

Suprema Corte [...] y la labor de éste es decidir ‘lo que la ley es’. Si los tratados van a tener efectos de ley federal en nuestro sistema jurídico, la determinación de su significado [...] ‘es enfáticamente la labor del poder judicial’ encabezado por la ‘única suprema Corte’ establecida por la Constitución”.<sup>51</sup>

A pesar de estas desafortunadas decisiones de la Suprema Corte de Estados Unidos, no significa que no haya formas de mirar estas cuestiones desde una óptica distinta, justamente como lo hizo la Suprema Corte de Nevada en el caso del connacional Carlos René Pérez Gutiérrez. Como es típico en el sistema del *common law* estadounidense, las cortes construyen sus argumentos sobre la base de casos existentes, sin cambiar radicalmente de criterio,<sup>52</sup> sino más bien distinguiendo elementos fácticos y aplicando en consecuencia la regla jurídica que se adecue a ellos.

En el caso *Gutierrez vs. State*, la Suprema Corte de ese estado identifica que un elemento diferenciador entre los casos de Medellín Rojas y Leal García y los de Osvaldo Torres Aguilera de Oklahoma y Carlos Pérez Gutiérrez en Nevada, es el perjuicio real (*actual prejudice*); es decir, debe haber evidencia o indicios de que la falta de información o asistencia consulares se pudieron haber traducido en un perjuicio real. Para aportar evidencia en este sentido –al igual que lo hizo la Corte de Apelaciones de Oklahoma– se debe realizar una audiencia en la que se le dé a los peticionarios la oportunidad de demostrar la forma en que la falta de acceso consular se tradujo en un perjuicio que impactó el desarrollo de su proceso penal.

Aunque el alcance que como fuente de derecho pueda tener esta decisión está por verse, ya que se trata de un caso de una corte local y no federal, la Suprema Corte de Nevada elaboró su decisión de tal forma que, sin duda, tiene más peso jurídico que la que pudiera tener *Torres* de Oklahoma. Inteligentemente, la Corte de Nevada construye su argumento a partir de casos de la Suprema Corte estadounidense y, fundamentalmente de *Medellin*, incorporando además la opinión concurrente del juez Stevens como parte integrante de la decisión. Desde luego, la corte de Nevada hace una interpretación de la decisión *Medellin*, pero ésta encuentra respaldo en una fuente jurídica incuestionable.

En consecuencia, la Suprema Corte de Nevada determina realizar esencialmente lo que la CIJ le ordenó a Estados Unidos que hiciese, es decir, revisar y reconsiderar si la falta de acceso consular se tradujo en un perjuicio para los 51 mexicanos nombrados en *Avena*. En este caso, la Corte de Nevada ordenó que se practique una audiencia en la que se presente evidencia

<sup>51</sup> *Sanchez-Llamas*, pp. 53, 54.

<sup>52</sup> Nótese, por ejemplo, que la Suprema Corte de Nevada, no cuestiona la existencia de las reglas de preclusión procesal frente a la obligación de dar pleno efecto jurídico al artículo 36 de la Convención, como quizá lo haría otro tribunal en un sistema de tradición civil (romano-canónica). Más bien, la Corte de Nevada distingue situaciones de hecho: por un lado, que José Ernesto Medellín y Humberto Leal García no demostraron que la falta de información y acceso consular les causara un perjuicio y, por el otro, que Carlos René Pérez Gutiérrez sí demuestra que pudo haber sido afectado por la falta de asistencia consular, y por eso es necesaria una audiencia que determine esta cuestión. De esta forma, al advertir esta diferencia en los hechos, la Corte puede aplicar una regla jurídica distinta a aquella determinada previamente por la Suprema Corte.

sobre este punto y, en consecuencia, se dicte la orden que corresponda, pudiendo ser beneficiosa para Carlos René Pérez.<sup>53</sup>

Por ello, el caso *Gutierrez vs. State* de Nevada es de suma importancia en el marco de la doctrina de la preclusión procesal, ya que abre una ventana argumentativa para los casos de mexicanos y otros ciudadanos extranjeros que no hayan hecho valer en su oportunidad violaciones al artículo 36 de la Convención y que, de otra manera, estarían impedidos de hacerlo.

Por último, respecto a la supresión de declaraciones hechas a la policía como forma de reparación analizada en *Sanchez-Llamas*, es importante destacar que la Suprema Corte hace énfasis en que a Moisés Sánchez-Llamas, por medio de un intérprete, le informaron de sus derechos *Miranda*,<sup>54</sup> entre ellos el derecho a permanecer en silencio, seguramente pronunciando la famosa frase “todo lo que diga puede ser usado en su contra en una corte”. Sin embargo, la Suprema Corte no toma en cuenta que, aun si el acusado manifiesta que *entiende* lo que significan esas palabras o frases que escucha en su propio idioma, no necesariamente quiere decir que *comprende* cabalmente su alcance por simples que parezcan, ya que en muchas ocasiones encierran conceptos que sólo tienen sentido en un contexto cultural específico. De ahí la importancia de que un extranjero tenga contacto consular lo más pronto posible por cualquier medio, si ésa es su voluntad.

#### IV. Estándares en torno al derecho a la información consular en México

A diferencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, la Suprema Corte mexicana no había tenido, hasta Cassez,<sup>55</sup> la oportunidad de discutir el alcance de los derechos contenidos en el artículo 36 de la Convención de Viena y de fijar estándares para su aplicación en nuestro país.<sup>56</sup> Aunque estos estándares existen en derecho internacional y pueden invocarse ante

<sup>53</sup> En el caso de Osvaldo Torres en Oklahoma, la Corte de Apelaciones determinó que Torres no pudo establecer el perjuicio respecto a la fase inicial de su juicio en primera instancia. Sin embargo, toda vez que el gobernador del estado conmutó la pena persuadido por *Avena*, cualquier perjuicio sufrido se subsanó con esta decisión ejecutiva. Véase *Medellin*, Opinión Concurrente del juez Stevens, pp. 536-537, núm. 4.

<sup>54</sup> Véase *Sanchez-Llamas*, pp. 339-340.

<sup>55</sup> Florence Cassez, ciudadana francesa, fue acusada de pertenecer a la banda de Los Zodiacos y procesada por los delitos de secuestro, delincuencia organizada y posesión de armas de uso exclusivo del ejército. Fue condenada en primera instancia a 96 años de prisión; posteriormente, en la apelación, se confirmó su condena, pero se le redujo a 60 años. El Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito (ciudad de México) negó el amparo a la quejosa, por lo que la ciudadana Cassez solicitó un recurso de revisión ante la Suprema Corte, el cual fue admitido. Véase Proyecto de *Amparo Directo en Revisión 517/2011*, *supra* nota 2. Los ministros no llegaron a un acuerdo respecto a los efectos del amparo; es decir, sobre el alcance de las reparaciones a las violaciones al artículo 36 de la Convención, entre otros aspectos.

<sup>56</sup> Durante la audiencia del caso *Medellin* (10 de octubre de 2007) en la Suprema Corte de Estados Unidos, el representante del estado de Texas (Solicitor General) expresó que “[s]i yo me encontrara en México arrestado y sin notificación consular, no podría hacer valer esta cuestión en México. Los tribunales mexicanos no considerarían este argumento como parte de mi defensa en un juicio penal”. La juez Ruth Bader Ginsburg cuestionó si el representante texano conocía de un caso que sustentara su afirmación. Ante la negativa, la juez Ginsburg señaló que quizá el caso aún no había llegado. Véase *Medellin vs. Texas Oral Argument*, transcripción de la audiencia, disponible en <<http://www.oyez.org/cases/2000->

los jueces mexicanos por diversos medios,<sup>57</sup> no está claro aún cuáles serán los que al final terminarán aplicándose en México, ya que algunos de los fijados por el proyecto del ministro Zaldívar no fueron compartidos por la mayoría.

Es necesario destacar, sin embargo, que el proyecto perdió la oportunidad de hacer un análisis más profundo y serio de los derechos que amparan al extranjero cuando es detenido. Desgraciadamente para el desarrollo de los estándares sobre estos derechos en nuestro país, el proyecto comete una serie de imprecisiones derivadas de una mala lectura de la Opinión Consultiva “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal” (OC-16) de la Corte IDH y del *Caso Avena* de la CIJ. En consecuencia, el documento del ministro Zaldívar parte de la base de que todos los derechos contenidos en el artículo 36 son derechos humanos, es decir, que su titularidad y exigencia corresponden al individuo. Además, parece confundir el derecho a la *información* consular con el derecho a la *asistencia* consular.

Así, por ejemplo, el proyecto señala que la CIJ, en el *Caso Avena*, “reconoció que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares consagra *un verdadero derecho fundamental* para los individuos detenidos en el extranjero y que los Estados deben propiciar todas las medidas posibles que otorgue su ordenamiento jurídico a fin de reparar a los extranjeros las violaciones a este derecho”<sup>58</sup> (cursivas añadidas). Sin embargo, la CIJ no solamente no reconoció, sino que expresamente declinó calificar si los derechos contenidos en el artículo 36 constituyen derechos humanos.<sup>59</sup> Además, México, en su solicitud, no requiere en ningún momento que la Corte se pronuncie sobre si *todos* los derechos que se derivan del artículo 36 son derechos humanos; *únicamente* sobre si los derechos a la *información* y *comunicación* consulares constituyen un derecho humano<sup>60</sup> y es sobre éstos que la CIJ decide no pronunciarse.

El proyecto señala también que “la Corte Interamericana no dudó en señalar que el derecho a la *asistencia consular*, tal como lo dispone el artículo 36 de la Convención de Viena, es parte del *corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos contemporáneo*, ya que dota a los extranjeros detenidos de derechos individuales que son la contraparte de los debe-

---

2009/2007/2007\_06\_984>, (visitada el 14 de octubre 2012) (trad. del autor). La juez Ginsburg tenía finalmente razón. El caso se presentó hasta Cassez.

<sup>57</sup> La Constitución en su artículo 1º establece: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Además, derivado del expediente *Varios 912/2010, Caso Rosendo Radilla Pacheco*, la SCJN determinó que las decisiones de la Corte IDH, en casos en los que México no sea parte, son orientadoras para todos los jueces del país. Véase “Criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el Estado mexicano no fue parte. Son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1º de la Constitución Federal”. Tesis: P. LXVI/2011 (9ª), Aislada, Décima Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, t. 1, diciembre de 2011, p. 550.

<sup>58</sup> Proyecto de *Amparo Directo en Revisión 517/2011*, *supra* nota 2, p. 99.

<sup>59</sup> Véase *Avena*, párr. 124 (“Whether or not the Vienna Convention rights are human rights is not a matter that this Court need decide”).

<sup>60</sup> *Idem*.



res correlativos *del Estado anfitrión (sic)*<sup>61</sup> (cursivas añadidas sólo en la primera y última parte). Este párrafo denota justamente la confusión entre el derecho a la información consular –un derecho individual, un derecho de la persona extranjera– y el derecho a la asistencia consular, que es un derecho del Estado que envía a prestar dicha asistencia a sus nacionales. Dejando de lado que la Corte IDH no llegó a la conclusión que apunta el proyecto,<sup>62</sup> el anterior planteamiento asume en consecuencia que el derecho a la asistencia consular es un derecho humano<sup>63</sup> y, por lo tanto, el corolario necesariamente es que todos los Estados están obligados a prestarla a sus nacionales.

Basándose en esta presunción, el proyecto propone que “la posibilidad de que un extranjero pueda ser oído públicamente, en condiciones de plena igualdad y con justicia, por un tribunal independiente e imparcial, depende –*de forma absoluta*– del presupuesto previo relativo a la asistencia real y efectiva de los miembros de la oficina diplomática (*sic*) de su país”<sup>64</sup> (cursivas añadidas). En consecuencia, un extranjero –sin excepción y de forma absoluta– tendrá que estar asistido por su Consulado o, de lo contrario, se vulnerará la equidad en el proceso.

Sin embargo, como ya se apuntó, ni la Corte IDH ni la CIJ abordaron la cuestión de si la asistencia consular es un derecho de la persona extranjera exigible a su Estado.<sup>65</sup> Para las cuestiones relativas al individuo, el enfoque parece centrarse en los derechos a la *información y comunicación* consulares, es decir, el derecho que tiene el extranjero a que se le informe que posee el derecho a contactar a su Consulado y brindarle todos los medios disponibles para lograr este objetivo, por una parte, y el derecho que tiene una persona a transmitir y recibir comunicaciones hacia y desde su Consulado, por la otra.

Es cierto, la CIJ determinó que los derechos contenidos en el artículo 36 son interdependientes, pero únicamente en el contexto de la responsabilidad internacional Estado-Estado.<sup>66</sup> Es decir, si el Estado *receptor* viola alguno de los derechos contenidos en el artículo 36, no se podría distinguir con certeza cuándo se violan los del nacional extranjero y cuándo los del

<sup>61</sup> Proyecto de *Amparo Directo en Revisión 517/2011*, *supra* nota 2, p. 99.

<sup>62</sup> La Corte concluye que “el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales a los que corresponden los deberes correlativos *a cargo del Estado receptor*”. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 84. Al Estado receptor no le corresponde brindar asistencia consular, ya que ésta es una prerrogativa del Estado que envía; le corresponde facilitar que esa asistencia se lleve a cabo si las partes están dispuestas a ello. En todo caso, la Corte IDH decide el derecho a la información sobre la asistencia consular, no sobre la asistencia consular misma: “[la Corte IDH es de opinión q]ue el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor”. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 141.1

<sup>63</sup> Véase además *Proyecto al Amparo Directo en Revisión 517/2011*, *supra* nota 2, p. 101 (“Así, el derecho fundamental a la asistencia consular de los extranjeros no puede ser concebido como un mero requisito de forma”).

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp. 103-104.

<sup>65</sup> La misma Corte IDH señala: “*Si el Estado que envía decide* brindar su auxilio, en ejercicio de los derechos que le confiere el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión”. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 86 (cursivas añadidas).

<sup>66</sup> Véase *Avena*, p. 40.

*Estado que envía*, precisamente por su propia naturaleza interdependiente. Sin embargo, la CIJ no consideró violaciones a derechos del extranjero cometidas *por su propio Estado*, como pudiera ser el caso de que la asistencia consular no se prestara oportunamente al nacional detenido, suponiendo además que se trate también de un derecho de la persona. No podría haber sido de otra forma, ya que la CIJ sólo resuelve controversias entre Estados, no entre individuos y su propio Estado.

Si una persona tiene o no derecho a que le asista su Consulado, no parece una cuestión que pueda derivarse sencillamente del artículo 36. Sin otra base jurídica en derecho internacional, o por lo menos de una interpretación convincente, corresponde, en todo caso, al derecho interno de los Estados definirlo, y concretamente al Estado que envía. El que México tenga una política de protección muy amplia, y que incluso se pueda considerar la asistencia consular como prerrogativa a la que tiene derecho todo mexicano que se encuentre fuera de nuestro país, no parece ser justificación suficiente para que una corte nacional –y menos la Suprema Corte– concluya, de manera general y sin un razonamiento más amplio, que la asistencia consular es una obligación que corresponde otorgar a todos los Estados de la comunidad internacional y, en consecuencia, sea un derecho exigible por un nacional a su propio Estado, independientemente de que, en el caso concreto, Francia probablemente hubiera estado en condiciones de asistir a su nacional desde el momento mismo de la detención.

Un caso muy distinto sería si la Suprema Corte tuviera que decidir si la asistencia consular es un derecho de los mexicanos y, en consecuencia, una obligación ineludible para el gobierno de México, en caso de presentarse una negativa de nuestro gobierno a prestarle la asistencia a un connacional. Sin embargo, la Suprema Corte, en términos generales, no puede decidir sobre las obligaciones de otros Estados sobre las que no hay acuerdo.

Es pertinente precisar que no pretendo negar la importancia o trascendencia de la asistencia consular. Desde luego, una asistencia oportuna que permita, por ejemplo, recabar pruebas en el país de origen del nacional extranjero, sin duda impacta de manera significativa en su defensa. Pero una cuestión muy distinta es analizar si la falta de *información* consular impactó consecuentemente en la asistencia que un país pudo haber brindado, y otra muy distinta es transformar –no de un razonamiento jurídico, sino de una presunción errónea– derechos de naturaleza distinta y cuyos titulares no son las personas.<sup>67</sup>

La misma Corte IDH señaló que el artículo 36, y en particular los derechos a la información y comunicación consulares, *conciernen* a la protección de los derechos humanos en el sistema.<sup>68</sup> Es decir, hay ciertos derechos que son indispensables para que otros derechos puedan

<sup>67</sup> Parecería que la labor de los tribunales nacionales es decidir sobre derechos de las personas y no sobre derechos de los Estados. En este sentido véase generalmente, *Marbury vs. Madison*, p. 170 (“el papel de las cortes es solamente decidir sobre derechos de los individuos”), *Foster vs. Nielson*, U.S. Reports, vol. 27, 1829, p. 314 (señalando que “la labor judicial es generalmente la de decidir sobre derechos de los individuos”).

<sup>68</sup> Véase Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 87 (“la *comunicación consular* a la que se refiere el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, efectivamente *conciernen* a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y puede redundar en beneficio de aquél”), párr. 140 (“la Corte concluye que las disposiciones interna-

hacerse efectivos. De esta forma, la *información consular* es el derecho primigenio sin el cual todos los demás presupuestos derivados del artículo 36 no pueden activarse, incluida la asistencia consular. Parecería que el ministro José Ramón Cossío –aunque empleando el término equivocadamente también– concordaría con lo anterior al apuntar que “[I]a violación del derecho a la asistencia consular repercute en el respeto de otros derechos procesales y [...] *la obligación de reparar está en función de la violación al derecho humano en cuestión*”<sup>69</sup> (cursivas añadidas).

Por otra parte, el proyecto propuso estándares que pretenden ser más protectores que los señalados por la CIJ en *Avena* o por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-16 y que en su mayoría son, paradójicamente, los mismos que México solicitó que la CIJ aplicara en el caso *Avena*. Sin embargo, al estar ya definidos en derecho internacional, parecería que la necesidad de ampliarlos en el ámbito interno requeriría de una base fáctica suficiente que lo justificara, más allá de las razones que ya han sido tomadas en cuenta para establecerlos en el derecho internacional.<sup>70</sup> No pretendo cuestionar, desde luego, si es permisible establecer judicialmente estándares superiores, ya que la respuesta es afirmativa,<sup>71</sup> sino hacer notar que sin un cuestionamiento a un estándar en particular, presentado sobre la base de una violación concreta, parecería muy difícil justificar una ampliación. En ese sentido, el proyecto del ministro Zaldívar no cuestiona los estándares existentes en derecho internacional, sino que los presenta sobre la base de una interpretación general del artículo 36, obviando las consideraciones que tanto la CIJ como la Corte IDH realizaron para algunos de éstos.

Así, por ejemplo, en cuanto al tiempo que puede tardar en proveerse la información consular, el referido proyecto señala que las autoridades deben informar al extranjero detenido o que se encuentre bajo cualquier tipo de custodia, que tiene derecho a contactar a su representación consular, y que la provisión de esta información debe ser *inmediata y no puede ser demorada bajo ninguna circunstancia*.<sup>72</sup> Por el contrario, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva 16,

---

cionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares”) y párr. 141.2 (“el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares *conciernen* a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía [*en el Estado receptor*] y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos”).

<sup>69</sup> Véase Acta de la Sesión Pública de 21 de marzo de 2012, Primera Sala de la SCJN, p. 17, disponible en <[http://www.scjn.gob.mx/Primera\\_Sala/1ra\\_listas\\_actasesion/Actasesepub20120321.pdf](http://www.scjn.gob.mx/Primera_Sala/1ra_listas_actasesion/Actasesepub20120321.pdf)>, (visitada el 12 de octubre de 2012).

<sup>70</sup> En ese sentido, la Corte IDH, para justificar una parte de su decisión en la Opinión Consultiva OC-16/99, señala que “[p]ara alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”. Opinión Consultiva OC-16/99, p. 87.

<sup>71</sup> “Las normas relativas a los derechos humanos *se interpretarán* de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia” (cursivas añadidas). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1º.

<sup>72</sup> Proyecto de *Amparo Directo en Revisión 517/2011*, *supra* nota 2, p. 100.

señaló que la expresión “sin dilación” empleada en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que “el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y *en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad*”<sup>73</sup> (cursivas añadidas). Por su parte, la CIJ rechazó justamente el argumento de inmediatez absoluta (*unqualified immediacy*) propuesto por nuestro país<sup>74</sup> y señaló que, en todo caso, la información consular se debe proveer tan pronto las autoridades se den cuenta de que la persona es un nacional extranjero o cuando haya bases para suponer que, probablemente, lo es.<sup>75</sup> Aunque la CIJ misma deja entrever que la obligación de informar al extranjero conforme el artículo 36.1.b *no necesariamente* debe ser entendida como inmediatamente al arresto (*contrario sensu*, se puede realizar de forma inmediata a una detención), el hecho de establecer un estándar –como lo hace el proyecto– sin formularlo de manera tal que se pueda adecuar a los hechos concretos de un caso futuro, pudiera traer complicaciones a los tribunales a la hora de aplicarlo, por ejemplo, cuando no resulte evidente para las autoridades que hacen la detención que se trata de un nacional extranjero.

No tiene caso ya analizar el estándar propuesto por el proyecto respecto a que “una asistencia consular efectiva sólo será aquella que se otorgue de *forma inmediata* a la detención del extranjero”,<sup>76</sup> ya que, en el entendido de que la asistencia consular es un derecho y, en su caso, una obligación del Estado que envía, el tiempo que se tarde en prestarla es atribuible justamente al Estado del cual el extranjero es nacional y, en consecuencia, un tribunal nacional no podría imputar esta circunstancia a las autoridades nacionales, desde luego, siempre y cuando el extranjero haya sido informado oportunamente de su derecho a contactar a su Consulado y se le hayan dado las facilidades para ello. Al confundir los derechos de información y asistencia consulares, el Proyecto obvia que no en todos los casos hay una oficina consular en el país,<sup>77</sup> y si la hay, no siempre estará en condiciones de brindar una asistencia inmediata, o incluso, pudiera negarse a prestar dicha asistencia consular con base en el propio artículo 36 de la Convención. En consecuencia, aunque la asistencia consular –de acuerdo con el proyecto– es “un presupuesto absoluto” para el debido proceso, en estas circunstancias sería relativo y condicionado a que el Estado aceptara prestarla, por lo que éste no podría ser un estándar aplicable en nuestro país.

Además, el proyecto del ministro Zaldívar no considera que la Convención no obliga a detener todo el proceso hasta en tanto el extranjero reciba dicha asistencia, lo cual, de ocurrir,

---

<sup>73</sup> Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 141.3.

<sup>74</sup> Véase *Avena*, párr. 78.

<sup>75</sup> Véase *ibid.*, párr. 88.

<sup>76</sup> Proyecto del *Amparo Directo en Revisión 517/2011*, *supra* nota 2, p. 103.

<sup>77</sup> De 193 países miembros de la Organización de las Naciones Unidas, únicamente 81 tienen sede diplomática en nuestro país y 75 cuentan con funcionarios consulares en la República mexicana, de los cuales la mayoría son honorarios. Fuente: Secretaría de Relaciones Exteriores, Misiones Extranjeras Acreditadas en México. Disponible en: <<http://www.sre.gob.mx/acreditadas/>>. Lo anterior significa que hay países que no tienen personal diplomático ni consular en México y, en muchos casos, las relaciones con nuestro país se llevan, ya sea desde otra Embajada con concurrencia en México, o directamente desde la sede de las Naciones Unidas, donde la mayoría de los países tienen una representación permanente.

podría ir en detrimento de otros derechos protegidos por la Constitución. Más aún, tampoco contempla que el derecho que tiene el extranjero a que se informe a su Consulado sobre su detención es renunciable por el extranjero mismo<sup>78</sup> y, por lo tanto, la necesidad de asistencia consular no puede considerarse un presupuesto *sine qua non* en todos los casos para que la defensa sea adecuada y efectiva.

Es necesario mencionar que quizá el proyecto pudo haber llegado al mismo resultado al que arribó, desarrollando el impacto que la falta de información consular oportuna –que es el derecho de la persona– provoca en el disfrute de otros derechos, y dejar para otra ocasión el análisis de otras cuestiones, como la asistencia consular como derecho humano. La determinación de la asistencia consular como derecho humano, es decir, el derecho de una persona a recibir y, en consecuencia, a exigir a su Estado que se le asista en el extranjero, y la correspondiente obligación *ineludible* del Estado a proporcionarla, no es una cuestión menor, ya que no hay una obligación establecida en derecho internacional ni una decisión de ninguna corte internacional en este sentido. Su determinación, en consecuencia, tendría que ser producto de la interpretación judicial que tiene que darse sobre la base de una discusión seria, no sólo sobre suposiciones o presunciones.

Además, el caso Cassez no era quizá, después de todo, el mejor caso para tratar de desarrollar *todo* el contenido de los derechos que ampara el artículo 36 en nuestro país. Seguramente vendrán otros casos que permitan fijar estándares sobre la interpretación de estos derechos. Así, por ejemplo, el 22 de agosto de 2012 la Primera Sala de la SCJN –por unanimidad– decidió ejercer su facultad de atracción respecto del caso de un nacional colombiano, quien fue sentenciado sin que en ningún momento, al parecer, se le informara de su derecho a contactar con su Consulado.<sup>79</sup> Si esto resultase así, los hechos se asemejarían a los de algunos de los mexicanos protegidos por *Avena*, quienes fueron sentenciados sin que en ningún momento se les comunicara su derecho conforme al artículo 36.1.b. En ese sentido, será muy interesante conocer los estándares de revisión judicial que se generarán seguramente para este tipo de casos.

Por eso, cuando hay una violación a este derecho, corresponde a un tribunal sopesar en qué medida la violación afectó el debido proceso, y darle significado y sentido jurídico a esta disposición convencional para que no se convierta en un mero formalismo y se tomen en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. En consecuencia, no todas las violaciones al artículo 36 pueden conducir automáticamente a la anulación de todo el proceso, como lo propone el proyecto. De ser así, no tendría sentido diferenciar –para efectos de reparaciones– Cassez y el caso del nacional colombiano que se discutirá próximamente, aunque las circunstancias y hechos particulares sean distintos (al último nunca se le informó de su derecho, al parecer), pues irremediamente cualquier violación traería como consecuencia la anulación

<sup>78</sup> “Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado.” Artículo 36.1.b de la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares.

<sup>79</sup> Véase *Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 222/2012*, Solicitante: Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito, Ponente: min. Olga Sánchez Cordero.

de todo el proceso y su libertad inmediata. En ese sentido, la posición del ministro Cossío<sup>80</sup> de revocar el fallo del colegiado y ordenar que se dicte una nueva sentencia en la que no se tomen en cuenta las declaraciones en las que Florence Cassez careció de asistencia consular, se asemeja más a lo ordenado por la CIJ a Estados Unidos de revisar y reconsiderar si la violación al artículo 36 causó, en efecto, un perjuicio a los mexicanos nombrados en *Avena*, en cada caso concreto.

A pesar de los errores e imprecisiones discutidos, el proyecto acierta al poner en contexto las dificultades que un extranjero enfrenta en un sistema de justicia que le es extraño y, por lo tanto, se justifica una protección mayor para lograr la igualdad procesal. El proyecto del ministro Zaldívar señala, además, que un extranjero enfrenta barreras lingüísticas, culturales y conceptuales y, por ello, debe tomarse en cuenta el elemento idiosincrático para considerar que un extranjero ha sido informado sobre su derecho de contacto en forma libre y consciente. Más aún, el proyecto subraya que la asistencia consular reduce la distancia que separa a extranjeros de los nacionales en cuanto a la protección de un estándar mínimo de derechos.

## v. Conclusiones

Si bien aún hay que esperar la decisión final que tome la Primera Sala de la Suprema Corte en relación con el alcance de los derechos contenidos en el artículo 36 y, por lo tanto, a la fijación de estándares de revisión judicial por violaciones a éstos, se puede afirmar, sin embargo, que hay consensos en varios puntos. En primer lugar, nuestro país, a diferencia de Estados Unidos en este tema, sí acepta estándares internacionales de conformidad con nuestra propia Constitución. Más aún, las interpretaciones hechas por la Corte IDH en casos en los que México no es parte, son orientadoras para el Poder Judicial federal, tal como lo ha determinado la SCJN al decidir el expediente *Varios 912/2010* derivado del *Caso Rosendo Radilla Pacheco*. En México, además, no está a discusión si el artículo 36 establece derechos cuya titularidad corresponde a la persona y más aún, puede concluirse que los derechos a la información y comunicación consulares son derechos humanos.<sup>81</sup>

La forma de ver el contexto en el que se inscribe el derecho a la información sobre la asistencia consular difiere radicalmente en ambos países. En México se reconoce que el extranjero enfrenta situaciones de facto (lingüísticas, culturales, conceptuales, etc.) que lo colocan en desigualdad frente a los nacionales que se encuentran en la misma posición. Estas características justifican otorgar al nacional extranjero un trato diferenciado para asegurar la igualdad en el proceso. Es decir, en México se reconoce que los extranjeros gozan de mayores derechos, pero esta justificación es racional. En Estados Unidos, el principio de igualdad se entiende de manera formal y no material, es decir, no se reconoce que para garantizar la igualdad en

<sup>80</sup> El propio ministro Cossío cita que la CIJ rechazó el argumento de nuestro país de que “la asistencia consular tiene tal envergadura que *ipso facto* viciaría en su totalidad el proceso”. Véase Acta de la Sesión Pública de 21 de marzo de 2012, *supra* nota 69, p. 16.

<sup>81</sup> Esta conclusión no fue cuestionada por los ministros en la discusión.

el proceso se deban tomar en cuenta las desigualdades *de facto* que enfrentan los nacionales extranjeros. Además, la Suprema Corte pareciera inferir que la obligación de dar pleno efecto y sentido a los derechos contenidos en el artículo 36 es contraria a cualquier sistema adversarial, tomando como referencia para esta afirmación únicamente su propio sistema.

A diferencia de Estados Unidos, en México se asume que este artículo debe generar un *efecto útil*, es decir, hay una obligación de dar significado a las disposiciones del artículo 36 y de que algún resultado debe producir, si bien aún no se fijan sus alcances. La discusión en torno al proyecto del ministro Zaldívar no fue si se debía o no dar significado al artículo 36 y los derechos de la persona ahí consignados, sino sobre los alcances o efectos que produce su violación. Por el contrario, en Estados Unidos el “efecto útil” está supeditado a otras consideraciones de tipo legal y constitucional, además de la regla de preclusión procesal en términos generales, por lo que, en los hechos, el artículo 36 no produce todos los efectos que está llamado a tener. No obstante, al parecer el estándar para la revisión judicial de casos que de otra forma estarían impedidos de revisión por la regla de preclusión procesal, se fundamenta en que el sentenciado tenga ciertos elementos de prueba que permitan suponer que pudo haber sufrido un perjuicio por la falta de información y, en consecuencia, de asistencia consular. Si logra demostrar estos elementos de perjuicio, podría tener derecho a una audiencia en la que pueda probar cómo esta situación afectó el resultado de su caso. Sin embargo, aún falta ver cómo recibirán estos argumentos las cortes federales y, eventualmente, la Suprema Corte.

En México se reconoce, además, que el derecho a la información consular impone una correlativa obligación de las autoridades a informar a todo extranjero detenido por cualquier circunstancia de su derecho a contactar con su Consulado. Si es además un derecho de la persona extranjera y las autoridades competentes incumplen con su obligación, entonces debe haber una consecuencia judicial. En Estados Unidos, a la luz del caso *Breard y Sanchez-Llamas*, la carga de conocer el derecho le corresponde en los hechos al propio extranjero, ya que si no es informado de su derecho, y por lo tanto no esgrime violaciones a éste en primera instancia, no podrá reclamarlo en el futuro por estar impedido por la regla de preclusión procesal; por lo tanto, este derecho se torna ilusorio.

Por otra parte, el proyecto del ministro Zaldívar deja en suspenso, paradójicamente, el estándar existente en derecho internacional en cuanto al momento en que se debe informar al extranjero sobre su derecho a contactar con su Consulado, ya que no está claro si al final la Corte modificará el estándar o lo hará compatible con el existente en derecho internacional.

Si se toma en cuenta la posición del ministro Cossío en relación con suprimir las declaraciones en las que la nacional francesa Florence Cassez no estuvo asistida por su Consulado (como probablemente lo hubiera estado de haberse dado la *información* consular en tiempo) y esto se aprobara, se podría concluir, entonces, que la supresión de declaraciones sí es una forma de reparación derivada del artículo 36, contrario a lo que sostiene la Suprema Corte de Estados Unidos en *Sanchez-Llamas*.

Finalmente, es importante destacar que los derechos a la información y asistencia consular son dos derechos distintos, si bien la asistencia no se puede prestar sin que se active el

derecho detonador a la información consular. La distinción hecha en este ensayo no pretende ser fútil ni está basada en consideraciones restrictivas sobre la asistencia consular. Todo lo contrario, se ha dejado en claro la importancia para los nacionales extranjeros de contar con la asistencia de su Consulado para su defensa, debido a las desigualdades *de facto* que enfrentan en un sistema que les es ajeno. Sin embargo, desprender ligeramente del artículo 36 de la Convención que la asistencia consular, un derecho en principio del Estado, es un derecho fundamental de las personas y, por lo tanto, exigible en todo momento al Estado, es una conclusión a la que no se puede llegar sin una discusión seria y bien documentada, pero sobre todo teniendo clara la naturaleza de este derecho. Otra consideración muy distinta es la que resulta de los derechos que claramente corresponden a la persona extranjera, como los de la información y comunicación consulares.

## VI. Bibliografía

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, aprobada y suscrita en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas, Viena, 24 de abril de 1963.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, serie A, núm. 16.

———, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 2.

———, *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras (Excepciones Preliminares)*, Sentencia del 26 de junio de 1987, serie C, núm. 1.

———, *Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá (Competencia)*, Sentencia del 28 de noviembre de 2003, serie C, núm. 104.

———, *Caso Cayara vs. Perú (Excepciones Preliminares)*, Sentencia del 3 de febrero de 1993, serie C, núm. 14.

Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Caso Avena y Otros Nacionales Mexicanos (México vs. Estados Unidos)*, Sentencia de fondo del 31 de marzo de 2004, CIJ, Reportes 2004.

———, *Caso Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Albania)*, Sentencia de fondo del 9 de abril de 1999, CIJ, Reportes 1999.

———, *Caso LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos)*, Sentencia de fondo del 27 de junio de 2001, CIJ, Reportes 2001.

———, *Caso LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos de América) (Medidas Provisionales)*, orden del 3 de marzo de 1999, CIJ, Reportes 1999.

———, *Caso Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Paraguay vs. Estados Unidos de América) (Medidas Provisionales)*, orden del 9 de abril de 1998, CIJ, Reportes 1998.

Corte Suprema de Estados Unidos de América (CSEUA), *Sanchez-Llamas vs. Oregon*, Suprema Corte EUA, vol. 548, 2006.

———, *Castro vs. United States*, Suprema Corte EUA, vol. 540, 2003.

———, *Medellin vs. Texas*, Suprema Corte EUA, vol. 984, 2008.



- , *Breard vs. Greene*, Suprema Corte EUA, vol. 523, 1998.
- , *Gutierrez vs. State*, Suprema Corte de Nevada, núm. S11G0344, 2012.
- , *Leal Garcia vs. Texas*, Suprema Corte EUA, vol. 564, 2011.
- , *Marbury vs. Madison*, Suprema Corte EUA, vol. 5, 1803.
- , *Foster vs. Nielson*, Suprema Corte EUA, vol. 27, 1829.
- , *Medellin vs. Dretke*, Suprema Corte EUA, vol. 544, 2005.
- , *Medellin vs. Texas*, U.S. Reports, vol. 552, 2008.
- Gómez-Robledo V., Juan Manuel, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/5/art/art6.htm>>, (visitada el 12 de octubre de 2012).
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Amparo Directo en Revisión 517/2011, Quejosa y Recurrente Florence Marie Louise Cassez Crepin*, SCJN, 2011.
- , *Varios 912/2010*, SCJN, 2010.
- , *Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 222/2012*, Solicitante: Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito, Ponente: min. Olga Sánchez Cordero.