

**EL PARTICULAR ANTE EL DERECHO DE
LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL:
LOS PROBLEMAS PREVIOS DEL «STANDARD»
MINIMO Y LA PROTECCION DIPLOMATICA**

por CARLOS JIMENEZ PIERNAS

SUMARIO

INTRODUCCION

- I. LA SUPERACION DE LA CONTRADICCION TRADICIONAL ENTRE
LOS PRINCIPIOS DEL «STANDARD» MINIMO E IGUALDAD DE TRATO**
- II. LA EFICACIA DEL NUEVO «STANDARD» MINIMO INTERNACIONAL
DE TRATO**
 - 1. Protección diplomática y protección humanitaria.**
 - 2. El fenómeno de las personas desaparecidas en Chile y Argentina.**
 - 3. La protección de nacionales norteamericanos en El Salvador.**

CONCLUSIONES

INTRODUCCION

Basta una ojeada a la prensa diaria para apreciar el estado de crisis y convulsión permanente que afecta a gran parte del planeta. Sin entrar en las causas posibles de esa crisis y sus consecuencias para el ordenamiento internacional, tema interesantísimo pero que queda fuera del objeto de nuestro trabajo, es evidente que gran número de Estados padecen situaciones de conflicto interno de muy diversa índole (1), que convierten por desgracia en un raro privilegio la situación de paz social de que gozan como

(1) A los efectos exclusivos de este trabajo, la categoría genérica de *conflicto interno* se define por dos elementos, a saber, la existencia de una situación objetiva de violencia y hostilidades, localizada sobre el territorio de un solo Estado. La situación de *conflicto interno* puede englobar, sin pretensión de exhaustividad, desde simples crisis de actos no organizados, esporádicos y aislados de violencia, resueltos mediante la aplicación de las leyes penales ordinarias, en tanto que conflictos internos de *índole menor* (como los desórdenes, disturbios, revueltas, motines y linchamientos), hasta fenómenos de hostilidad organizados, intensos y duraderos que requieren comúnmente el empleo de las fuerzas armadas y no sólo de fuerzas policiales, en tanto que elementos materiales constitutivos de un conflicto armado interno o de *índole mayor* por contradicción al anterior, como es el caso de los movimientos de rebelión dotados de cierto aparato burocrático y organización militar y con un control efectivo de parte del territorio del Estado, que surgen con el objetivo de derribar a un gobierno o régimen político determinados o de obtener la secesión de una parte del Estado.

Para justificar tanto la propia noción de *conflicto interno* como esta amplia enumeración de situaciones integrables en la misma, nos hemos servido *mutatis mutandis* de lo dispuesto en el artículo I del protocolo II en relación con el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, así como de los trabajos de la C.D.I., en *Anuario C.D.I.*, 1975-II, pp. 98-99 (Comentario al art. 14 del Proyecto, párs. 1 a 3). Cf. también por parte de la doctrina, PINTO, R., «Les règles du Droit International concernant la guerre civile», en *R. des C.*, t. 114 (1965-I), 451-553; pp. 525-528. VERZIJL, J.H.W., *International Law in Historical Perspective*, 10 vols. publicados, vol. VI, Leiden, 1973, pp. 694-697 y ss. Y sobre todo la monografía de CALOGEROPOULOS-STRATIS, S.A., *Droit Humanitaire et Droits de l'Homme. La protection de la personne en période de conflit armé*, Genève, 1980, pp. 68-74. El curso de SCHINDLER, D., «The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols», en *R. des C.*, t. 163 (1979-II), 117-163, pp. 146-147. Y el reciente trabajo de síntesis de FIGUET, Ch., *La guerre civile en Droit International. Contribution à l'étude de la responsabilité internationale de l'Etat à raison des dommages éprouvés sur son territoire par des étrangers, du fait du mouvement insurrectionnel*, Lausanne, 1982, pp. 15-18 y 22-23. En rigor, la única novedad de la tipología de conflictos internos

arquetipo América del Norte y Europa Occidental (2). El aumento de las situaciones de conflicto interno en el mundo, y el consiguiente recrudecimiento de la violencia, corre paralelo en ese mismo ámbito interno a la

que ofrecemos radica en la calificación del bandidaje y fenómenos similares como una situación de conflicto interno *intermedia* entre los tipos *menor* y *mayor*, cuestión generalmente obviada por la doctrina. Veámoslo.

Existe, a nuestro entender, un tipo intermedio de conflicto entre los de *índole menor y mayor*, calificado clásicamente como bandidaje o bandolerismo, caracterizado por tres propiedades o elementos, a saber, la continuidad o permanencia, un cierto grado de organización, y el clima estable de inseguridad creado por su propia naturaleza endémica; se han considerado tradicionalmente como actos de bandidaje el secuestro, robo y pillaje a mano armada habitualmente ejecutados por bandas más o menos organizadas: *vid.* HUBER, W., «Rapports» de las *Reclamations britanniques dans la Zone Espagnole du Maroc (Accord Anglo-Espagnol du 29 Mai 1923)*, La Haye, Mai 1925, p. 56, pár. 4; y siguiéndolo, RALSTON, J.H., *Suplement to 1926 Revised Edition of the Law and Procedure of International Tribunals*, Stanford University (California), 1936, pp. 175-176, pár. 613 b. No excluimos la posibilidad de actos de bandidaje que puedan encuadrarse dentro sólo de los delitos de derecho común o bien dentro de una situación de rebelión y en conexión con ella, actos que incluiríamos por tanto dentro de los tipos de *conflicto menor y mayor* respectivamente; pero estimamos que la situación *intermedia* es la que mejor caracteriza el bandolerismo de acuerdo con la jurisprudencia y la práctica, porque a las notas típicas de su permanencia y estado de inseguridad general que lo alejan de los conflictos menores, se une comúnmente la ausencia de un control efectivo de parte del territorio y de una pretensión política antagónica traducible en la típica aspiración de gobierno o secesión que sí aparecen en cambio en los conflictos mayores.

Esta categoría intermedia cataloga y abarca hoy perfectamente las nuevas situaciones de *inestabilidad y violencia políticas permanentes* que soportan en la actualidad buen número de Estados de reciente independencia y en desarrollo a causa sobre todo de la pobreza, el aumento de población y la existencia de grandes desigualdades (caso de Guatemala, Colombia, Perú o Egipto); o de una gran heterogeneidad cultural especialmente racial, religiosa y lingüística (caso del Chad o Sudán); o de ambas causas a la vez pero en distinto grado (caso de Filipinas, la India o Zaire).

Esas *inestabilidad y violencia políticas permanentes*, unidas además a la general debilidad funcional de las estructuras de poder de dichos Estados, conducen inevitablemente ya al endurecimiento arbitrario ya a la disolución caótica de las mismas, que alimentan en ambas direcciones un estado perenne de inseguridad y ausencia del imperio de la ley (*rule of law*) que llegan casi siempre a padecer también los extranjeros. En semejante estado, se confunden en una mezcla a veces inextricable fenómenos tan dispares como las guerrillas de actividad intermitente, sin ningún futuro político y próximas con frecuencia al tipo del bandolerismo clásico, la violencia institucional más aguda y la represión parapolicial, el terrorismo, las revueltas políticas y golpes de Estado cruentos, y los disturbios y matanzas raciales, entre otros, que generan en conjunto una situación generalizada de *conflicto de mediana intensidad* que está demostrando ser muy pernicioso para los derechos y libertades de nacionales y extranjeros por igual.

Operamos con esta *categoría intermedia*, como ya hemos hecho *supra* al establecer la tipología de conflictos internos, por vía de mera interpretación extensiva, ya que mantenemos la norma consuetudinaria dentro de su marco institucional, pero entendemos incluidos en el supuesto de hecho concreto más casos de aquellos que ha encerrado literalmente hasta ahora: *vid.* DIEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, 1982, pp. 282-283. Por demás, nuestra interpretación se inspira materialmente en el trabajo de MARKS, S.P., «Principios y normas de derechos humanos aplicables en situaciones de emergencia: subdesarrollo, catástrofes y conflictos armados», en VASAK, K., (Ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, 3 vols., trad. de H. Sabaté y M.J. Rodellar de la ed. inglesa de 1982, Barcelona, 1984, vol. I,

multiplicación de las violaciones de los derechos y libertades fundamentales y a la escalada de la violencia más arbitraria contra víctimas indefensas (3).

Ocurre también que en esos Estados sometidos a situaciones de conflicto interno ha sido inevitable que se degraden los derechos y libertades de los extranjeros más o menos paralelamente a los de los propios nacionales, dando ocasión a un apreciable aumento en número e importancia de los motivos de preocupación más tradicionales por no decir sempiternos del Derecho de extranjería, a saber, la salvaguarda de la vida, libertad, seguridad e integridad de los extranjeros. El deterioro de los derechos y libertades de los extranjeros es tan cierto en esas situaciones de conflicto interno, que nos ha parecido interesante estudiar sus consecuencias en el actual Derecho de la responsabilidad internacional, adoptando para ello una perspectiva universal y no regional o particular.

Debemos confesar de inmediato que el análisis de la práctica a este respecto arroja un resultado inquietante, no tanto por las violaciones persistentes y la contestación reiterada de los derechos más elementales de los extranjeros, como sobre todo por la ausencia de una reacción jurídica frente a las mismas que consistiera —como cabía esperar— en la reclamación de responsabilidad internacional por los Estados afectados en razón de la nacionalidad de las víctimas. Tan grande y manifiesta nos ha parecido esta ausencia de reacción, que por fuerza nos ha hecho recapacitar sobre cuáles pudieran ser las presumibles razones jurídicas que la justificaran en grave detrimento de los derechos y libertades más fundamentales de los extranjeros, entre los que no contamos por cierto sus derechos económicos, excluidos del *standard* mínimo como habrá oportunidad de comprobar (4).

254-303; pp. 256-259. En EIDE, A., «Troubles et tensions intérieures», en AA.VV., *Les dimensions internationales du Droit Humanitaire*, París, 1986, Cap. XV, 279-295; pp. 280-282 y 290-292. Y en el análisis de las perspectivas de desarrollo de los derechos humanos que lleva a cabo R. FALK en su obra *Human Rights and State Sovereignty*, New York, 1981, pp. 66-71, 76-77, 87-89, 98-99 y 165-166. Vid. para un caso concreto, el de Perú, RUBIO CORREA, M., «Militares y Sendero Luminoso frente al sistema democrático peruano», en *R.E.P.*, n.º 53 (1986), 161-174; pp. 162-163 y 169 *in fine*-174.

(2) Sin que esto signifique que la situación sea idílica, como la doctrina ha puesto de manifiesto muy recientemente en relación con la protección frente a las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes: vid. SUDRE, F., «La notion de "peines et traitements inhumains ou dégradants" dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme», en *R.G.D.I.P.*, t. 88 (1984), 825-889; pp. 827-828 y *passim*.

(3) Vid. e.g. CICR, *Informe de Actividad-1984*, Ginebra, 1985, pp. 89-90; *Informe de Actividad-1985*, Ginebra, 1986, pp. 85-86; e *Informe de Actividad-1986*, Ginebra, 1987, pp. 86 y 88. Así como DI GREGORIO, V., «La situazione sociale nel mondo-1985», en *C.I.*, vol. L (1986), 47-57; pp. 47-50.

(4) Por *standard* entendemos una pauta o criterio común de conducta, compuesta por criterios fundados sobre lo que parece normal (desde un punto de vista estadístico o descriptivo) y

La situación cuando menos confusa por la que hoy pasa el Derecho de extranjería, en un contexto de crisis como el que sabemos embarga al ordenamiento internacional, admite de entrada diversas respuestas para la pregunta que nos acabamos de formular. No obstante, hemos evitado caer en la tentación de resolver el problema negando expresamente la existencia de obligaciones generales por parte de los Estados en el trato a los extranjeros, tal como hace Tamburini, que sólo limita sus poderes discrecionales a este efecto mediante el principio general de la buena fe (5). Ya que, entre otras objeciones, este autor basa su tesis casi exclusivamente en la jurisprudencia de la Comisión General de Reclamaciones entre Méjico y Estados Unidos, y soslaya casi toda la práctica anterior y posterior a 1945; sin olvidar por último que otros autores, haciendo uso además de materiales semejantes, han concluido defendiendo justo la tesis contraria (6).

De hecho, nosotros también defendemos la existencia de obligaciones generales por parte de los Estados en materia de extranjería, pero puestos a comprobar la certeza o no de esta afirmación nos ha interesado estudiar, más que la mera existencia y contenido del denominado *standard* único de trato, sobre todo su eficacia (7), lo que nos ha llevado inevitablemente a analizar la naturaleza y funciones de la institución de la protección diplomática en tanto que ejercida en defensa de dicho *standard*. Ambos temas, el del *standard* y el de la protección diplomática, son sin duda previos a cualquier análisis de la responsabilidad internacional que pudiera derivar del trato a extranjeros ya que constituyen en planos diferentes los pasos obligados para acceder a ella; el *standard* en el plano sustantivo y prima-

aceptable (desde un punto de vista dogmático) en el seno de la Sociedad Internacional en el momento en que cierto hecho debe ser apreciado: *vid.* RIALS, S., «Les standards, notions critiques du droit», en PERELMAN, Ch., y VANDER ELST, R., (Eds.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984, 39-53; pp. 43-44.

Para el contenido del antiguo *standard* de civilización, donde sí se incluía el derecho de propiedad de los extranjeros, *vid.* SCHWARZENBERGER, G., y BROWN, E.D., *A Manual of International Law*, 6th ed., Abingdom (G.B.), 1976, p. 84. En cambio, el *standard* contemporáneo gira en torno a un núcleo muy reducido de derechos humanos fundamentales pero con la adición clave del principio de no discriminación: *vid.* GONG, G.W., *The Standard of «Civilization» in International Society*, Oxford, 1984, pp. 84-93, sobre todo 90-91.

(5) TAMBURINI, M., *Trattamento degli stranieri e buona fede nel Diritto Internazionale Generale*, Padova, 1984, pp. 34-38 y 44-48.

(6) *Vid. e.g.* ROTH, A.H., *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Leiden, 1949, pp. 134-151 y 185-186 y ss.

(7) Se trata ante todo de que los sujetos del ordenamiento conformen su comportamiento a las normas del mismo, porque a fin de cuentas «la existencia de un ordenamiento jurídico se identifica con su validez y ésta depende de su eficacia»: *vid.* LUMIA, G., *Principios de teoría e ideología del derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Madrid, 1982, pp. 67-68. Algún autor distingue entre eficacia (entendida como el logro de los propósitos perseguidos por las normas) y efectividad (entendida como su valor para ser real y generalmente aplicadas); pero a la larga y comúnmente, no se alcanzará el objetivo deseado por una norma sin su previa efectividad: *vid.* DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 193-195.

rio (8), y la protección diplomática en el plano de los procedimientos de aplicación de las normas internacionales. Por tanto, entendemos que el conocimiento del estado por el que pasan el tan citado *standard* y la añeja institución de la protección diplomática nos ayudará a averiguar y tal vez contribuirá a explicar la situación real tan poco halagüeña en que se encuentra actualmente la protección efectiva de los derechos y libertades más fundamentales de los extranjeros, al no generar —como sabemos— las violaciones de los mismos las debidas consecuencias en materia de responsabilidad. Lo que permite quizás pensar, ya lo adelantamos, que las normas primarias en materia de Derechos humanos, tan desarrolladas últimamente en nuestro ordenamiento, no parecen haber penetrado, o bien lo han hecho escasamente, dentro del sector de aplicación de las normas, particularmente en el Derecho de la protección diplomática y —por ende— de la responsabilidad internacional.

Tras estas aclaraciones introductorias, vamos a ocuparnos primero del *standard* único de trato universalmente aceptado como superación formal de la tensión clásica entre los principios tradicionales del *standard* mínimo e igualdad de trato (I); y después, de la muy relativa eficacia del nuevo *standard* (II), mediante el análisis de la degradación de la protección diplomática en favor de los nacionales y su reducción a una simple protección humanitaria idéntica o similar a la que viene ejerciéndose en favor de particulares no nacionales, sirviéndonos para ello del estudio de cierta práctica en torno a un par de fenómenos, el de los secuestros y atentados contra disidentes y exiliados políticos por un lado, y el de las personas desaparecidas y la protección de nacionales norteamericanos en El Salvador por otro. Así apreciaremos cómo se ha diluido la protección específica que el ordenamiento clásico proporcionaba a los extranjeros a causa —creemos— de la integración de los contenidos sustantivos tradicionales propios del Derecho de extranjería en el marco general de la protección contemporánea de los Derechos Humanos, donde se prescinde idealmente del vínculo de la nacionalidad. Terminaremos con unas breves conclusiones.

(8) Entendemos por *reglas o normas primarias* las obligaciones procedentes de cualquier sector del ordenamiento, cuya violación puede ser causa de responsabilidad; mientras que las *secundarias* son reglas abstractas que tienen por objeto determinar si se ha violado una obligación y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, con independencia en principio de la naturaleza y contenido de la obligación violada: *vid.* para esta distinción, *Anuario C.D.I.*, 1976-II (2.^a parte), p. 69, pár. 68; y 1980-II (2.^a parte), p. 26, párs. 23-24. Basada como se sabe en la obra de HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, México, 1980, Cap. V, en particular pp. 113 y ss.

I. LA SUPERACION DE LA CONTRADICCION TRADICIONAL ENTRE LOS PRINCIPIOS DEL «STANDARD» MINIMO E IGUALDAD DE TRATO

Hemos dejado ver en la Introducción que uno de los propósitos que nos animaba a estudiar el Derecho de la responsabilidad internacional no era otro que el de averiguar el alcance de la penetración de las normas primarias en materia de Derechos Humanos en este sector del ordenamiento, significado hasta hace poco por el desacuerdo fundamental de los Estados sobre las normas primarias de referencia por ejemplo en materia de trato a extranjeros.

Debemos reconocer enseguida que el Derecho convencional y la doctrina parecen haber resuelto hoy día esas dificultades. En efecto, por una parte los artículos 3 a 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; el Preámbulo y los artículos 5 a 8 de la Declaración sobre los derechos humanos de las personas que no poseen la nacionalidad del país donde viven, contenida en la Resolución 40/144 de la A.G., de 13 de diciembre de 1985, adoptada por consenso (9); y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976; y por otra, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en vigor desde el 21 de octubre de 1950, y los dos Protocolos Adicionales (I y II) de 1977 a dichos Convenios, en vigor desde el 7 de diciembre de 1978; además de otros Convenios específicos, como el de 1979 contra la toma de rehenes (10), en sus artículos 1, 12 y 13, o el de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (11), en sus artículos 1-1.º y 16-1.º (para la definición de los tipos) y 2-2.º (para su aplicación en situaciones de conflicto interno), nos permiten afirmar que se ha avanzado mucho en la protección general de un mínimo de derechos fundamentales de la persona con independencia de su procedencia nacional, prohibiéndose taxativa y complementariamente ciertos actos contra ella, en particular cualquier atentado contra su vida, integridad y dignidad, así como contra su libertad y seguri-

(9) *Vid. Rivista*, vol. LXIX (1986), pp. 661-664.

(10) Aprobada mediante consenso por Res. 34/146 de la A.G. de las N.U., de 17 de diciembre de 1979, en vigor desde el 3 de junio de 1983 y para España el 25 de abril de 1984 (*B.O.E.* de 7 de julio de 1984), y donde encontramos una propuesta de definición o tipificación del delito de captura de rehenes, no aplicable en ningún caso a actos realizados por Estados: *vid. SOLA DOMINGO*, M. de, «La Convención Internacional contra la toma de rehenes», en *R.E.D.I.*, vol. XXXV (1983), 85-96; pp. 86-91. Y *CHERIF BASSIOUNI*, «Hostages», en *R. BERNHARDT* (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8 (1985), pp. 264-266.

(11) *Vid.* texto de esta Convención en *R.E.D.I.*, vol. XXXVII (1985), pp. 268 y ss. Fue aprobada mediante consenso por Res. 39/46 de la A.G., de 10 de diciembre de 1984, y entró en vigor el 26 de junio de 1987 para los veinte Estados que ya la habían ratificado, y para España el 20 de noviembre de 1987 (*B.O.E.* de 9 de noviembre).

dad personal más elementales (12). Con la garantía añadida, aunque circunstancial, de la obligación de aplicar ciertas normas humanitarias convencionales en todos los supuestos de conflicto interno recogidos en el presente trabajo (13).

Este apreciable desarrollo sustantivo del Derecho convencional en materia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario ha ofrecido sólidos argumentos para la formulación de protestas y reclamaciones y para el ejercicio de la protección diplomática más estricta y formal por parte de los Estados de nacionalidad de los extranjeros víctimas de algún daño o perjuicio. A fin de cuentas, las garantías fundamentales mínimas recogidas por el Derecho Humanitario no son más que una expresión adaptada a las circunstancias que concurren en este sector normativo de un núcleo

(12) En relación con los derechos humanos no derogables en una situación de conflicto interno, tema sobre el que nos interesa insistir, *vid.* el ya citado artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre Derecho Humanitario, que para un importante sector de la doctrina rige las normas mínimas aplicables en todo tipo de conflictos internos, sean de índole menor o mayor; además de los artículos 27 y 29, y sobre todo el 35 y 38 del denominado IV Convenio. Y los artículos 72, 75 (y en general toda la Sec. III del Tit. IV) y 91 del Protocolo I, así como el Preámbulo y artículos 2, 4 y 6 del Protocolo II.

Cf. ya con carácter general los trabajos de FREYMOND, J., «Droits de l'homme et conflits internes», en *Annales*, vol. 8 (1977), 11-23, pp. 12 y ss. CALOGEROPOULOS-STRATIS, *op. cit.*, pp. 115-118. LILLICH, R.B., «The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency», en *A.J.I.L.*, vol. 79 (1985), 1.072-1.081, pp. 1.076-1.079, nota que recoge el consenso alcanzado por la I.L.A. a este respecto en su 61 Conferencia celebrada en París (1984). Y ABELLAN HONRUBIA, V., «La protección internacional de los derechos humanos: métodos internacionales y garantías internas», en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del Profesor D. Antonio Truyol Serra*, 2 vols., Madrid, 1986, vol. I, 29-58; pp. 52-55. Todos se ocupan de la aplicación de los derechos humanos en situaciones de conflicto interno tal como a los efectos de esta investigación quedó definido dicho tipo *supra*, estén o no sujetas formalmente tales situaciones al marco legal de un estado de excepción o de sitio.

(13) *Vid.* C.I.C.R., Doc. INFO/DIF/1/b/Rev. 12, 08-07-1986, pp. 4-8. En particular, al menos todos los Estados afectados en alguna medida por las situaciones de conflicto definidas en este trabajo ratificaron, se adherieron o sucedieron a la Potencia Administradora en los Convenios de Ginebra de 1949 dentro de fechas que admiten sobradamente su alegación y respeto en esas situaciones. La única duda sobre la aplicación generalizada de los Convenios de Ginebra afecta a la llamada Guerra Civil de Angola (1975-1976), desatada tras la precipitada descolonización del Territorio llevada a cabo por Portugal en 1975, pero queda resuelta a estos efectos por la presunta vigencia consuetudinaria del contenido del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. En cualquier caso, a ese conflicto, como al del Congo (1960-1964), al del Chad quizás hasta 1979, y particularmente al del Líbano después de la Guerra Civil (también durante 1975-1976) sufrida por este país, tampoco les hubiera sido o sería de aplicación el Protocolo II, cuyo artículo 1 restringe su ámbito de validez sólo a los conflictos entre el Gobierno establecido y los rebeldes o insurrectos, y en absoluto a los conflictos entre los propios movimientos de liberación o grupos y facciones disidentes, como ocurre sobre todo con el enfrentamiento armado que sostienen entre sí las numerosas milicias rivales libanesas: cf. SCHINDLER, *Curso cit.*, pp. 143 *in fine*-144 y 148-149; y DOSWALD-BECK, «The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government», en *B.Y.B.I.L.*, vol. LVI (1985), 189-252, pp. 196 *in fine*-199.

duro de derechos y libertades fundamentales de la persona humana (14); y lo mismo sucede respecto de los conflictos de *índole menor o intermedia* aunque queden excluidos del ámbito de aplicación del Protocolo II, pero no así del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (15).

(14) La bibliografía sobre las relaciones entre el Derecho Humanitario y los Derechos Humanos es, por cierto, muy abundante: *vid.* I.C.R.C./HENRY DUNANT INSTITUTE (Eds.), *Bibliography of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, 2nd. ed., Geneva, 1987, *passim*, en particular pp. 29 y ss. *Cf.* como precedentes doctrinales anteriores a los Protocolos, MIGLIAZZA, A., «L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l'homme», y WILHELM, R.-J., «Problèmes relatifs à la protection de la personne humaine par le Droit International dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international», ambos en *R. des C.*, t. 113 (1972-III), 143-242 y 311-418, pp. 185 y ss. —para el primero—, y 378 y ss. —para el segundo—.

(15) El proceso codificador seguido por el tan citado artículo 3 es revelador, desde el proyecto original del artículo 2, pár. 4.º, también común a los cuatro Convenios, preparado en la Conferencia de Estocolmo del C.I.C.R. (*Actes Conférence 1949*, t. I, pp. 47, 61, 72 y 111), hasta el texto definitivo del artículo 3 aprobado en el Pleno de la Conferencia de Ginebra por 34 votos a favor, 12 en contra y 1 abstención (*Ibid.*, t. II-B, p. 335; textos de los Convenios en t. I, pp. 205-206, 225-226, 243-244 y 294-295); sin que se formularan otras reservas al mismo en el momento de la firma que la de Portugal (de nuevo t. I, pp. 336 y ss. y 345). *Vid.* en particular los debates y avatares del proyecto del artículo 2, pár. 4.º, en el seno del Comité Especial, donde su Grupo de Trabajo II logró elaborar una propuesta que a pesar de ser rechazada *in extremis* por el Comité, terminó siendo mayoritariamente aceptada por la Comisión Mixta y el Pleno; en ella se restringía severamente el contenido material del antiguo par. 4.º del artículo 2 a un *mínimo de derechos protegidos reconocidos en cualquier país civilizado* a cambio de no limitarse su ámbito de aplicación que abarcaría a todo conflicto interno de *índole menor o mayor*, renunciando de paso la Conferencia a resolver los problemas de la determinación tanto de los criterios objetivos que harían obligatoria su aplicación como del estatuto jurídico de las partes contendientes: *Ibid.*, t. II-B, pp. 115-122 (Séptimo Informe del Comité Especial a la Comisión mixta); 123-124 (Informe de la Comisión al Pleno); 153 (Recomendación de la Comisión de Redacción al Pleno); 320-323 (Interv. maximalista del Sr. Morosov —Unión Soviética—, en defensa de la vuelta al Proyecto de la Cruz Roja), y 330-332 (excelentes réplicas de los Sres. Bolla —Suiza— y Carry —C.I.C.R.— en defensa de la propuesta de compromiso aprobada en Comisión).

Y por si hubiera dudas al respecto, la propia práctica impulsada por la labor benemérita del C.I.C.R. ha consagrado de hecho una interpretación extensiva del artículo 3, confirmada además en el proceso codificador del artículo 1 del Protocolo II: *vid.* ABI-SAAB, R., *Droit Humanitaire et conflits internes. Origines et évolution de la réglementation internationale*, París, 1986, pp. 68-73, 75-82 y ss., 145-153 y 191-196.

El artículo 3 reza en su tenor literal así:

«Art. 3. En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar por lo menos las disposiciones siguientes:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquiera otra causa, serán, en toda circunstancia, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

En suma, estamos de acuerdo con la mayor parte de la doctrina cuando sostiene acertadamente tanto la relativa convergencia e identidad material de ambos sistemas de normas, al menos en torno a un núcleo de reglas básicas contenidas precisamente en lo que al Derecho Humanitario respecta en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (desarrollado y completado por el Protocolo II en caso de guerra civil), como la relación de complementariedad o interdependencia y a veces hasta de subsidiariedad de sus condiciones y ámbitos de aplicación en las situaciones de conflicto interno; todo ello a pesar de sus evidentes autonomías normativas en el ámbito personal y temporal (16). Por mucho hincapié que se haga, además, en las diferencias específicas y en la autonomía normativa del Derecho Humanitario respecto de los Derechos Humanos (17), esto no afecta en absoluto al valor formal del *standard* mínimo de trato que la similitud, convergencia e interpenetración *ratione materiae* de ambos sectores del ordenamiento internacional ha permitido crear tanto en situación de paz

A tal efecto están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados a la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, y las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;
 - b) la toma de rehenes;
 - c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
- 2) Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes.

Las Partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner en vigor por vía de acuerdos especiales la totalidad o parte de las demás disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las disposiciones precedentes no tendrán efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes».

(16) *Vid.* BOTHE, M., «Conflits armés internes et Droit International Humanitaire», en *R.G.D.I.P.*, t. 82 (1978), 82-102, p. 96; SCHINDLER, Curso cit., pp. 149, 151-152 y 155-156; CASSESE, A., «The Status of Rebels Under the 1977 Geneva Protocol on Non International Armed Conflicts», en *I.C.L.Q.*, vol. 30 (1981), 416-439, pp. 438 *in fine*-439; MERON, Th., «Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife», en *A.J.I.L.*, vol. 78 (1984), 859-868, pp. 861-862, 864-865 y 867 *in fine*-868; PARTSCH, K.J., «Human Rights and Humanitarian Law», y KUSSBACH, E., «Protected Persons», en R. BERNHARDT (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8 (1985), pp. 292-292 y 444-446, respectivamente; ABI-SAAB, G., «Conflits armés non internationaux», en *Les dimensions internationales du Droit Humanitaire*, *op. cit.*, Cap. XIV, 251-277, pp. 272-273; y sobre todo las monografías de CALOGEROPOULOS-STRATIS, *op. cit.*, pp. 47-52, 94-97, 165-168 y 223-228, y EL KOUHENE, M., *Les garanties fondamentales de la personne en Droit Humanitaire et Droits de l'Homme*, Dordrecht, 1986, pp. 8-12, 97-98 y 161.

(17) *Vid.* MUSHKAT, M., «The Development of International Humanitarian Law and the Law of Human Rights», en *G.Y.I.L.*, vol. 21 (1978), 150-168, pp. 156-161.

como de conflicto interno, especialmente cuando éste es de *tipo menor* o *intermedio* pero también cuando es de *tipo mayor* (guerra civil) (18).

Ejemplo de lo que sostenemos son las conclusiones del experto F. Ermacora sobre el problema de las personas desaparecidas en Chile, donde sienta la responsabilidad internacional del Gobierno chileno por la situación de violación grave y masiva de ciertos derechos humanos fundamentales que ha propiciado y consentido en su país, ya que Chile es parte en diversos instrumentos convencionales que protegen esos derechos, entre los que se cuentan tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —para tiempo de paz— como los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 —en caso de conflicto—; evitando o sorteando, mediante el recurso al conocido artículo 3, la excusa de la situación de disturbios y hasta de guerra civil que según el Gobierno chileno reinaba en el país durante la etapa más dura de la represión militar en los meses posteriores a septiembre de 1973 (19).

(18) *Vid. MARKS, loc. cit.*, pp. 254-255 y 282-288. Ya que la calificación de cierta situación como de conflicto interno *menor* o *intermedio* no impedirá en ningún caso la protección de los derechos fundamentales de cualquier individuo nacional o extranjero gracias a la confluencia e integración entre ambos sectores del ordenamiento (Derechos Humanos y Derecho Humanitario) a la hora de regular toda esa zona gris e incierta de fenómenos internos de violencia y hostilidad delimitada en sus extremos por las certidumbres de una situación de paz o de conflicto armado en regla (guerra civil), donde también seguirán en vigor todos los derechos incluidos al menos en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

Es cierto, por otra parte, que en caso de *conflicto menor* o *intermedio* tanto el ordenamiento interno como el internacional admiten la derogación de ciertos derechos humanos; y así contienen cláusulas derogatorias por ejemplo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 4), la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 15), y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 27); pero estos mismos artículos excluyen expresamente la derogación de cierto núcleo de normas entre las que se cuentan el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y la toma de rehenes, el principio de legitimidad y retroactividad, y otras: otra vez MARKS, *loc. cit.*, pp. 275-277; EIDE, *loc. cit.*, pp. 284-285; y ZAYAS, A. de, MOLLER, J. Th., OPSAHL, T., «Application of the International Covenant on Civil and Political Rights under the Optional Protocol by the Human Rights Committee», en *G.Y.I.L.*, vol. 28 (1985), 9-64, pp. 61-63. Es sabido que no se excluyen de una posible derogación normas tan fundamentales como las que protegen los derechos a la libertad y seguridad personales, a la justicia y a no ser discriminado; pero dicha derogación se somete a estrictas condiciones de publicidad, excepcionalidad y proporcionalidad con el estado de perturbación social que la genera, de ahí que no se justifique normalmente en caso de *conflicto menor*; y queda en todo caso limitada a un trato humanitario mínimo exigido por el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que es inderogable y aplicable en cualquier situación de conflicto interno.

(19) Doc. N.U. A/34/583/add.1, pp. 92-94, párs. 173-175. El Informe sobre Chile de 1974, presentado en octubre de ese año al Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, soslayaba tal excusa invocando el artículo 27 (suspensión de garantías) de la Convención Americana de Derechos Humanos aún no en vigor, por entender como comúnmente aceptado que los estados de excepción sólo permitan la suspensión de ciertos derechos que no afectaban al núcleo más esencial de los protegidos por esa Convención, muy en particular el derecho a la vida y a no ser torturado: *vid. LE-*

Merece la pena detenernos en concreto, dada su triste actualidad y trascendencia jurídica, en la relación tanto de concordancia material como de compatibilidad y subsidiariedad de sus ámbitos de aplicación existente entre la Convención de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes por un lado y el Derecho Humanitario por otro en torno a los tipos de la tortura y tratos inhumanos (20), prohibidos tanto en tiempo de paz como de conflicto interno o internacional; lo que ha consolidado formalmente el núcleo esencial del derecho a la integridad física y moral de la persona en cualquier circunstancia o situación de paz, de conflicto interno *menor o mayor* y conflicto armado internacional, sin excepciones o derogaciones de ninguna clase. Porque la tipificación de la tortura y otros tratos ya se recogía y prohibía terminantemente en los cuatro Convenios de 1949, incluido por supuesto su artículo 3, así como en los Protocolos Adicionales de 1977; en estrecha correspondencia con lo establecido al respecto para tiempo de paz en los artículos 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes», rezan ambos (21).

BLANC, L.J., *The OAS and the Promotion and Protection of Human Rights*, The Hague, 1977, pp. 158-160. Esto al margen del incumplimiento constante por parte del Gobierno chileno de la condición de la temporalidad del estado de excepción: *vid.* CIDH, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, pp. 46-47, párs. 93-99.

(20) Los artículos 1 y 16 en relación con los artículos 2 y 4 de la Convención de 1984 fijan y desarrollan progresivamente los elementos constitutivos de los dos tipos, la «tortura» y «otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes». El concepto de «tortura» recién codificado requiere la presencia de tres elementos (art. 1-1.º): el *material* (dolor o sufrimiento graves infligidos intencionadamente a una persona); el *sujeto activo cualificado* (la implicación directa o indirecta en los hechos de un funcionario público, que afecta sin embargo a la obligación de las autoridades de proteger a las personas bajo su jurisdicción contra esta clase de tratos aunque sean infligidos por órganos que actúan *ultra vires* o por personas que no ejercen función pública alguna); y el *elemento teleológico* (infligir dolor o sufrimiento con un fin u objetivo determinado, a saber y entre otros, la obtención de información o una confesión, el castigo por cierta conducta o por la sospecha de su comisión, la intimidación o coacción, o cualquier otra causa basada en cualquier tipo de discriminación). El tipo de «tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes» participa de los mismos elementos constitutivos de la noción de «tortura», con la única variante relativa al *elemento material* de que los dolores o sufrimientos infligidos no sean graves (art. 16-1.º). *Cf.* VILLAN DURAN, C., «La Convención contra la tortura y su contribución a la definición del derecho a la integridad física y moral en el Derecho Internacional», en *R.E.D.I.*, vol. XXXVII (1985), 377-402, pp. 386 y ss.; y Doc. N.U. E/CN.4/1986/15, pp. 11-13, párs. 32-39.

(21) Otra vez VILLAN DURAN, *loc. cit.*, pp. 381-384 y 399 *in fine*-400; SUDRE, *loc. cit.*, pp. 829-832; y DONNELLY, J., «The Emerging International Regime Against Torture», en *N.I.L.R.*, vol. XXXIII (1986), 1-23, pp. 3 y 21-23.

Recordemos, al objeto de nuestro trabajo, la identidad de las cláusulas de inderogabilidad del derecho a la integridad física y moral de las personas incluso en situaciones o circunstancias excepcionales (como las que paradigmáticamente se agrupan bajo la denominación de conflictos internos de orden menor a mayor), recogidas en términos similares en muchos Convenios de esta índole, como el artículo 4-1.º y 2.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya cita-

El paso siguiente ha sido la inevitable y manifiesta interacción, incierta en el tipo aunque sobre todo declarativa (22), entre el tradicional Derecho consuetudinario de extranjería y el actual desarrollo de un Derecho eminentemente convencional en materia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario, que nos permite hoy al menos lograr la síntesis de un *consensus* sobre el contenido sustantivo del *standard* mínimo de protección del particular, sea o no extranjero, en torno a un conjunto de derechos y libertades cuyo respeto parece estar bien establecido tanto consuetudinaria como convencionalmente en el ordenamiento internacional, a saber: la protección de los bienes jurídicos de la vida, libertad y seguridad personales, integridad y dignidad física y moral, el derecho a la justicia, e incluso el derecho a no ser discriminado sin razón justificada o desproporcionadamente. De modo que desde la segunda postguerra, más que a una sólo aparente dilución y desvalorización del contenido y vigencia de las reglas consuetudinarias de naturaleza primaria que tuvieran que ver con sectores estrechamente relacionados con la Responsabilidad Internacional, como el Derecho de extranjería (23), asistimos en realidad simplemente a una acelerada transformación normativa de dichas reglas (24).

do *supra*, el artículo 2-2.º de la Convención que nos ocupa, o el artículo 5 de la Convención Interamericana para la prevención y castigo de la tortura, adoptada en sesión plenaria por la A.G. de la O.E.A. el 9 de diciembre de 1985, y que en marzo de 1986 ya habían firmado once Estados miembros [vid. *I.L.M.*, vol. XXV (1986), p. 521; cf. el texto en español en la *Revista I.I.D.H.*, n.º 2 (1985), pp. 161-165].

Y el caso *Filártiga v. Peña-Irala* (1980), en el que un tribunal federal norteamericano estimó competente a la jurisdicción federal para conocer de una demanda por torturas cometidas por órganos de un Estado en violación del derecho a no ser torturado incluido dentro del *standard* mínimo de trato debido por igual a nacionales y extranjeros, a pesar de que los torturadores no fuesen estadounidenses ni los actos de tortura se hubieran realizado en Estados Unidos, confirmando así implícitamente la naturaleza *erga omnes* de la obligación jurídico internacional que prohíbe la tortura: *vid* texto de la sentencia en *Revista I.I.D.H.*, n.º 2 (1985), pp. 258-270, sobre todo pp. 264-265.

(22) *Vid.* en este sentido el contenido de derechos atribuido al *standard* mínimo de acuerdo exclusivamente con la jurisprudencia arbitral e internacional por G. SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 4 vols. London, 1957-1986, vol. I (3rd. ed.), pp. 200-207.

(23) *Vid.* en este sentido GUHA ROY, S.N., «Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law?», en *A.J.I.L.*, vol. 55 (1961), 863-891; pp. 881-889. Una versión muy ampliada de este mismo trabajo, titulada «The Responsibility of the State for Injuries to Aliens», fue publicada un año después en la *Oesterr. ZöR*, vol. XII (1962), 128-187, pp. 170-185; y WAGTS, D.F., «Minimum Standard», en R. BERNHART (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8 (1985), pp. 382-384.

(24) *Vid.* en este sentido los precedentes doctrinales de EAGLETON, C., *The Responsibility of States in International Law*, New York, 1970 (rep. 1st ed., 1928), pp. 221-222; y FREEMAN, A.V., *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, New York, 1970 (rep. 1st ed., 1938), pp. 524-527; y en nuestros días GARCIA AMADOR, F.V., *Principios de Derecho Internacional que rigen la responsabilidad*, Madrid, 1963, pp. 86-90, y *The Changing Law of International Claims*, 2 vols., Dobbs Ferry (New York), 1984, vol. I, pp. 67-74; McDOUGAL, M.,

Hoy ya están, pues, en buena medida superados los problemas que planteaba la vigencia jurídica y determinación del contenido material de los derechos y libertades principales de la persona, lo que supone sobre todo un progreso evidente del proceso codificador en relación por ejemplo con las dificultades habidas en el seno de la C.D.I. y de la Sexta Comisión de la A.G. cuando en 1949 debatieron el artículo 6 del Proyecto de Declaración de derechos y deberes de los Estados, que establecía simplemente la obligación de tratar a todas las personas bajo su jurisdicción con respeto a sus derechos humanos y libertades fundamentales sin distinción de raza, sexo, lengua o religión; disposición cuyo único fundamento escrito radicaba entonces en algunos artículos de la Carta de las N.U. [el 1-3.º, 13-1.º b), 55 c) y 76 c)] y en la recién aprobada Declaración Universal (25).

Pero precisamente en 1949, el Derecho Humanitario ofreció ya en la regulación de los conflictos internacionales una prueba provechosa de las posibilidades de su interacción con el Derecho de extranjería, al establecer el artículo 38 del IV Convenio que con «excepción de las medidas especiales que puedan tomarse en virtud del presente Convenio, en particular respecto a los artículos 27 [medidas de control y seguridad respecto a las personas protegidas, necesarias por la guerra] y 41 [fijación de residencia forzosa e incluso internamiento de esas personas en caso de que la seguridad del Estado lo haga absolutamente indispensable (ver también art. 42)], *la situación de las personas protegidas continuará estando regida, en principio, por las prescripciones relativas al trato de extranjeros en tiempo de paz*» (26).

LASSWELL, H.D., y CHEN, L.-Ch., «The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order: Responsibility of States Conjoined with Human Rights», en *A.J.I.L.*, vol. 70 (1976), 432-469, pp. 456 y ss., en particular 464; CALOGEROPOULOS-STRATIS, *op. cit.*, Cap. VII, pp. 139 y ss., sobre todo 165-168; LILLICH, R.B., y NEFF, S.C., «The Treatment of Aliens and International Human Rights Norms: Overlooked Developments at the UN», en *G.Y.I.L.*, vol. 21 (1978), 97-118, pp. 103-107 y 114-115; LILLICH, R.B., «Duties of States Regarding the Civil Rights of Aliens», en *R. des C.*, t. 161 (1979-III), 329-442, pp. 390 y ss. y 399-405, y del mismo autor, «The Current Status of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens», en LILLICH (Ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, 1983, 1-60, pp. 21-29 y 50 (notas 193 y 195); su Interv. en STEELE, R.D., (Ed.), *The Iran Crisis and International Law (Proceedings of the John Bassett Moore Society of International Law: Symposium on Iran)*, Charlottesville, 1981, pp. 25-27; y *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, 1984, pp. 42-54, 122 y Apéndice B (pp. 131 y ss.); SCHACHTER, O., «International Law in Theory and Practice (General Course in Public International Law)», en *R. des C.*, t. 178 (1982-V), 9-395, pp. 333-338; VIRALLY, M., «Panorama du Droit International Contemporain (Cours Général de Droit International Public)», en *R. des C.*, t. 183 (1983-V), 9-382, p. 120; y CAPOTORTI, F., «Incidenza della condizione di straniero sui diritti dell'uomo internazionalmente protetti», en *Studi in onore di Giuseppe Sperdutti*, Milano, 1984, 449-474, pp. 460-465 y 469-470. Además del *Restatement (Revised)*, *Tentative Draft n.º 3*, pp. 137-144 y 150-152.

(25) *Vid.* WHITEMAN, *Digest*, vol. 5, pp. 244-247.

(26) *Vid.* para el proceso codificador seguido por este artículo, incluido en la Sección II del Título III («Extranjeros en el territorio de una parte contratante»), *Actes Conférence 1949*, t. I,

El propio T.I.J. ha contribuido a zanjar cualquier duda razonable sobre la virtualidad de tal interacción con ocasión de su Sentencia de 24 de mayo de 1980 en el *Caso del personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán* (27), al reconocer que la conducta iraní era manifiestamente incompatible con la Carta de las N.U. y los principios enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo que tácitamente venía a sugerir la violación por Irán de normas de Derecho Internacional general a causa del trato deparado a los rehenes norteamericanos; tal como concretamente había propuesto en su Memoria el Gobierno norteamericano al alegar el incumplimiento por parte de Irán de ciertas normas consuetudinarias en materia de trato a extranjeros y derechos humanos extraídas *inter alia* del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, del que Estados Unidos ni siquiera era Parte (28).

Por tanto, la propuesta pionera de García Amador, Primer Ponente de la C.D.I. para la codificación del Derecho de la responsabilidad internacional, de tender a la fusión gradual de las normas sobre Extranjería y de las normas sobre Derechos Humanos, aplicables por igual a nacionales y extranjeros, no ha podido ser más provechosa desde una perspectiva sustantiva. En palabras de Lillich,

«This solution to the old *impasse* between the international minimum standard and the national treatment doctrine was to contend that, in light of the development of international human rights law, the dichotomy between them had become obsolete. What had once been termed the international minimum standard had now been subsumed under a general body of international human rights law, which protected nationals and aliens alike. The alleged privileged position of aliens under traditional international law, therefore, was a thing of the past. Since the new human rights norms protected all persons equally, the old international minimum standard and national treatment positions had been synthesised» (29).

Ahora bien, asumimos plenamente el análisis prudente que de esta interacción normativa hace Nascimbene, limitando el consenso general so-

p. 116 (art. 35 en el Proyecto de Convenio aprobado por la XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Estocolmo en 1948); t. I, pp. 300-302 (texto definitivo de los artículos 38 —antiguo 35—, 27 y 41); t. III, pp. 124-125, y t. II-A, pp. 807-808 y 837-838 (para la comprobación de la ausencia de enmiendas y polémica en torno al citado art. 38 en el seno de la Comisión III de la Conferencia). El subrayado es nuestro.

(27) Vid. C.I.J., *Recueil* 1980, p. 42.

(28) C.I.J., *Mémoires, Personnel diplomatique et consulaire des Etats Unis à Téhéràn*, 1 vol., pp. 179-183, en especial 181-183.

(29) *The Human Rights of Aliens...*, op. cit., p. 49. Valga como muestra de la vieja polémica entre los principios del *standard* mínimo y del trato nacional la recapitulación ofrecida por ROTH (op. cit., pp. 61-111), aunque este autor no oculte sus simpatías por el primero de ellos.

bre los derechos efectivamente reconocidos a los extranjeros gracias a la misma a un núcleo irreductible de derechos y libertades fundamentales cuyo goce debe forzosamente compartir con los propios nacionales, y conformado en torno a «il diritto alla vita, alla libertà, all'incolumità personale, al godimento di elementari garanzie di giustizia» (30). Además, todos los derechos y libertades internacionalmente reconocidos no guardan el mismo interés para la institución de la Responsabilidad Internacional, y muchos ni siquiera se relacionan con ella (31). De ahí la necesidad funcional de reducir como hemos hecho la relación de derechos y libertades protegidos a su expresión mínima pero formalmente exigible *erga omnes* (32)

(30) *Vid.* NASCIMBENE, B., *Il trattamento dello straniero nel Diritto Internazionale Europeo*, Milano, 1984, pp. 11-16, 20-21, 95-99, 146-149, 176-184, 203-204 y 215-220, cita en p. 20, y ZAYAS, MOLLER, OPSAHL, *loc. cit.*, pp. 31-42 y 44-51, donde se expone el desarrollo «jurisprudencial» que el Comité de Derechos Humanos ha llevado a cabo oportunamente de los artículos 6 (derecho a la vida), 7 (derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes), 9 (derecho a la libertad y seguridad personales), 10 (derecho a un trato humano y digno durante la privación de libertad) y 14 (derecho a la justicia), sin que haya habido ocasión para hacerlo en el caso del artículo 8 (prohibición de la esclavitud y servidumbre), todos ellos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y que en nuestra opinión proporcionan un contenido jurídico relativamente bien determinado al *standard* recién citado. A título ejemplar añadamos que la jurisprudencia constitucional española ha sentado la completa igualdad entre españoles y extranjeros frente a aquellos derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» o, dicho de otro modo, «que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español», mencionando entre otros el derecho a la vida, a la integridad física y moral, o a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, respecto de los que no resulta posible aplicar un tratamiento desigual a españoles y extranjeros: *vid.* STC 107/1984, de 23 de noviembre, en *B.J.C.*, n.º 44 (1984), pp. 1.404-1.405, fundamentos 2.º a 4.º (cita), y STC 90/1985, de 30 de septiembre, en *B.J.C.*, n.º 54/55 (1985), p. 1.145, fundamento 2.º.

(31) GARCIA AMADOR, *Principios de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 90-91.

(32) MERON, Th., *Human Rights Law-making in the United Nations. A Critique of Instruments and Process*, Oxford, 1986, pp. 183-189. Recordemos que a partir de la propuesta del Ponente Riphagen de entender como «Estado lesionado» a los efectos del Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad de los Estados, y entre otros, a cualquier Estado parte en un tratado multilateral si el hecho internacionalmente ilícito constituye el incumplimiento de una obligación por dicho tratado «para la protección de las personas a título individual, independientemente de su nacionalidad» [*Anuario C.D.I.*, 1984-II (2.ª parte), pp. 104 y 106-107, proyecto de art. 5 y párs. 357 y 367], la propia C.D.I. ha aprobado en su 37.º periodo de sesiones y dentro del artículo 5 de la Segunda Parte del Proyecto que se entenderá por «Estado lesionado» a estos efectos, y entre otros supuestos,

«e) Si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado multilateral o de una norma de derecho internacional consuetudinario, cualquier otro Estado parte en el tratado multilateral u obligado por la norma pertinente de derecho internacional consuetudinario, si consta que: ...

iii) el derecho ha sido creado o está reconocido para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.»

Y aunque la C.D.I. ha aclarado en el Comentario correspondiente que «no cabe considerar

y en parte inderogable (33), con vistas a su más rigurosa determinación, formulación y aplicación como normas primarias del Derecho de la responsabilidad internacional contemporáneo. En la inteligencia de que ese

que todos los derechos enumerados en estos instrumentos (Declaración Universal, Pactos...), ni todos los actos u omisiones atribuibles a un Estado que puedan considerarse incompatibles con el respeto de esos derechos, incluso un acto u omisión aislados (que pueden no ser siquiera intencionados) reúnen necesariamente los requisitos para dar lugar a la aplicación del presente inciso» [*Ibid.*, 1985-II (2.ª parte), pp. 27-29, art. 5 y apdos. 20 a 22 del Comentario, cita en apdo. 22], no es menos cierto que tal salvedad en absoluto afecta a las reclamaciones presentadas en favor de extranjeros por atentados sufridos en sus derechos fundamentales incluidos dentro del *standard* mínimo, y producidos comúnmente en situaciones de conflicto interno que no ayudan a presumir su carácter aislado o no intencional afecten ya a nacionales o extranjeros.

La misma opinión parece desprenderse de la afirmación hecha por el T.I.J., en el *Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra de Nicaragua*, de que la inexistencia de un compromiso concreto de respetar los derechos humanos asumido por Nicaragua frente a la O.E.A. «ne signifierait pas que le Nicaragua puisse violer impunément les droits de l'homme»: C.I.J., *Recueil* 1986, p. 134, pár. 267.

En fin, un sector de la doctrina defiende que la sustancia de este cambio normativo radica en el legítimo interés jurídico (*ius standi*) que poseen todos los Estados en el cumplimiento de las obligaciones *erga omnes*, que determina ciertamente la posibilidad ideal de un derecho de protección solidario de las mismas mediante el ejercicio de una acción judicial por cualquiera de ellos (*actio popularis*); mientras otro sector interpreta, con resultados similares, que el cambio consiste en el reconocimiento de un derecho subjetivo de los Estados a que los individuos en cuanto tales —no sólo sus nacionales— reciban un trato conforme a los derechos humanos y libertades fundamentales generalmente reconocidos. Pero también es cierto que las acciones en sentido genérico o no jurisdiccionales (caso de las diplomáticas) son en rigor el único cauce procesal hoy abierto a todos los Estados para obtener la protección de los derechos correspondientes a las obligaciones *erga omnes*; ya que las acciones en sentido propio o jurisdiccionales condicionan siempre su ejercicio a la existencia de vínculos convencionales específicos que permiten el recurso a una instancia judicial gracias a la previa aceptación de su competencia, a causa del carácter estrictamente voluntario por el que todavía se rige la competencia judicial en el Derecho Internacional: *vid.* JUSTE RUIZ, J., «Las obligaciones “*erga omnes*” en Derecho Internacional Público», en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, 2 ts., Madrid, 1979, t. I, 219-233, pp. 229-232; que recoge en particular el pronunciamiento al respecto del Tribunal de La Haya en el *Caso Barcelona Traction* (C.I.J., *Recueil* 1970, p. 48, pár. 91). *Barcelona Traction* (C.I.J., *Recueil* 1970, p. 48, pár. 91). Y LATTANZI, F., *Garanzie dei diritti dell'uomo nel Diritto Internazionale Generale*, Milano, 1983, pp. 120-148.

Ahora bien, a pesar de la evidente conexión temática existente entre las obligaciones *erga omnes*, cuya naturaleza acabamos de atribuir a la protección de los derechos humanos fundamentales contenidos en el *standard* único de trato recién propuesto, y las obligaciones imperativas o perentorias (*ius cogens*), y del hecho que ambas vienen a nutrir como objeto primario la posibilidad de un nuevo régimen de responsabilidad por la comisión de «crímenes internacionales» según expresión de la C.D.I., no nos atreveríamos a confundir unas y otras; porque, entre otras cosas, las obligaciones *erga omnes* no poseen en principio el atributo de la inderogabilidad, y la violación de una obligación *erga omnes* no constituye siempre un crimen internacional, al igual que ocurre aunque en menor medida con la violación de una obligación imperativa, que para la C.D.I. es también una categoría más amplia que las de las obligaciones cuya violación es necesariamente un crimen internacional: *cf.* *Anuario C.D.I.*, 1976-II (2.ª parte), pp. 97-98 (párrs. 10-11) y 118 (párrs. 61-62); y de nuevo JUSTE RUIZ, *loc. cit.*, p. 227.

(33) *Vid. supra*, nota 18.

catálogo mínimo será válido en cualquier caso y para cualquier cultura, salvando todos los particularismos (34).

II. LA EFICACIA DEL NUEVO «STANDARD» MINIMO INTERNACIONAL DE TRATO

1. Protección diplomática y protección humanitaria

Pero la elaboración formal de un *standard* mínimo de protección al que tenga derecho cualquier particular nacional o extranjero, resultado como sabemos de la interacción entre el Derecho consuetudinario en materia de Extranjería y el Derecho convencional en materia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario, presenta algunas graves lagunas en su grado de aplicación. Creemos que a causa sobre todo de la contradicción subyacente y aún no resuelta entre un Derecho de la responsabilidad internacional estatalista, ceñido al principio de la soberanía del Estado y a la

(34) *Vid.* a este efecto A-A.L.C.C., *Report Third Session* (Colombo, 1960), pp. 83-84 y 114-116, y *Report Fourth Session* (Tokyo, 1961), pp. 74-75 y ss. (art. 8 y Comentario). *Cf.* por la doctrina, KEITH, K.J., «Asian Attitudes to International Law», en *Australian Yearbook*, 1967, 1-35, pp. 12-13. Y casi veinte años después, SABA, H., «La Charte Internationale de Droits de l'Homme, son élaboration et son application dans un monde multiculturel», y HAQUANI, Z., «Déclaration Islamique Universelle des Droits de l'Homme», en DUPUY, R.-J. (Ed.), *L'avenir du Droit International dans un monde multiculturel* (Colloque 1983, Académie de Droit International de La Haye-Université des Nations Unies), The Hague, 1984, 163-182 (pp. 164-165) y 331-340 (pp. 333-337), respectivamente; y DONNELLY, J., «Cultural Relativism and Universal Human Rights», en *Human Rights Quarterly*, vol. 6 (1984), 440-419, p. 417.

Hecha la salvedad de aquellas disposiciones penales coránicas que prevén por ejemplo la flagelación o amputación de miembros, y que aún siendo aplicadas legítimamente por la autoridad competente, cabe calificar desde otra óptica cultural como contrarias al derecho a no ser torturado y a no sufrir otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes: *vid.* ABU-SAHLEH, S.A., «La définition internationale des droits de l'homme et l'Islam», en *R.G.D.I.P.*, t. 89 (1985), 625-716, pp. 685-690. *Cf.* en este sentido los artículos I, II, III, IV, V y VII de la Declaración Islámica Universal de los Derechos del Hombre, donde se nota la ausencia del derecho a la integridad física aunque se incluya al mismo tiempo la protección contra la tortura (art. VII), lo que resulta explicable porque a ningún creyente musulmán se le ocurriría pensar que las disposiciones coránicas que nos ocupan incurren en una violación del derecho a no ser torturado: *Ibid.*, pp. 689-690; y FENET, A., y otros, *Droits de l'homme. Droit de peuples*, Université de Picardie, 1982, pp. 230-232. En cambio, la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos no presenta, al menos formalmente, ninguna peculiaridad o problema a este respecto: FENET, *op. cit.*, pp. 203 y 210 (arts. 3 a 6); CASTRO-RIAL GARRONE, F., «La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos», en *R.E.D.I.*, vol. XXXVI (1984), 491-526, pp. 502-505; y BELLO, E.G., «The African Charter on Human and Peoples' Rights. A Legal Analysis», en *R. des C.*, t. 194 (1985-V), 9-268, pp. 151-154 y 227 (Arts. 4 y 5).

condición clásica de la nacionalidad de la reclamación, y un desarrollo sustantivo de los Derechos Humanos que tiende precisamente a su defensa indiscriminada prescindiendo de la nacionalidad del particular a proteger (35). No habría que añadir que la falta de desarrollo suficiente de una estructura organizada en el seno del ordenamiento internacional impide la defensa común e institucionalizada de los derechos humanos y en particular del *standard* mínimo de protección debida por igual a nacionales y extranjeros; por contra, el predominio en dicho ordenamiento de una estructura puramente relacional y descentralizada conlleva aún hoy que sin Estado protector o valedor no pueda lograrse la aplicación generalizada de dicho *standard*.

En efecto, la pluralidad de significados que puede encerrar la expresión *protección diplomática* «hace que deba adoptarse una especial cautela al estudiar la práctica diplomática en esta materia. Actuaciones de los Estados realizadas en el sentido más general y amplio de la protección diplomática no pueden interpretarse como precedentes en favor de las normas internacionales que contemplan la protección diplomática entendida en un sentido formal y estricto» (36). Cuando hacemos referencia en este trabajo a las normas relativas a la protección diplomática, empleamos esta expresión en su sentido formal y estricto, contemplando sólo «los casos en que un Estado presenta una reclamación ante otro Estado por el trato internacionalmente ilícito de que puedan haber sido objeto sus nacionales», siendo los métodos habituales reconocidos por el Derecho Internacional para establecer, presentar y arreglar una reclamación «la protestation, la demande d'enquête, la négociation et la demande de soumettre l'affaire à un tribunal arbitral ou à la Cour, dans la mesure où son Statut le permet» (37). La protección diplomática *stricto sensu* se supone cuando median al respecto obligaciones jurídicas consuetudinarias o convencionales que vinculan entre sí al Estado reclamante y al reclamado, y que pueden presentarse bajo formas diversas. Aunque es siempre discrecional, se encuentra a veces reglada en lo demás y suele ejercerse comúnmente en favor de sus nacionales por los Estados de régimen democrático siempre que no se trate de problemas de importancia mínima (38).

(35) Cf. McDOUGAL, M.S.; LASSWELL, H.D., y CHEN, L.-Ch., *Human and World Public Order*, New Haven/London, 1980, pp. 861-878.

(36) DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., «Reflexiones sobre la protección diplomática», en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional...*, op. cit., vol. I, 377-391; pp. 383-385 (cita en pp. 384 *in fine*-385).

(37) *Ibid.*, pp. 384 (para la primera cita), y 385 (para la segunda, donde se recoge cita del Dictamen del T.I.J. sobre *Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, en *Recueil* 1949, p. 177); y GARCÍA AMADOR, *The Changing Law...*, op. cit., vol. I, pp. 77-80.

(38) *Vid.*, ad ex., «Pratique suisse», en *Annuaire Suisse*, vol. XXXVI (1980), p. 189, y «U.K. Materials», en *B.Y.B.I.L.*, vol. LIV (1983), pp. 520-523. Y la sentencia en el Caso *T. v. Minister*

Si entendemos la protección diplomática en su sentido formal y estricto, apenas hay ejemplos en los que los Estados asuman la defensa, como si se tratara de sus propios nacionales, de los derechos de los extranjeros que hayan sufrido en sus personas la violación del *standard* por parte de otro Estado inclusive el Estado de su nacionalidad. Y cuando se ha dado algún tipo de protección, ésta no ha poseído en rigor una naturaleza jurídica y reparadora, que comprenda tanto la restitución de la legalidad o cese de la situación ilícita como la compensación del perjuicio, sino más bien política y muy laxa, en todo caso reparatoria pero nunca compensatoria; en suma, no ha pasado de ser una protección humanitaria.

Sírvanos de ejemplo a este respecto la tibia práctica francesa y de los Estados miembros de la Comunidad Europea (39), que han distinguido con nitidez entre la protección diplomática *stricto sensu*, reservada exclusivamente a los nacionales, y el resto de presiones y gestiones políticas y diplomáticas hechas en defensa de los derechos humanos de particulares no nacionales que pueden englobarse bajo la etiqueta de la protección humanitaria, a distinguir de la intervención humanitaria *stricto sensu* de la que nos ocuparemos en el párrafo siguiente. Esas gestiones humanitarias, cuya única condición previa para que puedan darse es la existencia de relaciones diplomáticas con el Estado ante el que se llevan a cabo, son por supuesto discrecionales, oficiosas, discretas, menos presionantes y frecuentes que las propias de una protección diplomática genuina, sin un alcance jurídico preciso y en las que además las consideraciones jurídicas se sacrifican a su eficacia, realizadas en casos que sólo conciernen al núcleo de derechos contenidos en el *standard* mínimo (protección de la vida, integridad física y libertad de la persona) con objetivos fundamentalmente humanitarios (40), y no acompañadas generalmente de la adopción de medidas de

for Foreign Affairs (1985), recogida en «Netherlands Judicial Decisions», *N.Y.I.L.*, vol. VIII (1987), pp. 411-413, donde se afirma el deber de protección a cargo de la Admón. holandesa en interés del particular y antepuesto a cualquier otro interés incluso general en el caso, y se la condena por falta de diligencia en la protección de un nacional.

(39) *Vid.* para este párrafo, sin ánimo exhaustivo, «Pratique française», en *A.F.D.I.*, vol. XIX (1973), pp. 1.063-1.065; vol. XXIII (1977), pp. 1.040-1.042 y 1.067-1.068; vol. XXIV (1978), pp. 1.118-1.122; vol. XXV (1979), pp. 958-961; vol. XXVII (1981), pp. 883-886; vol. XXVIII (1982), pp. 1.059-1.062; vol. XXX (1984), pp. 984-989, y vol. XXXI (1985), pp. 992-996, y vol. XXXII (1986), pp. 995-998. «U.K. Materials», en *B.Y.B.I.L.*, vol. LV (1984), pp. 457-458, en relación con *Keesing's* 1986, p. 34.700. «Italian Practice», en *Italian Yearbook*, vol. 6 (1985), pp. 256-257 y 273-275. *Cf.* BREWIN, Ch., «Europe», en VINCENT, R.J. (Ed.), *Foreign Policy and Human Rights. Issues and Responses*, Cambridge, 1986, Cap. 10, 189-201, pp. 195-196 y 198 *in fine*-200.

Vid. en el mismo sentido una referencia a la práctica suiza en la obra colectiva *Universalité des Droits de l'Homme et diversité des cultures (Les Actes du 1er Colloque Interuniversitaire, Fribourg, 1982)*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1984, pp. 59-60.

(40) En la mejor tradición por cierto de la llamada protección de humanidad, tal como ha

retorsión y mucho menos de represalias o sanciones contra el estado de que se trate, manteniéndose en su nivel normal las relaciones comerciales y de cooperación con él. En cuanto a sus manifestaciones, tales gestiones pueden ser, en razón del número de Estados que en ellas participen, sólo bilaterales o multilaterales, estas últimas fuera o no del marco de la Organización Internacional (41); y en razón del número de personas a las que alcancen, bien individuales (en favor de líderes políticos o religiosos, intelectuales, o de personas con vinculaciones de distinta clase y grado con el Estado o Estados intervinientes...) o generales (en favor de grupos disidentes, minorías étnicas y religiosas...).

Cosa similar ocurre con el llamado derecho de intervención, donde «the link of nationality still plays a decisive part in intervention for the protection of citizens abroad, as proved by the legal grounds asserted by

sido ejercida por los Estados en el ordenamiento clásico con el fin de proteger los derechos más fundamentales de la persona (particularmente su vida, integridad física y libertad) cualquiera que fuera su nacionalidad, raza o religión: *vid.* PEREZ-VERA, E., «La protección d'humanité en Droit International», en *R.B.D.I.*, vol. V (1969), 401-424, pp. 405-412 y 421 *in fine*-422. No se han confirmado en cambio las escasas expectativas atribuidas por esta autora a dicha protección de humanidad en el seno de la Sociedad Internacional institucionalizada (pp. 423-424), creemos que a causa del relativo fracaso de los mecanismos formales de protección y control institucionales del respeto de los Derechos Humanos, tema del que nos ocuparemos en el apartado siguiente.

(41) Dentro de este marco, están desempeñando un importante papel las intercesiones o «buenos oficios» humanitarios que, siempre de conformidad con la Carta, lleva a cabo discrecionalmente el Secretario General de las N.U., sobre todo frente a situaciones de violación grave de los Derechos Humanos pero también en casos particulares, sin que el ejercicio de tales actividades por parte del Secretario General sustituya en ningún caso la labor de los órganos de las N.U. competentes a estos efectos, ya que se trata de competencias independientes. Esas acciones de «buenos oficios», sean de índole pública o confidencial, las realiza el Secretario General a instancia propia o de parte (comúnmente algún órgano de la Organización o Estado miembro), bien directamente o por medio de representante, y son de contenido y modalidades muy diversos. Se distinguen, en fin, de la forma tradicional de los buenos oficios en materia de arreglo pacífico de controversias porque, primero, pueden afectar a un solo Estado; segundo, el consentimiento previo del Estado no es una condición necesaria para tales iniciativas, aunque su cooperación sea esencial para el éxito de la misma; y tercero, pueden referirse a asuntos internos de un Estado siempre que no sean de su jurisdicción exclusiva, como es hoy el caso de los Derechos Humanos: *vid.* RAMCHARAN, B.G., *Humanitarian Good Offices in International Law. The Good Offices of the United Nations Secretary-General in the Field of Human Rights*, The Hague, 1983, Caps. III, IV y V, pp. 52-91 y 159-163.

Aunque no nos ocupemos de ellas, no olvidemos otras instancias protectoras como las Organizaciones no gubernamentales y hasta los propios particulares (sea individual o colectivamente), que también desempeñan un papel benemérito haciendo buena la política de que la protección humanitaria debe correr a cargo (a la manera de una *actio popularis*, si no tuviéramos en cuenta entre otros problemas la ausencia de legitimación) de todos los actores internacionales interesados en el respeto de obligaciones que ya hemos calificado *supra* como exigibles *erga omnes*: *cf.* ARMS-TRONG, J.D., «Non-Governmental Organizations», en VINCENT (Ed.), *op. cit.*, Cap. 13, 243-260, pp. 248-250 y ss.

the intervening States» (42); de modo que casi toda la doctrina sigue distinguiendo entre la *intervención para la protección de nacionales en el extranjero* y la *intervención propiamente humanitaria* (43).

La primera clase de intervención se distingue por los criterios siguientes: el vínculo de la nacionalidad entre el Estado o Estados que intervienen y las personas objeto de protección; su naturaleza limitada (temporal, localizada y proporcionada en los medios usados) y estrictamente necesaria para la consecución del objetivo perseguido (salvar la vida de los nacionales expuestos realmente a un peligro común); su legitimación ya como una forma de legítima defensa o de estado de necesidad ya como un derecho u obligación del Estado de intervenir para proteger el *standard* mínimo de trato del que gozan sus nacionales dentro y fuera de su territorio, constituyendo quizás la noción de necesidad su fundamento más adecuado; y en definitiva, por su presumible licitud jurídico internacional sometida a las condiciones ya citadas, que tienden sobre todo a equilibrar ese derecho u obligación de protección del Estado que interviene con la defensa de los principios de prohibición de la amenaza o uso de la fuerza, no intervención (44) e integridad territorial del Estado objeto de la intervención. La segunda clase de intervención se distingue, a su vez, por la ausencia del vínculo nacional; la necesidad de usar el argumento genérico de la existencia de una grave amenaza a los derechos contenidos en el *standard* mínimo a fin de proteger incluso a los propios nacionales del Estado objeto de la intervención; la insistencia en la condición del agotamiento previo de cualquier otro procedimiento o vía de solución; su duración más prolongada e impacto mayor sobre los principios estructurales recién citados; el uso abusivo que se ha hecho de ella en la práctica, y su presumible ilegala-

(42) Vid. RONZITTI, N., *Rescuing Nationals Abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Dordrecht, 1985, p. XIV *in fine*. Cf. «U.K. Materials» en *B.Y.B.I.L.*, vol. LVII (1986), pp. 617 *in fine*-618.

(43) Vid. como muestra del apoyo a esta distinción y su contenido, PEREZ-VERA, *loc cit.*, pp. 416-421; SCHWEISFURTH, Th., «Operations to Rescue Nationals in Third States Involving the Use of Force in Relation to the Protection of Human Rights», en *G.Y.I.L.*, vol. 23 (1980), 159-180, pp. 167-170 y 174-175; JHABVALA, F., «Unilateral Humanitarian Intervention: Some Conceptual Problems», en *Essays in honour of Wolfgang Abendroth. New Directions in International Law*, Frankfurt, 1982, 459-478, pp. 463-467; VERWEY, W.D., «Humanitarian Intervention under International Law», en *N.I.L.R.*, vol. XXXII (1985), 357-418, pp. 371-373, 375, 406-407 y 413-414 y ss.; HIGGINS, R., «Intervention and International Law», y AKEHURST, M., «Humanitarian Intervention», en BULL, H., (Ed.), *Intervention in World Politics*, Oxford, 1986, 29-44 y 95-118, pp. 38-40 y 95-104, respectivamente; RONZITTI, *op. cit.*, pp. XIV-XV, 62-68 y 108-110; y GUTIERREZ ESPADA, C., *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en Derecho Internacional*, Madrid, 1987, pp. 101-110 y 116-120.

(44) Puede consultarse con provecho a estos efectos el contenido atribuido al principio de no intervención por el Tribunal de La Haya en el *Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, en C.I.J., *Recueil* 1986, pp. 106-110 y 123-125, párs. 202-209, sobre todo

lidad internacional de principio por oponerse a la interpretación usual de los artículos 2-4.º y 51 de la Carta.

La práctica estatal en materia de protección de disidentes y exiliados políticos (45), por lo general simples refugiados u opositores beligerantes

párs. 205 y 239-243, que conviene matizar con las dudas razonables formuladas en la valiosa opinión individual del Juez AGO acerca tanto de la existencia de una práctica importante y bien establecida favorable al principio de no intervención como de la ratificación plena por el Derecho consuetudinario de las conquistas logradas en esta materia por parte del Derecho convencional, tal como sostiene sin mucha precisión el Tribunal: *Ibid.*, pp. 183-184, p. 6.

(45) Abre la nómina el As. Eichmann, criminal de guerra nazi secuestrado en Buenos Aires por agentes hebreos en mayo de 1960 y trasladado a Israel donde fue juzgado, condenado a muerte y ejecutado. La solución política arbitrada para resolver la controversia surgida entre los Gobiernos argentino e israelí consistió en la condena explícita del acto por el Consejo de Seguridad, la declaración del Embajador israelí en Buenos Aires como *persona non grata*, y una declaración conjunta donde se atribuía especiosamente la acción a particulares o voluntarios hebreos, con la presentación formal de excusas por el Gobierno israelí; pero es obvio que no hubo *restitutio*, y consta la connivencia de las autoridades judías en la operación de traslado del secuestrado: *vid.* «Chronique», en *R.G.D.I.P.*, t. 64 (1960), pp. 772-786, sobre todo 782-783, e *I.L.R.*, vol. 36, pp. 5-17 (resumen), sobre todo 5-7, 12 y 16. Al margen de cualquier juicio moral sobre la suerte que mereciera el secuestrado y del hecho que Eichmann no era exiliado ni refugiado político, es evidente que este precedente y el éxito de Israel desató una práctica lamentable y forjó la defensa tradicionalmente sostenida por los Gobiernos sospechosos de la comisión de actos similares; se sostendrá que son actos de particulares o de órganos que han actuado excediéndose en sus competencias y sobre los que no se ha tenido conocimiento hasta que su conducta antijurídica ha sido irremediable. De ahí la conveniencia de recordarlo.

Desde entonces, la práctica ha sido muy rica al respecto. En febrero de 1964, A. Argoud, nacional francés condenado a muerte en rebeldía en 1964 por un tribunal militar de su país bajo la acusación de llevar a cabo actividades políticas ilegales, fue secuestrado en un hotel de Munich y llevado a la fuerza a París, donde fue detenido por la policía francesa que había sido previamente alertada mediante una llamada anónima, siendo de nuevo procesado y juzgado por el Tribunal de Seguridad del Estado que le condenó a cadena perpetua, sin que la R.F. de Alemania reclamara o protestara siquiera por el incidente: *vid.* *I.L.R.*, vol. 45, pp. 90-91, 94-95 y 102-104, y COCATRE-ZILGIEN, A., *L'affaire Argoud. Considérations sur les arrestations internationalement irrégulières*, París, 1965, pp. 14-23 y 50-52. Alguna relación guarda con este caso el del ciudadano israelí M. Yanunu, secuestrado según todos los indicios en Roma el 30 de septiembre de 1986 por los servicios secretos de su propio país; el Gobierno hebreo reconoció formalmente el 9 de noviembre tenerlo detenido bajo la acusación principal de espionaje y de revelar a un semanario británico en tiempo de guerra secretos militares concernientes al reactor nuclear de Dimona —donde el acusado trabajó durante diez años— y al presunto arsenal atómico israelí; no parece que los tribunales israelíes vayan a cuestionar en este caso el controvertido principio *male captus bene detentus*, y el Gobierno italiano por su parte no ha pasado de pedir aclaraciones sobre las circunstancias en que Yanunu desapareció en la capital italiana: *vid.* *Keesing's* 1986, pp. 34.773-34.774, y *El País*, 23-XII-1986, p. 7; 25 y 26-XII-86, p. 7; 4-I-1987, p. 4; y 16-VIII-87, pp. 12-13 (Suplemento Domingo).

Durante unos años, fueron numerosos los secuestros de súbditos surcoreanos acaecidos en diversos países europeos y protagonizados por los servicios de inteligencia de su país; trasladados por la fuerza a Corea del Sur, eran acusados de espionaje en favor del vecino del norte, juzgados y condenados a importantes penas de prisión; la única reacción seria provino de la R.F. de Alema-

al régimen en vigor en sus respectivos países, constituye un buen ejemplo de lo que afirmamos. Salvo loables pero excepcionales reacciones, en las

nia, que al menos protestó enérgicamente, expulsó a tres diplomáticos surcoreanos y suspendió la ayuda económica a aquel país: *vid.* «Chronique», en *R.G.D.I.P.*, t. 72 (1968), pp. 149-152, 188-189 y 1.061; t. 73 (1969), pp. 821-822; t. 75 (1971), p. 814, y t. 76 (1972), p. 147. *Cf.* COUSSIRAT-FOUSTERE, V., y EISEMANN, P.-M., «L'enlèvement de personnes privées et le Droit International», en *R.G.D.I.P.*, t. 76 (1972), 346-400; p. 383. El más sonado fue el As. Kim Dae Jung, líder exiliado de la oposición al régimen dictatorial surcoreano, secuestrado el 8 de agosto de 1973 en un hotel de Tokyo, donde entonces residía, y trasladado por la fuerza a Seúl; las investigaciones por parte japonesa arrojaron fuertes sospechas sobre la participación en el secuestro del Primer Secretario de la Embajada surcoreana en Tokyo, declarado de inmediato *persona non grata*, y presumiblemente de otros órganos del Gobierno coreano; el arreglo diplomático negociado por los dos Gobiernos para cerrar el incidente incluyó en esencia la presentación formal de excusas a Tokyo y la expresión de las consabidas seguridades para el futuro, la sustitución del entonces Embajador surcoreano y el cese del jefe de sus servicios secretos, y garantías sobre la libertad futura de Kim Dae Jung, sin que ello impidiera su inmediato procesamiento en Seúl por violación de la Ley electoral; pero la verdad es que el problema más debatido en la Dieta fue la posible violación de la soberanía de Japón por la comisión no autorizada de actos de autoridad de órganos de la República de Corea en suelo japonés, aspecto del incidente que el Gobierno japonés decidió indulgentemente dar por zanjado en virtud de la inexistencia de pruebas absolutamente concluyentes sobre la certeza de la violación de su soberanía: *vid.* «Japanese Practice», en *Japanese Annual*, n.º 25 (1982), pp. 84-90 y 135-136; n.º 27 (1984), pp. 79-82, y n.º 28 (1985), pp. 70-71, y «Chronique», en *R.G.D.I.P.*, t. 78 (1974), pp. 1.112-1.116. Conviene añadir que años después Kim Dae Jung, que se ha seguido distinguiendo por su oposición al régimen surcoreano, fue procesado y condenado a muerte por un Tribunal Militar de Seúl en el verano de 1980, pena que le fue conmutada por la de prisión perpetua tras las protestas y presiones internacionales de rigor: *vid.* «Chronique», en *R.G.D.I.P.*, t. 85 (1981), p. 371.

La Rep. Popular China también se ha visto envuelta en incidentes similares; en el As. Jiang Youlu, ingeniero chino becado en Francia que se había expresado durante su estancia en París con mucha independencia respecto de su Gobierno, y desaparecido el 16 de enero de 1981, la policía francesa tuvo que intervenir en el aeropuerto de Roissy el 21 del mismo mes cuando uno de sus amigos lo reconoció camino del avión y rodeado de diplomáticos chinos, que reaccionaron con un gran escándalo ante la acción policial; el interesado solicitó asilo político: *vid.* «Chronique», en *R.G.D.I.P.*, t. 85 (1981), pp. 544-545.

Nos constan también acciones semejantes, llevadas a cabo ya por particulares ya por los servicios de información de los Gobiernos rhodesiano y sudafricano en países vecinos, contra personas destacadas por su oposición al régimen racista que eran generalmente aunque no siempre nacionales suyos, y que han sido muchas veces eliminadas físicamente en el acto, pero cuando esto no ha ocurrido se han saldado en alguna ocasión con la devolución o restitución del secuestrado: *vid. ad ex.* «Chronique», en *R.G.D.I.P.*, t. 69 (1965), pp. 101-107; t. 75 (1971), pp. 1.077-1.078; t. 78 (1974), p. 246, y t. 90 (1986), pp. 409-410. Destacan dos asuntos en los que el Reino Unido y Lesotho obtuvieron la devolución de dos nacionales sudafricanos secuestrados: *vid.* As. Abrahams (1963), en t. 69 (1965), pp. 102-103, y As. Mbale (1972), en t. 78 (1974), p. 246. Estas acciones parecen consecuencia también del derecho de persecución de las guerrillas y del derecho de legítima defensa aducidos por Rhodesia y Sudafrica contra los Estados vecinos, habiendo atacado indiscriminadamente los territorios de Botswana, Lesotho, Mozambique, Zambia y Zimbabue, con importantes pérdidas en vidas humanas y bienes de nacionales de estos Estados: *vid. ad ex.* «Chronique», en *R.G.D.I.P.*, t. 83 (1979), pp. 475 y 550-551; t. 87 (1983), p. 627, y t. 90 (1986), pp. 953-954; *Crónica ONU*, vol. XXII (1985-8), p. 21, y *Keesing's* 1986, pp. 34.662-34.663.

En algunas ocasiones, ha habido connivencia manifiesta de los servicios policiales y de infor-

que además ha primado la defensa de la dignidad del Estado por daños morales directos ocasionados al mismo a causa de actos contra estos exi-

mación de los Estados afectados, que ha colocado a los exiliados objeto de estas acciones en una absoluta indefensión. Caso de la detención en Bolivia el 2 de abril de 1976 de dos nacionales argentinas, desaparecidas tras ser entregadas a las autoridades de su país en agosto del mismo año; del secuestro y desaparición en el verano de 1976 de varias docenas de refugiados uruguayos y en particular de un numeroso grupo de sindicalistas exiliados en Argentina; del secuestro y desaparición de una familia argentina (padres e hija) en Uruguay el 18 de mayo de 1978, de la que sólo se ha podido localizar años después a la menor, inscrita ilegalmente como hija de un antiguo Comisario de Policía de la provincia de Buenos Aires (denunciados todos ellos en el *Informe de la CONADEP* (Buenos Aires, 20 de septiembre de 1984), Barcelona, 1985, pp. 266-273, y en parte por la CIDH, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, pp. 113-120, y por el Comité de Derechos Humanos en su Decisión de 29 de julio de 1981 en el Caso *López Burgos c. Uruguay*, en *H.R.L.J.*, vol. 2 (1981), pp. 150-151 y 155, párs. 1-2.3 y 10-11.2). Es el caso también del secuestro de una pareja uruguaya en Porto Alegre (Brasil), el 12 de noviembre de 1978, llevado a cabo por agentes de su país con la connivencia de policías brasileños, hecho calificado por el Comité de Derechos Humanos en su Decisión de 29 de julio de 1981 en el Caso *L. Celiberti c. Uruguay* como constitutivo de un arresto y prisión arbitrarias en violación del artículo 9-1.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *vid. H.R.L.J.*, vol. 2 (1981), pp. 147-149, párs. 8-11, y en el mismo sentido la Decisión ya citada en el Caso *López Burgos c. Uruguay*, p. 157, párs. 12-13, y «Chronique», en *R.G.D.I.P.*, t. 84 (1980), p. 601. O del secuestro en Lima (Perú), a mediados de junio de 1980, de cinco nacionales argentinos sólo días antes de la toma de posesión del presidente Belaunde Terry tras la celebración de elecciones democráticas, siendo remitidos al parecer tres de ellos a las autoridades argentinas: *vid. «Chronique»*, en *R.G.D.I.P.*, t. 85 (1981), pp. 108-109. En estos asuntos asistimos a una proyección inevitable en el orden internacional de la absoluta falta de respeto que ciertos regímenes muestran en el orden interno por los derechos humanos más elementales. La propia CONADEP ha explicado este fenómeno de coordinación represiva desatado en Latinoamérica, refiriéndose en especial a Argentina, en los siguientes términos (*Informe de la CONADEP*, p. 265):

«Vinculada a la operatividad represiva ilegal realizada dentro de los límites del territorio nacional, debe ser destacado que las actividades de persecución se verificaron sin limitación de fronteras geográficas, contando para ello con la colaboración de los organismos de Seguridad de Estados limítrofes, los que con características de reciprocidad, procedían a la detención de personas sin respetar orden legal alguna, en franca violación de tratados y convenciones internacionales suscritos por nuestro país sobre el derecho de asilo y refugio político. Incluso operaron dentro de nuestro territorio agentes represores extranjeros, que procedieron a la detención de ciudadanos uruguayos, paraguayos, bolivianos y de otras nacionalidades.

Estos habitantes extranjeros fueron secuestrados dentro de la mayor clandestinidad e impunidad y entregados a las autoridades de los países de origen.

Algunas de estas personas ostentaban el carácter de refugiados, algunos con su radicación legalizada, y otros bajo el amparo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas.»

También hubo complicidad reconocida de órganos policiales franceses en el secuestro y desaparición en París, el 29 de octubre de 1965, del líder izquierdista marroquí M. Ben Barka, condenado a muerte en rebeldía en Marruecos y exiliado en Francia desde 1963; el juez de instrucción francés inculpó y dictó órdenes de arresto contra el Ministro del Interior marroquí M. Oufkir, su Director General de Seguridad A. Dlimi y otro colaborador del Ministro, acusados formalmente por el propio Gobierno francés de participar personalmente «aux dernières phases de l'opération»; la crisis que este incidente produjo en las relaciones franco-marroquíes, iniciada en enero de 1966 con la retirada de embajadores, perduró hasta 1969 pero tuvo carácter periférico, ya que no se vieron afectados los lazos culturales, comerciales y militares entre ambos países ni los impor-

liados realizados en su territorio o dentro de los límites de su Embajada pero sin su consentimiento por órganos de otro Estado (46), lo cierto es

tantes intereses franceses en Marruecos; tal como se aprecia en su conferencia de prensa de 21 de febrero de 1966, el Jefe del Estado francés, general De Gaulle, hizo una cuestión personal de la falta de respeto a la soberanía de su país por parte de las autoridades marroquíes, al decidir éstas ejecutar la sentencia de muerte que pesaba contra Ben Barka en el propio París: *vid.* «Pratique française», en *A.F.D.I.*, vol. XII (1966), pp. 899-901, y VILLAR, F., *El proceso de autodeterminación del Sahara*, Valencia, 1982, pp. 85, 102, 106 y 182.

España también se ha visto envuelta en este tipo de sucesos con resultados nada halagüeños para la credibilidad de la actitud de respeto de su Gobierno por el Derecho Internacional. En el As. M. Jider (1967), miembro destacado de la oposición al régimen establecido en Argelia, asesinado en Madrid en enero de 1967, se ha llegado a afirmar taxativamente que «la rápida y discreta salida de España de su asesino, que había sido detenido por la policía española», constituyó un hito en la mejora paulatina de las relaciones hispano-argelinas, tras la caída de Ben Bella: *vid.* VILLAR, *op cit.*, p. 151. El propio Villar incluye inmediatamente después como otro acontecimiento propicio para la mejora de estas relaciones el secuestro en julio del mismo año y en el espacio aéreo español del dirigente katangués M. Tshombe, que fue conducido a Argelia, donde falleció en prisión dos años después; el presidente argelino, H. Boumediane, no concedió su extradición al Gobierno zaireño, pero parece que no recibió ninguna reclamación de restitución de Tshombe por parte española; la reacción de las autoridades españolas se redujo a la separación del Cuerpo de los dos inspectores encargados de la seguridad de Tshombe que le acompañaban en el avión, y a solicitar la extradición del principal encartado en el secuestro, el francés Francis Bodenan, que estaba al servicio del político zaireño y que obligó al piloto por la fuerza a dirigirse a Argel; obtenida finalmente su extradición de Bélgica, gracias a una aplicación generosa del Convenio de La Haya de 1970 sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, Bodenan fue juzgado y condenado por un Tribunal Aeronáutico constituido en Son San Juan (Palma de Mallorca) a 20 años y 1 día de reclusión mayor: *Ibid.*, y ESTRADA Y DE MIGUEL, E., «Un reciente caso de extradición en la práctica española», en *R.E.D.I.*, vol. XXXIV (1982), 437-445, pp. 437-438 y 440-443.

El actual régimen libio también ha desatado desde 1980 una campaña de liquidación física de los «enemigos de la revolución» residentes en el extranjero (*vid.* AMNESTY INTERNATIONAL, *Les assassinats politiques. Rapport sur la responsabilité des Etats*, París, 1983, pp. 119-131), cuyo último atentado ha sido el asesinato en Roma en junio de 1987 de un disidente libio a manos de un autodenominado «comando revolucionario libio» llegado expresamente a Italia para cometer el crimen, según confesión de dos de sus miembros detenidos (*El País*, 27-VI-1987, p. 4).

Por último, el actual régimen chileno se distinguió en los años setenta por la persecución implacable de personalidades políticas de la oposición exiliadas en América y Europa; basta recordar el asesinato en Buenos Aires el 30 de septiembre de 1974 del general retirado Carlos Prats y su mujer; o el atentado en Roma el 6 de octubre de 1975 contra el líder democristiano Bernardo Leighton y su mujer, del que resultaron gravemente heridos: *vid.* CIDH, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, pp. 68-69, párs. 89-91; *Informe de la CONADEP*, p. 272; *Keesing's* 1976, p. 27.644, y *El País*, 6-IV-1987, p. 4. Sólo la reacción del Gobierno norteamericano, a raíz del asesinato del líder democristiano Orlando Letelier y de su secretaria norteamericana en pleno Washington el 21 de septiembre de 1976, logró interrumpir esta oleada de crímenes; la justicia norteamericana estimó probado que el atentado lo perpetraron agentes de la policía política chilena con la colaboración de un delincuente norteamericano y refugiados cubanos afincados en Estados Unidos, y aunque no logró obtener la extradición de tres militares de graduación chilenos envueltos en el crimen, condenó a su Gobierno por ordenarlo y a la Cia aérea LAN-Chile por transportar los explosivos colocados en el automóvil de Letelier, consintiendo finalmente aquel que su Cia aérea indemnizara con cuatro millones de dólares a los herederos de los dos fallecidos: *vid.* CIDH, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, pp. 67-68, párs. 81-88; *I.L.R.*, vol. 63, pp. 378-390; *I.L.M.*, vol. XIX (1980),

que los Gobiernos afectados por la ola de secuestros, desapariciones y asesinatos de exiliados extranjeros desatada en sus territorios desde la década de los sesenta, no han reaccionado como cabía esperar de acuerdo con el Derecho de vigor (47); ello a pesar de que no existiera constancia de una conducta contraria a su propio ordenamiento interno o al internacional por parte de los exiliados afectados por tales actos.

pp. 409-411; y *Keesing's* 1977, pp. 28.273 *in fine*-28.274; 1978, p. 29.030; 1979, p. 29.602; 1980, p. 30.284; 1981, pp. 30.728 y 30.932; 1982, p. 31.473; y 1984, p. 32.960; y 1987, p. 34.989.

Puede citarse como otro ejemplo de reacción jurídicamente apropiada la del Gobierno venezolano al romper relaciones diplomáticas con Uruguay en junio de 1976 a consecuencia de la brutal detención en los jardines de su Embajada en Montevideo de una nacional uruguaya, desde entonces desaparecida, que había logrado burlar a los policías que la custodiaban y solicitado asilo en la misma, siendo golpeado por la policía uno de sus agentes diplomáticos que intentó evitar la detención; estos hechos fueron calificados por el Comité de Derechos Humanos, en su Decisión de 21 de julio de 1983 en el Caso *Quinteros c. Uruguay*, como contrarios al artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que protege el derecho a la libertad y seguridad personales: *vid. H.R.L.J.*, vol. 4 (1983), pp. 201-204, párs. 10.3-12.1 y 13.

Y también la reacción del Gobierno británico con ocasión del intento de secuestro de U. Dikko, antiguo ministro nigeriano que residía en Londres y al que funcionarios de su país intentaron llevar por la fuerza a Lagos el 5 de julio de 1984 introduciéndolo sedado en un embalaje de madera remitido por la Embajada nigeriana en Londres a su Ministerio de Asuntos Exteriores, que iba a ser transportado en una aeronave de carga de la *Nigerian Airways* y de donde fue liberado ya en el mismo Aeropuerto de Stansted. Las autoridades británicas, advertidas del posible secuestro, entendieron que no era una valija diplomática porque no la acompañaba un correo debidamente acreditado, y el baúl no portaba los sellos y etiquetas oficiales informando sobre su *status*, aunque también señalaron que —en su opinión— la inviolabilidad de una valija diplomática en regla tampoco podría prevalecer sobre el deber de preservar y proteger la vida humana. Procedieron a la detención de diecisiete personas relacionadas con el Caso, encausando entre ellas a un funcionario nigeriano que, según el Gobierno británico, no gozaba de *status* diplomático en el Reino Unido, que fue juzgado y condenado a doce años de prisión; advirtieron sobre la gravedad del incidente al Embajador nigeriano, expulsando a los dos diplomáticos nigerianos que supervisaban la carga de la pretendida valija, y notificaron por último a todos los jefes de misión destacados en Londres la preocupación al respecto del Gobierno británico y su interés porque el Cuerpo Diplomático no se viera involucrado en la comisión de hechos semejantes; pero no se adoptó ninguna otra medida frente al Gobierno nigeriano: *vid. «U.K. Materials»*, en *B.Y.B.I.L.*, vol. LV (1984), pp. 493-494 y 496-502, y vol. LVI (1985), pp. 431-432, (párs. 48-49) y 459-461, además de una referencia de la citada sentencia condenatoria en pp. 328-331. *Cf. AKINSANYA, A.*, «The Dikko Affair and Anglo-Nigerian Relations», en *I.C.L.Q.*, vol. 34 (1985), 602-609; pp. 602-606, y HERDEGEN, M., «The Abuse of Diplomatic Privileges and Countermeasures not Covered by the Vienna Convention on Diplomatic Relations», en *ZaöRV*, vol. 46 (1986), 734-757; pp. 738 y 755.

(46) De modo que el valor como precedentes de los asuntos recogidos al final de la nota anterior es muy aleatorio para nosotros, ya que está mediatizado a la fuerza por la violación bien de la soberanía e integridad territorial bien de los locales de la Misión de los Estados afectados por la actuación en su territorio o embajada de órganos de otros Estados, así como por la significación política dada a esa actuación.

(47) *Cf.* a este respecto FEINRIDER, M., «Kidnapping», en R. BERNHARDT (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8 (1985), p. 357, que invoca además los casos de A. Eichmann (1960-1961) y A. Argoud (1964) como ejemplos preclaros de la aplicación por parte de los tribunales internos del principio *male captus bene detentus*, por el que la irregularidad del procedimiento usado para someter al procesado a su jurisdicción no la afecta o condiciona.

Ahora bien, hecha ésta y cualesquiera otras salvedades (48), seguimos pensando que la elaboración de un *standard* mínimo de trato indiscutido supone un desarrollo normativo primario muy necesario para el Derecho de la responsabilidad internacional. Y sobre todo, la utilidad de este breve apunte acerca de la distinción entre protección diplomática y protección humanitaria guarda un interés añadido para nosotros porque, curiosamente, será esta protección —y no la diplomática— la que comúnmente merezca por parte de su Estado el particular sometido a una situación de conflicto interno en el extranjero; así se manifiesta una vez más la interacción entre el Derecho de la protección diplomática y la responsabilidad internacional por un lado, y la protección de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario por otro.

(48) Piénsese por apuntar sólo otro ejemplo similar pero de naturaleza colectiva, en la situación creada desde 1975 en el Sudeste Asiático por los «boat people», es decir, por el éxodo masivo de cientos de miles de personas autorizadas a huir más que a salir de Vietnam (aunque el fenómeno ha afectado también a Kampuchea y Laos), tras pagar previamente tasas de dos mil dólares y perder todas sus propiedades: *vid.* «Chronique», en *R.G.D.I.P.*, t. 83 (1979), pp. 559-563, sobre todo p. 561, y t. 85 (1981), pp. 201 y 600. Esta gente ha transitado a la espera de asilo y en condiciones precarias por los mares del Sudeste Asiático y en particular el Golfo de Tailandia, desapareciendo en el mar muchos de ellos y siendo objeto otros de la piratería sobre todo de los pescadores tailandeses, que han matado, violado y saqueado a miles de ellos ante la pasividad e impotencia de las autoridades tailandesas, a pesar de la ayuda económica y técnica proporcionada al Gobierno tai por las potencias occidentales para mantener un programa de vigilancia aeronaval contra la piratería: *vid.* «Chronique», en *R.G.D.I.P.*, t. 85 (1981), pp. 128-129 y 921-922, y t. 87 (1983), p. 223. *Keesing's* 1982, pp. 31.691-31.692; 1984, p. 32.676, y 1986, p. 34.104. «Note on International Protection Submitted by the United Nations High Commissioner for Refugees to the United Nations General Assembly at its Thirty-Fifth Session (Un Doc. A/AC.96/643, 9 August 1984)», en *I.J.I.L.*, vol. 24 (1984), 301-312; p. 307, párs. 23 y 24. Y MUNTARVHORN, V., «Asylum-seekers at Sea and Piracy in the Gulf of Thailand», en *R.B.D.I.*, vol. XVI (1981-82), 481-508; pp. 482-485, 491-495 y 500-501.

Esa gente está siendo, por cierto, pésimamente aceptada y tratada en los Estados vecinos, donde el A.C.N.U.R. los ha calificado como meros «desplazados» y no como «refugiados» alegando al respecto un desarrollo insuficiente de las normas sobre Derechos Humanos en materia de asilo; cuando sencillamente ocurre que habría primero que conseguir de gran número de Estados que aplicaran desde un principio y en toda su extensión los instrumentos convencionales y reglas consuetudinarias generales sobre Derechos Humanos desde hace tiempo en vigor, evitándose así en gran medida todos los problemas ocasionados por los refugiados. Ya que de ello podría derivarse la responsabilidad internacional de los Estados generadores de esas grandes masas de refugiados, exigible por parte de los Estados de asilo, al menos cuando fueran consecuencia de políticas o situaciones probadas de flagrante violación de los derechos humanos atribuibles a los primeros y contrarias sin duda al *standard* mínimo de trato que el Derecho Internacional acuerda también en favor de los nacionales, además de atentatorias contra la soberanía territorial del Estado de asilo si se tiene en cuenta el principio general que prohíbe el abuso de derecho (*sic utere tuo ut alienum non laedas*): *vid.* LILLICH, *The Human Rights of Aliens...*, *op. cit.*, pp. 62-67; CHOOI FONG, «Some Legal Aspects of the Search for Admission into Other States of Persons Leaving the Indo-Chinese Peninsula in Small Boats», en *B.Y.B.I.L.*, vol. LII (1981), 53-108, pp. 85 y ss. y las conclusiones en 105-108; y sobre todo HOFMANN, R., «Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility», en *ZaöRV*, vol. 45 (1985), 694-713, pp. 700-709.

En efecto, los problemas delicados que plantea la aplicación o eficacia del *standard* mínimo internacional de trato en favor de nacionales y extranjeros por igual han alcanzado un estado crítico y realmente preocupante para la estabilidad normativa del Derecho de extranjería y de la responsabilidad internacional con ocasión de ciertos fenómenos como el de las personas desaparecidas, o el de la general ausencia de una protección diplomática estricta y formal en favor de los extranjeros en Estados que sufren conflictos internos; ya que dichos fenómenos han cuestionado en particular la credibilidad de la propia institución de la protección diplomática ejercida por los Estados en favor exclusivamente de sus nacionales. Veamos por qué utilizando para ello dos ejemplos muy representativos.

2. El fenómeno de las personas desaparecidas en Chile y Argentina

Chile y Argentina vivieron en los años setenta sendas situaciones de conflicto interno (49) de grado que nosotros calificaríamos a nuestros efectos como *intermedio*, en absoluto equiparable a la situación de franca guerra civil padecida por El Salvador desde 1980. Fueron producto como es bien sabido de sendas crisis políticas de sus regímenes constitucionales culminadas con dos golpes de Estado militares en septiembre de 1973 (Chile) y marzo de 1976 (Argentina), a raíz de los cuales se desencadenó una campaña de desapariciones forzadas (50) de personas, una práctica jurídica, moral y humanamente condenable, cuyas manifestaciones más graves perduraron en ambos países al menos hasta 1977 en Chile y 1979 en Argentina.

Aunque nunca se sabrá el número exacto de desaparecidos, y a pesar de la mayor duración de esta práctica en Chile, en este Estado el número mínimo más fiable de desaparecidos no baja en ningún caso de 600 personas, mientras que en Argentina asciende al menos a unas 7.000 (51), siendo

(49) Vid. C.d.E., *Assemblée: Documents* (36ème session-1984), vol. III, Doc. 5.273, p. 9, pár. 15 («Rapport sur les disparitions forcées», del Sr. Verde).

(50) Podemos definir tentativamente y a efectos sólo funcionales el fenómeno de la desaparición forzada como toda acción u omisión tendente a ocultar para siempre la suerte corrida por opositores o disidentes políticos y otras personas, cuyo paradero sea desconocido por su familia, amigos o partidarios, sobre todo con el fin de reprimir, impedir o entorpecer la oposición o disidencia, y llevada a cabo por autoridades y órganos públicos de cualquier clase o grupos de particulares que actúan con apoyo o tolerancia de los anteriores, aunque las autoridades nieguen sistemáticamente cualquier responsabilidad por estos hechos: vid. AMNESTY INTERNATIONAL, *Les «disparus». Rapport sur une nouvelle technique de répression*, París, 1981, Cap. VII, pp. 88 y ss.; *Les assassinats politiques...*, op. cit., pp. 34-37 y 144-147; y CIDH, OEA/Serv.L/V/II.66, doc. 17, pp. 76-77, párs. 125-128.

(51) CIDH, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, pp. 146-147; *Informe de la CONADEP*, pp. 298 y 300 (gráficos); CIDH, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, pp. 77-78, párs. 129-133; Doc. N.U. A/34/

inevitable que hubiera víctimas extranjeras, en número también más elevado en Argentina que en Chile. Nos puede servir de ejemplo para apreciar la proporción de esta diferencia el número de desaparecidos españoles, que asciende al menos a 39, repartidos entre Argentina con 35, Chile con 3 y Guatemala con 1 (52). Del mismo modo nos consta también que han desaparecido en Argentina personas de nacionalidad francesa y sueca (53), ale-

583/Add.1, p. 23, pár. 47; Doc. N.U. E/CN.4/1.363, pp. 40 y 42-43, párs. 66, apdo. A), 90 y 93; y *Senado*, II Legislatura, Serie I-35, p. 634.

(52) *Senado*, II Legislatura, Serie I-35, p. 618.

(53) *Keesing's* 1978, pp. 28.870 y 29.062, y 1985, p. 33.980, y *El País*, 14-XII-1984, p. 4; 25-III-1985, p. 7, y 7-IX-85, p. 6. En particular, el asunto de la desaparición de dos monjas misioneras francesas (A. Domon y L. Duquet) en diciembre de 1977 ha alcanzado gran notoriedad internacional a causa de existir indicios racionales suficientes sobre la presunta responsabilidad en el mismo del teniente de navío A. Astiz, que llevaron en marzo de 1985 a que la justicia francesa dictara una orden internacional de busca y captura contra el oficial argentino; pero hasta diciembre de 1986 la justicia argentina no ha logrado siquiera llevar a juicio a este oficial a pesar de procesarle por la desaparición de una joven de nacionalidad argentina y sueca, D. Hagelin, acaecida en enero de 1977, ya que tras reclamar la Marina el fuero militar para el acusado la causa fue primero sobreesida en marzo de 1985 y tras su reapertura fue declarado inocente de todos los cargos en abril de 1986 por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (*vid.* CIDH, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, pp. 111 y 74-76, e *Informe de la CONADEP*, pp. 351-252 y 387-390). Por fin, en diciembre de 1986, se celebró el juicio civil contra Astiz por la desaparición de la joven sueca, siendo esta vez absuelto por la Cámara Federal de Apelaciones a causa de haber prescrito el delito cometido hacía más de diez años, si bien se le reconoció autor del descerebramiento y posterior desaparición de dicha adolescente; la Cámara Federal no apreció siquiera el argumento de que la prescripción penal debiera calcularse a partir del 1 de diciembre de 1983, fecha de la asunción del Gobierno democrático, ya que con anterioridad las denuncias por violaciones de los derechos humanos no eran efectivas y sí en cambio muy arriesgadas (*vid.* *El País*, 8-XII-1986, p. 10, en relación con 3-XII-86, p. 9).

Acuciado por la presión de los Gobiernos sueco y francés, el nuevo Gobierno constitucional argentino ha tratado así de aislar sin consecuencias jurídicas el *Caso Astiz* del acuerdo tácito a que llegó con las Fuerzas Armadas para resolver políticamente las secuelas de la guerra sucia contra la subversión llevada a cabo por las Juntas Militares, procediendo a juzgar exclusivamente a los miembros de las tres primeras que gobernaron el país desde 1976 a 1983, y salvaguardando el resto de las escalas de mando de las tres armas mediante una interpretación tan generosa como antijurídica del principio de obediencia debida (el art. 11 de la Ley argentina, n.º 23.049, interpretando el artículo 514 del Código de Justicia Militar, presumía la obediencia debida y el error insalvable sobre la legitimidad de las órdenes recibidas por los subordinados, con excepciones vinculadas a los excesos en la comisión de los hechos, a saber, cuando el subordinado ejerciera capacidad decisoria, conociera la ilicitud de las órdenes o ejecutara hechos atroces o aberrantes: *vid. Revista I.I.D.H.*, n.º 3 (1986), pp. 232-235, en 234. Sobre los límites del principio de obediencia debida, *vid.* ALDERSON, J., *Les droits de l'homme et la police*, Strâsbourg, 1984, pp. 30, 191-194, 180 y 185, que contienen respectivamente los artículos 5 y 8 y Comentarios del Código de Conducta de las Naciones Unidas para los responsables de la aplicación de las leyes, las Reglas A-3 y 4 de la Declaración sobre la Policía aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, y las observaciones a las mismas del Comité de Ministros de dicho Consejo). Tras celebrarse el juicio contra los nueve triunviros en la segunda mitad de 1985, el 9 de diciembre se hizo pública la sentencia caracterizada por la levedad general de las penas impuestas a los mismos (*vid. Revista I.I.D.H.*, n.º 2 (1985), pp. 247-251), y con ella las Fuerzas Armadas argentinas han intentado dar por concluida la depuración de responsabilidades por los inalicables excesos de la dictadura

mana occidental (54) e italiana, entre otras, reduciéndose mucho el número de desapariciones de inmediata relevancia internacional a causa de la regla de doble nacionalidad (55).

Es significativo que no se conozca por parte de la mayoría de los extranjeros desaparecidos una conducta previa a su desaparición que les hubiera podido acarrear incluso en una dictadura militar otra consecuencia que la inmediata expulsión del país. En concreto, a las dos monjas francesas sólo se las podía acusar de ser simpatizantes y colaboradoras de las conocidas «Madres de la Plaza de Mayo» que surgían entonces espontáneamente con el objetivo principal de denunciar públicamente la desaparición de sus seres queridos (56). La «Comisión de Investigación sobre la desaparición de súbditos españoles en países de América», creada por el Se-

militar (*vid. El País*, 10-XII-1985, pp. 1-3; 11-XII-85, pp. 2-3, y 12-XII-85, p. 3; y *Keesing's* 1986, pp. 34.667-34.668). El *Caso Astiz* se ha convertido así en una prueba de fuerza simbólicamente decisiva entre Gobierno y Fuerzas Armadas, que no han estado dispuestas a admitir que la imputación de responsabilidades descienda pormenorizadamente a una gran masa de oficiales y suboficiales que participaron activamente en la guerra sucia. Como vemos, ha sido la relevancia internacional del *Caso Astiz* la que ha abierto alguna posibilidad de resarcimiento jurídico por apenas tres desapariciones de nacionales extranjeros; pero, en cambio, es la existencia formal de un *standard* de trato universal el que impide a todas luces aislar ese *Caso* de tantas otras desapariciones de nacionales argentinos o extranjeros sobre las que pudieran presentarse pruebas de culpabilidad suficientes contra miembros de las Fuerzas Armadas, pues supondría un agravio compartivo inaceptable para el Derecho Internacional hoy en vigor y por ende para el propio ordenamiento argentino. De ahí que la Armada haya actuado lógicamente oponiéndose a toda costa al procesamiento de su oficial, porque una vez aceptado quedaría abierto el camino para sentar en el banquillo a gran número de oficiales y suboficiales de las tres Armas. Los acontecimientos posteriores son conocidos; en diciembre de 1987, el Presidente R. Alfonsín, tras ascenderlo a capitán de corbeta, ordenó su pase a retiro; entretanto, el famoso y efímero capitán seguía salvando felizmente los procesos pendientes contra él, pues fue absuelto en febrero de 1987 por prescripción del delito de privación ilegal de libertad en la persona de D. Hagelin de que era acusado (*vid. El País*, 24-XII-1987, p. 3; y 27-II-1988, p. 4).

(54) *Vid.* por ejemplo, para la desaparición en 1977 de dos periodistas de esta nacionalidad, *Keesing's* 1977, pp. 28.342 y 28.587.

(55) *Vid.* «Rules Regarding the Taking Up of International Claims by Her Majesty's Government (1983)», en «U.K. Materials», *B.Y.B.I.L.*, vol. LVI (1983), pp. 520 *in fine*-521 (Regla III). Y la revisión de 1979 del vol. 7, *Consular Affairs*, del *Foreign Affairs Manual* de los Estados Unidos, apdo. «Dual Nationals», en «Practice of the U.S.», *A.J.I.L.*, vol. 74 (1980), p. 163. Sepamos sin ir muy lejos que en Argentina han desaparecido también en el mismo período 174 hijos y nietos de españoles, por los que el Gobierno español también se ha interesado.

(56) *Vid. supra*, nota 53. Por ejemplo, la expulsión del territorio nacional fue aplicada por los Gobiernos chileno y argentino contra sacerdotes católicos y militantes de los derechos humanos de nacionalidad extranjera: *vid.* Doc. N.U. A/38/385, pp. 96-99, párs. 186-191, e *Informe de la CONADEP*, pp. 354-355. Con independencia del juicio jurídico que nos merezcan tales expulsiones, es obvio que no poseen el carácter sobrecogedor de las desapariciones al no vulnerar ningún derecho humano incluido en el *standard* mínimo. No corrió la misma suerte un sacerdote secular español, A. Llidó Mengual, significado por su labor pastoral con las clases más humildes en la diócesis chilena de Valparaíso desde 1969, que pasó a la clandestinidad en 1973 y fue pos-

nado español en diciembre de 1982 (57), afirmaba expresamente en su Dictamen de 30 de junio de 1983 que «entre los casos examinados de españoles o descendientes de españoles desaparecidos no ha conocido ni un solo ejemplo en el que la persona detenida lo hubiese sido portando armas, luchando o resistiéndose a la Autoridad. Todos los casos de que ha tenido conocimiento son de detenciones en viviendas, lugares de trabajo o estudio, o transitando normalmente por la vía pública» (58).

Y el Gobierno español por su parte, en un comunicado de 2 de mayo de 1983, ante la reiterada exculpación de los militares argentinos en el sentido de que casi todos los desaparecidos por una u otra causa pertenecían a bandas terroristas, la rechazará tajantemente asegurando que al «Gobierno español no se le ha procurado ninguna prueba que pueda avalar fehacientemente esta tesis» (59). Esto mismo sostiene con carácter general en sus conclusiones el *Informe de la CONADEP*, donde podemos leer lo siguiente:

«Es posible afirmar que —contrariamente a lo sostenido por los ejecutores de tan siniestro plan— no solamente se persiguió a los miembros de organizaciones políticas que practicaban actos de terrorismo. Se cuentan por millares las víctimas que jamás tuvieron vinculación alguna con tales actividades y fueron sin embargo objeto de horrendos suplicios por su oposición a la dictadura militar, por su participación en luchas gremiales o estudiantiles, por tratarse de reconocidos intelectuales que cuestionaron el terrorismo de Estado o, simplemente, por ser familiares, amigos o estar incluidos en la agenda de alguien considerado subversivo» (60).

Ello al margen de que con independencia de las circunstancias que procedan a un arresto o detención, y una vez queda una persona bajo la custodia de órganos de un Gobierno, «disfruta de un cierto número de de-

teriormente detenido entre septiembre y octubre de 1974, perdiéndose todo rastro de él: *Senado*, II Legislatura, Serie I-35, pp. 628-629. Ni otro sacerdote salesiano uruguayo, M. Silva, secuestrado en Buenos Aires en junio de 1977 y desaparecido desde entonces: *Informe de la CONADEP*, p. 354.

(57) *Senado*, II Legislatura, Serie I-7, p. 67.

(58) *Senado*, II Legislatura, Serie I-35, p. 620. El Dictamen fue aprobado por el Pleno del Senado en su sesión del 1 de agosto de 1983: *Diario de Sesiones del Senado*, II Legislatura, núm. 25, p. 1.181. Cf. en este sentido para Argentina el *Informe de la CONADEP*, pp. 25 y 29 (gráficos).

(59) *Senado*, II Legislatura, Serie I-35, pp. 632-633 (cita en p. 633). En el caso argentino, la Comisión de Investigación del Senado se expresaba en términos aún más claros y amplios: «...en el caso concreto de los españoles o descendientes próximos desaparecidos, las Autoridades argentinas no han aportado en ningún caso prueba de su militancia o actividad supuestamente subversiva» (p. 635).

(60) Páginas 480-484 (cita en p. 480).

rechos humanos fundamentales por los que el Gobierno tiene la obligación de velar» (61).

Esta constatación concuerda con los objetivos propios de cualquier campaña de desapariciones. Como es bien sabido, la «táctica de eliminar físicamente y hacer desaparecer a los que son considerados enemigos políticos, sin detención oficialmente reconocida, sin acusación y sin juicio, así como sin que consten en ningún registro oficial de muertos, ha sido desgraciadamente frecuente durante las últimas décadas en algunos países de América Latina, llegando a hacerse incluso habitual en momentos especialmente turbulentos» (62). Esta nueva técnica de eliminación masiva de los oponentes políticos y sus simpatizantes ha cobrado, a partir de su identidad sustancial, formas y frecuencias distintas en cada país (63). Por citar el ejemplo de Chile en los meses inmediatos al golpe militar:

«Entre septiembre y diciembre de 1973 prevaleció en Chile una situación de aguda tensión interna y el personal militar y los carabineros arrestaron a muchos miles de personas en todo el país. Los arrestados fueron principalmente personas que habían ocupado cargos en el Gobierno nacional o local o que estaban relacionadas con el Gobierno anterior por su actividad en los partidos políticos, los sindicatos u otras organizaciones, o que eran partidarios del Gobierno, por ejemplo, periodistas, profesores, maestros, estudiantes y campesinos. Como se deduce del análisis de los casos estudiados en el presente informe, al practicar los arrestos los militares y carabineros actuaron

(61) Tal como manifestara el experto F. Ermacora en relación con el asunto de la desaparición del médico personal del presidente Allende tras haber participado en la defensa armada del Palacio de la Moneda: Doc. N.U. A/34/583/Add. 1, p. 73, párr. 137 (cita). O el propio Gobierno español en el comunicado ya citado, considerando «atentatorio a los más elementales derechos humanos el procedimiento empleado para erradicar de la sociedad argentina núcleos terroristas» (*vid. supra*, nota 59, de nuevo p. 633). Cf. en idéntico sentido la opinión del Representante Especial J.A. Pastor Ridruejo sobre la aplicación al conflicto salvadoreño de las normas incluidas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios y en el Protocolo II: *vid.* Doc. N.U. E/CN.4/1986/22, p. 45, párr. 145.

(62) *Senado*, II Legislatura, Serie I-35, p. 634. Es el caso, por ejemplo, de Guatemala, donde el fenómeno de las desapariciones ha alcanzado también caracteres muy graves: *vid.* CIDH, OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 21, rev. 2, pp. 34-38, y OEA/Ser.L/V/II.61, doc. 47, pp. 84-88, y las conclusiones y recomendaciones del Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, de octubre de 1985, así como la Resolución relativa a dicho Informe de la CIDH, recogidos en *Revista I.I.D.H.*, n.º 3 (1986), pp. 127-129. La instalación de un Gobierno democrático y constitucional en enero de 1986 ha abierto un compás de espera tras la promesa formal del nuevo Gobierno civil de llevar a cabo una política de pleno respeto de los derechos humanos: *vid.* las conclusiones del Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (Doc. N.U. E/CN.4/1986/23, 13 de febrero de 1986) preparado por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las N.U. Vizconde Colville of Culross, y la Resolución 1986/62 de dicha Comisión, recogidos en *Revista I.I.D.H.*, n.º 3 (1986), pp. 179-181 y 149-151.

(63) C.d.E., *Assemblée: Documents*, (36ème session-1984), vol. III, Doc. 5.273, p. 4, párs. 3-4.

de una manera independiente e incontrolada sin respetar las normas jurídicas vigentes y el Gobierno se abstuvo de exigir que se respetaran esas normas y de investigar y castigar los abusos. Se han denunciado 247 casos sólidamente documentados de detenidos desaparecidos entre septiembre y diciembre de 1973» (64).

En Argentina, en cambio, se partía de una crisis más grave, ya que a principios de 1975 el Gobierno constitucional decretó el estado de sitio en todo el país a causa del aumento de la actividad terrorista de izquierda y derecha, y la práctica de las desapariciones era ya por desgracia conocida como nuevo método expeditivo de lucha social antes del golpe militar (65). De acuerdo con el *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina* (1980) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyo contenido hizo suyo en gran parte nuestra Comisión Senatorial:

«El origen del fenómeno de los desaparecidos, la forma en que se produjeron las desapariciones y el impresionante número de víctimas alcanzadas están íntimamente ligados al proceso histórico vivido por Argentina en los últimos años, en especial a la lucha organizada en contra de la subversión. La violencia ejercida por grupos terroristas encontró una similar y aún más enérgica respuesta por parte de los aparatos de seguridad del Estado que ocasionó graves abusos al intentarse suprimir la subversión prescindiendo de toda consideración moral y legal» (66).

Las campañas de desapariciones en Chile y Argentina se han desarrollado, pues, en el contexto de una verdadera *situación* de violación grave, masiva y persistente de los Derechos Humanos, similar a la producida en El Salvador desde el inicio de la guerra civil, hecha la salvedad de que en Chile y Argentina el estado de crisis interna no alcanzó nunca ese grado mayor (67). En particular, el fenómeno de las personas desaparecidas constituye por sí mismo un arquetipo de tal *situación*, al constituirse en una práctica administrativa en razón de la repetición frecuente y duradera de actos similares por agentes del Gobierno, aprobada o tolerada de una u otra forma por éste (68). En estas circunstancias, es muy difícil limitar

(64) Doc. N.º U. A/34/583/Add. 1, pp. 97-98, párr. 181.

(65) AMNESTY INTERNATIONAL, *Les «disparus»...* op. cit., pp. 15-20, y *Les assassinats politiques...*, op. cit., pp. 93-94.

(66) Vid. CIDH, OEA/Ser.L/V/II.19, p. 145 (cita); y asimismo *Senado*, II Legislatura, Serie I-35, pp. 634 in fine-635. *Informe de la CONADEP*, pp. 7-11; y AMNESTY INTERNATIONAL, *Les assassinats politiques...*, op. cit., pp. 95-99 y ss.

(67) Vid. para el caso de Chile, Doc. N.º U. A/34/583/Add. 1, pp. 96, párr. 176, 24-27, párrs. 50-55, y 43-46, párrs. 78-84.

(68) *Ibid.*, p. 88, párr. 165. Aunque el documento se refiere sólo a Chile, las reflexiones que siguen son aplicables aún con más razón a Argentina.

la responsabilidad del Estado al ejercicio por otros Estados de la consabida protección diplomática en favor de los extranjeros víctimas de esa práctica, o al uso de la jurisdicción interna para remediar los casos que afectan a los nacionales; la naturaleza grave, masiva y persistente propia de una *situación general* de violación de derechos tan fundamentales como los implicados en las desapariciones, permitiría incluso poner en juego una relación de responsabilidad *erga omnes*, para con la Comunidad Internacional en su conjunto, tal como ha defendido el experto F. Ermacora respecto de Chile (69) y pudiera sostenerse *a fortiori* respecto de Argentina.

En efecto, desde una perspectiva sustantiva, en una *situación general* de desapariciones está en juego sobre todo la violación concreta del conjunto de derechos humanos que forman el núcleo del *standard* mínimo de trato, como el derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona y el derecho a no ser torturado, que son exigibles *erga omnes*; sin detenernos en otras violaciones de derechos que conciernen sobre todo a la vida privada y familiar y a los niños, también desgraciadamente implicados en este fenómeno (70).

La responsabilidad de Chile y Argentina por las desapariciones que nos ocupan se ha producido una vez demostrado que los actos que las originaron les son atribuibles. En el plano objetivo, porque las obligaciones violadas emanan del Derecho Internacional general, además de otros muchos instrumentos convencionales aplicables en tiempo de paz y de conflicto en los que ambos Estados son Parte (71). En el plano subjetivo, porque está probado fehacientemente en gran número de casos de desapariciones que las personas en cuestión fueron previamente detenidas por órganos es-

(69) *Ibid.*, pp. 89-90, párs. 167-170. Cf. ABELLAN HONRUBIA, *loc. cit.*, pp. 38-39; y DIEZ DE VELASCO, *loc. cit.*, p. 390. Pero no entraremos aquí a considerar la calificación del derecho a la vida como norma perentoria e inderogable (y mucho menos las consecuencias que de ello derivarían en materia de responsabilidad internacional), tal como sostiene por cierto un sector de la doctrina: *vid.* GORMLEY, W.P., «The Right to Life and the Rule of Non-Derogability: Peremptory Norms of *ius cogens*», en RAMCHARAN, B.G. (Ed.), *The Right to Life in International Law*, Dordrecht, 1985, 120-159, pp. 121-122 y 146-148; y *supra*, I.

(70) Sigue *Ibid.*, p. 91, pár. 171. C.d.E., *Assemblée: Documents* (36ème session-1984), vol. III, Doc. 5.273, pp. 5-8; párs. 6-11. E «Italian Practice», en *Italian Yearbook*, vol. 5 (1980-81), p. 317 *in fine*.

(71) Sigue *Ibid.*, pp. 92-94, párs. 173-174, y CIDH, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, p. 45, párs. 88-91. Argentina ni siquiera ha firmado los Protocolos, pero es parte en los cuatro Convenios de 1949: *vid.* R.I.C.R., n.º 73 (1986), pp. 73-75, y Doc. INFO/DIF/1/b/Rev. 12, 8-7-1986, p. 4. Compartimos, por cierto, las objeciones del Sr. Verde a la elaboración de un Convenio Internacional sobre la desaparición forzada de personas, y que son en resumen tanto la dificultad de definir un fenómeno tan complejo que afecta a tantas parcelas sustantivas de los derechos humanos, como su escaso valor práctico a la hora de perseguir a individuos acusados de estas prácticas (Estados no partes, extradiciones...), además del largo plazo de tiempo que llevaría: *vid.* C.d.E., *Assemblée: Documents* (36ème session-1984), vol. III, Doc. 5.273, pp. 11-12, pár. 22.

tatales o particulares en el ejercicio de prerrogativas del poder público, en un contexto de medidas de excepción o de actuaciones de hecho contrarias al Derecho Internacional a causa del «poder incontrolado, imprevisible, intolerable e ilegal» de los agentes responsables de las detenciones a los que no se ha exigido hasta ahora responsabilidad administrativa o penal por las desapariciones de detenidos bajo su custodia, cuya conducta ha sido al menos tolerada y encubierta por los propios Gobiernos hasta el punto incluso de exonerarla de toda responsabilidad mediante la correspondiente amnistía (72). A ello se añade que los recursos judiciales disponibles por los familiares de las personas desaparecidas resultaron ineficaces, y que ambos Gobiernos tampoco han cooperado con las N.U. y otras Organizaciones Internacionales en la aclaración de la suerte corrida por las personas desaparecidas (73).

Sobre el anormal funcionamiento de los tribunales en ambos Estados, aspecto previo clave como sabemos para poder reclamar su responsabilidad internacional, basta decir que el propio Tribunal Supremo argentino se vio en la necesidad de recordar al Poder ejecutivo militar la situación general de denegación de justicia creada a causa de la falta de colaboración de éste con la Administración de Justicia, traducida sobre todo en las respuestas siempre negativas dadas a los jueces cuando éstos solicitaban información sobre personas detenidas:

«...toda vez que esta situación [de «privación de justicia» como la denomina el Tribunal Supremo argentino] no sólo se configura cuando personas se encuentran ante la imposibilidad de recurrir a un Tribunal competente o cuando la decisión judicial se aplaza en forma

(72) Sigue *Ibid.*, pp. 94-95, pár. 175, apdos. a), b) y d). Para ampliar datos respecto de Chile, pp. 77-80, párs. 146-150; Doc. N.U. E/CN.4/1.363, pp. 33-36, párs. 72-80, y CIDH, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, pp. 78-81, párs. 134-149. Respecto de Argentina, CIDH, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, pp. 59-63; *Senado*, II Legislatura, Serie I-35, p. 619; e *Informe de la CONADEP*, pp. 15-32, 54-61, 223-239 y 246-249, donde se exponen con claridad las etapas principales del proceso de desapariciones (a saber, el secuestro e ingreso en centros clandestinos de detención, las torturas, y el asesinato en masa), así como la participación exclusiva de las Fuerzas Armadas y de Seguridad en la dirección y ejecución de dicho proceso.

(73) Sigue *Ibid.*, pp. 95-96, pár. 175, apdos. c) y e). Para ampliar datos de Chile, pp. 83-87, párs. 159-164; CIDH, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, pp. 81-86 y 179-190, párs. 150-176 y 62-103; y LEBLANC, *op. cit.*, pp. 156-157. Respecto de Argentina, CIDH, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, pp. 130-134 y 283-289; *Informe de la CONADEP*, pp. 391-392, 400-405 y 424-426; *Senado*, II Legislatura, Serie I-35, pp. 629-630; y GARRO, A.M., «The Role of the Argentine Judiciary in Controlling Governmental Action under a State of Siege», en *H.R.L.J.*, vol. 4 (1983), 311-337, pp. 334-336. Los Tribunales chilenos y argentinos han sobreesido sistemáticamente los miles de recursos de amparo (en Chile) y *habeas corpus* (en Argentina) interpuestos por familiares de desaparecidos con el objeto de esclarecer su suerte. Así ha sucedido, por ejemplo, con todos los recursos presentados en casos de españoles desaparecidos: *Diario de Sesiones del Senado*, II Legislatura, núm. 25, p. 1.168. Cf. otra vez ABELLAN HONRUBIA, *loc. cit.*, pp. 36-37, particularmente con el objeto de definir una *situación* de violación del derecho a la justicia.

irrazonable o indefinida, sino también cuando no se dan las condiciones necesarias para que los Jueces puedan ejercer su imperio jurisdiccional con la eficacia real y concreta que, por naturaleza, exige el orden jurídico, de manera que esté al alcance su efectiva vigencia en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional ha encomendado al Poder Judicial» (74).

Es más, como ha puesto de manifiesto la doctrina, incluso en aquellos casos en que resulte difícil probar la inculpación y responsabilidad de las autoridades, que son por fuerza numerosos dada la propia naturaleza del fenómeno de las desapariciones, que pretende precisamente que quien lo practica no quede sujeto a responsabilidad alguna, es sencillo establecer una presunción de responsabilidad de las autoridades territoriales mediante la constatación al menos de tres datos o elementos: primero, la presencia de un cuadro generalizado de violaciones de los derechos humanos; segundo, el fracaso reiterado durante un plazo de tiempo suficiente en la prevención y represión de dichas desapariciones, y tercero, la evidencia de que los tribunales no procedan en ningún caso contra órganos estatales a pesar de que existan indicios racionales de su culpabilidad (75).

En conclusión, los Gobiernos de Chile y Argentina son responsables conforme al Derecho Internacional de la suerte corrida por las personas desaparecidas en uno y otro país a causa de la violación de sus derechos humanos más fundamentales, y en consecuencia, ambos Gobiernos tienen la obligación «de explicar y aclarar a la comunidad internacional la suerte de estas personas desaparecidas, de castigar a los responsables de las desapariciones, de indemnizar a los familiares de las víctimas y de tomar las medidas para evitar que en el futuro se repitan tales actos» (76), de acuerdo con lo que establece en materia de reparación el Derecho de la responsabilidad internacional. Al margen de esta responsabilidad general asumida frente a la Comunidad Internacional en su conjunto, ambos Gobiernos responderán en concreto ante otros Estados cuando la víctima fuera de su nacionalidad, o ante una Organización Internacional cuando fuera un agente de la misma (77).

(74) CIDH, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, p. 132 (cita). Y asimismo *Senado*, II Legislatura, Serie I-35, p. 629.

(75) KAUFMAN, E. y FAGEN, P.W., «Extrajudicial Executions: an Insight into the Global Dimensions of a Human Right Violation», en *Human Rights Quarterly*, vol. 3 (1981), 81-100, pp. 89 y 100, y NSEREKO, D.D., «Arbitrary Deprivation of Life: Controls on Permissible Deprivations», en RAMCHARAN (Ed.), *op. cit.*, 245-283, pp. 252-253.

(76) Otra vez Doc. N.U. A/34/583/ADD.1, p. 96, pár. 177. Cf. Doc. N.U. E./CN.4/1.363, pp. 43-44, pár. 95; así como CIDH, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, pp. 88 y 313, párs. 184 y 11-12; y OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, pp. 291-292, apdo. A.

(77) Doc. N.U. A/34/583/Add.1, pp. 100-101, párs. 190-192. En el caso de Chile, nos consta la desaparición en julio de 1976 del funcionario de la CEPAL C. Soria Espinosa, de nacionalidad

Así, la Comisión de Investigación del Senado español instaba al Gobierno, en las Conclusiones de su Dictamen, para que utilizara «cuantos medios estén a su alcance, al objeto de que pueda esclarecerse, y en la medida de lo posible repararse, la suerte corrida por los españoles desaparecidos en América» (78). Conclusión que el entonces ministro de Asuntos Exteriores, Sr. Morán, asumió *in genere* en nombre del Gobierno con ocasión del Debate sobre el Dictamen, pero sin aclarar nada sobre cómo iba a instrumentarse (79). Es cierto que la Embajada de España en Buenos Aires ha llevado a cabo cierta labor de protección en favor de los desaparecidos españoles: por cada desaparecido se remitió la consiguiente nota verbal a las autoridades argentinas, reiterándose todas las gestiones realizadas hasta la fecha en noviembre de 1982, y manteniendo vivo el problema desde entonces a través de múltiples gestiones con autoridades civiles y militares y la Administración de Justicia; esto sin olvidar la labor de protección consular en materia de asistencia letrada, atención médica, localización de detenidos, visitas a los mismos, solicitud de indultos, e incluso

«(D) Localización de ciudadanos desaparecidos. En ciertos casos se pudieron evitar hechos irreparables» (80).

Ahora bien, toda esta labor no obsta para que afirmemos que, tanto en el caso de los desaparecidos españoles como de otras nacionalidades, no se ha logrado hasta ahora por las mismas más que una reparación muy limitada y eminentemente política por parte de Argentina, consistente como sabemos en el llamado *Informe Sábado* (aquí citado como *Informe de la CONADEP*) y en el juicio contra las Juntas Militares (81).

Es más, la solución general arbitrada para cerrar este odioso problema ha sido la Ley n.º 23.492, comúnmente denominada de punto final y aprobada a fines de diciembre de 1986, que preveía la extinción en sesenta días a contar desde su entrada en vigor de todas las acciones penales por los excesos de la represión que no hubieran sido denunciados o no se hu-

española, cuyo cadáver apareció días después; al parecer, el Sr. Soria había estado sometido con anterioridad a vigilancia policial: *vid.* Doc. N.U. E/CN.4/1.363, p. 25, párr. 64; y *Senado*, II Legislatura, Serie I-35, p. 635.

(78) *Senado*, II Legislatura, Serie I-35, p. 637.

(79) *Diario de Sesiones del Senado*, II Legislatura, núm. 25, pp. 1.180 *in fine*-1.181.

(80) *Vid. El País*, 16-IV-1985, pp. 9-10 (cita en p. 10).

(81) De hecho, el propio *Informe de la CONADEP* se limitaba a recomendar en esencia a su Gobierno que acelerara la remisión a los tribunales de la documentación recogida durante la investigación, que éstos agilizaran los trámites y comprobación de las denuncias, y que se dictaran «las normas necesarias para que los hijos y/o familiares de personas desaparecidas durante la represión reciban asistencia económica, becas para estudio, asistencia social, puestos de trabajo. Asimismo, que se sancionen las medidas que se estimen convenientes y que concurren a paliar los diversos problemas familiares y sociales emergentes de la desaparición de personas» (p. 477). No se hace ninguna referencia a los desaparecidos extranjeros.

biera iniciado su instrucción antes de cumplirse ese plazo, el 22 de febrero de 1987; esta Ley no amparaba en cambio la extinción de la acción penal en los casos de sustitución de estado civil y sustracción u ocultamiento de menores, así como a los declarados prófugos o en rebeldía (82). De este modo, y tras celebrarse en diciembre de 1986 el juicio contra los Jefes de Policía de la Provincia de Buenos Aires, sólo quedaban ya pendientes algunas grandes causas, especialmente una contra la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), en cuyo sumario aparecía también involucrado el teniente Astiz pero esta vez como uno más de los jefes y oficiales acusados de excesos en la lucha contra la subversión, sin que se particularice su caso por razón de la nacionalidad de las víctimas (83). Al margen, claro está, de las demandas judiciales particulares contra jefes y oficiales que sumaban al parecer más de quinientas, lo que elevó imprevistamente el número posible de procesamiento de militares que la Ley recién citada pretendía evitar; según todos los indicios ésta fue la causa de los brotes de rebelión militar de la segunda quincena de abril de 1987 mal apaciguados, cuyo objetivo principal era obtener la aprobación de una nueva Ley —llamada de obediencia debida— que en la práctica funcionara como una amnistía (84). Respecto de Chile cabe decir aún menos, a causa del mantenimiento de la dictadura militar.

Llegados aquí, comprobamos que en la práctica analizada la superación meramente formal de la tensión entre los principios de *standard* mínimo e igualdad de trato mediante la creación de un *standard* único de trato universalmente aceptado, permite por ejemplo el avance elogiable de soslayar en alguna medida la regla de la doble nacionalidad a la hora de proteger a descendientes de españoles, franceses o italianos (85), o también evitar el principio de no injerencia y la excepción de la jurisdicción interna a la hora de proteger a los propios nacionales argentinos o chilenos (86).

(82) Vid. *El País*, 24-XII-1986, p. 8; 25 y 26-XII-86, p. 2; 22-II-1987, p. 2, y p. 4 del Suplemento Domingo.

(83) *Id.*, 26-II-1987, p. 8; 27-II-87, p. 8; y 2-III-87, p. 7.

(84) *Id.*, 20-IV-1987, p. 2; 22-IV-87, pp. 1 y ss; 23-IV-87, pp. 2-3; 14-V-87, p. 5; 17-V-87, pp. 1 y 3; 18-V-87, p. 3; 24-V-87, p. 5 (Suplemento Domingo); 30-V-87, p. 4; 31-V-87, p. 2; 6-VI-87, p. 2; 24-VI-87, p. 2, y 25-VI-87, p. 5.

(85) El Subsecretario italiano de Asuntos Exteriores justificaba ante la Comisión correspondiente de la Cámara la protección diplomática ejercida en favor de los presos políticos con doble nacionalidad en Uruguay mediante las siguientes consideraciones: «Our intervention is extended to those persons whose Italian ascendancy is to be found in the preceding generations, on the ground that the respect and defence of human rights transcend the norms of international law, according to which protection can be exercised by a State only in favour of persons holding its own citizenship»: vid. «Italian Practice», en *Italian Yearbook*, vol. 5 (1980-81), p. 320. Cf. también «Pratique française», en *A.F.D.I.*, vol. XXIII (1977), p. 1.068 *in fine*, y vol. XXIV (1978), p. 1.119.

(86) Tal como ocurrió de forma masiva en Chile inmediatamente después del golpe militar: vid. «Pratique française», en *A.F.D.I.*, vol. XX (1974), pp. 1.033-1.035. Y de forma cotidiana en los países iberoamericanos afectados por estos problemas: *Ibid.*, vol. XXIV (1978), pp. 1.120 y

Pero a cambio de que ese *standard* único igualitario, beneficioso también por la uniformidad que brinda al Derecho sustantivo (87), diluya inevitablemente la protección específica que el ordenamiento internacional ha brindado tradicionalmente a los extranjeros en el seno de una estructura relacional, mediante la absorción de los contenidos sustantivos del Derecho de extranjería clásico en el marco general de la protección contemporánea de los Derechos Humanos sin distinción de nacionalidad. Con malos resultados prácticos para los derechos de los extranjeros, según se ve. Porque el ordenamiento internacional carece hoy día de la estructura institucional necesaria para hacer posible la aplicación de estos avances normativos de carácter comunitario, en claro perjuicio de los legítimos derechos de los particulares nacionales y extranjeros que siguen siendo administrados directa y discrecionalmente por los Estados (88).

No nos resistimos a recoger textualmente la respuesta dada por el ministro de Asuntos Exteriores francés a una interpelación parlamentaria que inquiría sobre un contrato aeronáutico celebrado con Argentina en 1979, porque refleja fielmente el estado de opinión y práctica imperantes al respecto:

1.149-1.150; así lo expresaba el ministro francés de Asuntos Exteriores en 1978: «L'Argentine souffre, depuis plusieurs années, d'un climat de violence. Le Gouvernement français ne cesse de rappeler, avec la plus grande fermeté, les autorités de ce pays à leurs engagements internationaux en matière de droits de l'homme de même qu'il intervient, selon les formes appropriées, lorsque des ressortissants français sont en cause» (p. 1.150). *Vid.* en este sentido ZOUREK, J., «Le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales constitue-t-il une affaire interne de l'Etat?», en *Homenaje al Profesor Miaja de la Muela, op. cit.*, t. I, 603-625, pp. 616 y ss. y 624; y GIULIANO, M., «Il diritto dei cileni a vivere nella loro patria e il diritto internazionale», en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional...*, *op. cit.*, vol. I, 521-525; p. 524.

(87) Uniformidad que alcanza incluso a la reparación, ya que por ejemplo el Comité de Derechos Humanos suele establecer recomendaciones similares en los Casos que hemos visto *supra* de personas afectadas por la violación del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que son nacionales del Estado Parte al que concierne la Decisión correspondiente; a saber, la puesta en libertad y en su caso permiso para abandonar el país en favor de los afectados, el pago de una compensación por los daños sufridos, el ofrecimiento de seguridades de que no se producirán actos similares en el futuro, y hasta la persecución judicial de los responsables en los casos más graves: *vid. H.R.L.J.*, vol. 2 (1981), pp. 149 y 158, párs. 12 y 14; y vol. 4 (1983), p. 204, pár. 16. No puede darse mayor similitud con la reparación tradicionalmente exigida por hechos semejantes padecidos por cualquier extranjero.

(88) *Cf.* NIGOU, Cl., y TORRELLI, M., *Les mystifications du nouvel ordre international*, París, 1984, pp. 36-39. Así se aprecia cuando se observan las graves disfunciones que la política de bloques y los intereses económicos ocasionan en la aplicación del *standard* único de trato, y que conducen a comportamientos claramente discriminatorios en el control de su aplicación así como en las críticas y sanciones arbitradas por violaciones del mismo. El Gobierno norteamericano critica las violaciones de los derechos humanos del actual régimen iraní pero no hizo lo mismo con las violaciones cometidas en tiempos del Sha. La Unión Soviética prescindió de cualquier consideración jurídico internacional en sus boyantes relaciones comerciales con la Junta Militar argentina. Y en fin, la deuda exterior de Chile y Argentina se incrementó espectacularmente desde el acceso al poder de los militares: *cf.* para estas reflexiones KAUFMAN y FAGEN, *loc. cit.*, pp. 98-99.

«Les efforts déployés para le Gouvernement français en faveur de nos compatriotes détenus ou disparus en Argentine et d'une manière générale pour parvenir à un meilleur respect des droits de l'homme dans ce pays, sont connus et ont d'ores et déjà permis d'obtenir certains résultats. Le Gouvernement entend poursuivre ces efforts avec ténacité et ne considère pas que ceux-ci sont susceptibles d'être compromis par la poursuite d'une coopération aéronautique avec l'Argentine qui remonte à 1922. C'est à ce titre qu'a été signé le contrat auquel se réfère l'honorable parlementaire. Pour autoriser la signature d'un tel contrat, le Gouvernement français n'a pas manqué de prendre en considération la situation de l'emploi dans notre pays, l'existence d'offres concurrentes, ainsi que le fait que l'Argentine constitue pour la France, comme pour les autres pays industrialisés, une source d'approvisionnement et un marché d'exportation importants» (89).

Por otra parte, las instituciones jurídico internacionales de protección de los derechos humanos se habían fundado al principio en el presupuesto de la existencia de una sociedad democrática y un Estado de derecho, configurándose sólo como una «segunda instancia» correctora de supuestos individualizados y excepcionales de violación de los derechos y libertades fundamentales, siempre en el contexto de un respeto generalizado de los mismos por parte de las instituciones de un Estado democrático de derecho. Sin embargo, es frecuente asistir contemporáneamente «a situaciones de violación de los derechos humanos que escapan por completo a las coordenadas antedichas y evidencian un claro desajuste entre las formas y dimensiones de violación de los derechos humanos y los mecanismos internacionales previstos para su protección. Se trata de las situaciones que en terminología de las Naciones Unidas “revelan un cuadro persistente de violaciones manifiesta y fehacientemente probadas de los derechos humanos y las libertades fundamentales” o de “violaciones masivas y patentes de los derechos humanos”», donde cualquier referencia a las garantías jurídicas internas no es ya fiable y los mecanismos internacionales previstos para una protección subsidiaria y excepcional tampoco funcionan (90).

Este evidente desajuste ha forzado a las instituciones internacionales a inclinarse decididamente por ciertos métodos para la aplicación de los

(89) «Pratique française», en *A.F.D.I.*, vol. XXV (1979), p. 961 (cita), y vol. XXIV (1978), pp. 1.121 *in fine*-1.122. *Vid.* también en idéntico sentido, pero en un contexto general, el análisis que ofrece FALK (*op. cit.*, pp. 20-27) de la gestación y salvaguarda del interés nacional en la política exterior norteamericana sobre Derechos Humanos.

(90) ABELLAN HONRUBIA, *loc. cit.*, pp. 34-35 (cita en p. 35). *Vid.* otra vez FALK, *op. cit.*, pp. 177-178, y VAN BOVEN, Th. C., «Protection of Human Rights through the United Nations System», en HANNUM, H. (Ed.), *Guide to International Human Rights Practice*, University of Pennsylvania Press, 1984, Cap. 3, 46-56, p. 55.

derechos humanos, en perjuicio de los modos de arreglo jurídicos y en favor de los modos de arreglo menos formales. Las medidas adoptadas «tienden generalmente a reconducir la situación al ordenamiento jurídico interno de los Estados implicados, intentando incidir en la organización y funcionamiento de sus propias instituciones de mantenimiento del orden y la seguridad del Estado, y de la administración de justicia; se trata, pues, de medidas que se proyectan más como vías internacionales de promoción de los derechos humanos que como métodos para su protección internacional»; consisten esencialmente en una primera fase de elaboración de procedimientos de información, investigación y control de las violaciones de los derechos humanos que en unos casos exigen el consentimiento previo del Estado interesado y la confidencialidad y se basan en comunicaciones, y en otros casos son públicos y basados en el uso no sólo de comunicaciones sino de otras fuentes de información, sin requerir además el consentimiento previo del Estado afectado salvo para investigaciones *in loco* (91). Esa primera fase puede dar paso o al menos propiciar en algunos supuestos remedios o soluciones conciliatorias de índole política y de muy modesta eficacia o alcance práctico (92).

(91) Otra vez ABELLAN HONRUBIA, pp. 39-42 (cita en p. 42). PASTOR RIDRUEJO, J.A., «La acción de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ante las violaciones de los derechos del hombre», en *Anuario D.H.*, vol. 2 (1983), 319-330; pp. 325-330. Del mismo autor, «La función del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en el caso de El Salvador», en *Revista I.I.D.H.*, n.º 2 (1985), 5-16; pp. 10-13. MBAYE, K., «L'Organisation des Nations Unies et les Droits de l'Homme», en BARDONNET, D. (Ed.), *L'adaptation des structures et méthodes des Nations Unies* (Colloque, 1985, Académie de Droit International de La Haye-Université des Nations Unies), Dordrecht, 1986, 289-318; pp. 306-307 y 310-314. WEISSBRODT, D., «Protecting the Right to Life: International Measures against Arbitrary or Summary Killings by Governments», en RAMCHARAN (Ed.), *op. cit.*, 297-314; pp. 302-304. Y de este mismo autor, «The Three "Theme" Special Rapporteurs of the U.N. Commission on Human Rights», en *A.J.I.L.*, vol. 80 (1986), 685-699; *passim*. Y AMNESTY INTERNATIONAL, *Les assassinats politiques...*, *op. cit.*, pp. 164-166. Puede consultarse a título ejemplar el tratamiento internacional de los casos de Chile (*vid. LEBLANC, op. cit.*, pp. 161 *in fine*-163, y SHELTON, D., «Utilization of Fact-Finding Missions to Promote and Protect Human Rights: the Chile Case», en *H.R.L.J.*, vol. 2 (1981), 1-36, pp. 25-34) y Argentina (*vid. Informe de la CONADEP*, pp. 430-431), y en particular la valoración general del papel desempeñado por la O.N.U. y la O.E.A. en la defensa de los Derechos Humanos en ambos Estados hecha por AMNESTY INTERNATIONAL, *Les «disparus»...*, *op. cit.*, pp. 155-157.

Aquí atribuimos a la vía promocional una actividad marcadamente académica y política de preparación de encuestas e informes, formulación de denuncias y recomendaciones incluso legislativas, y apoyo general a la defensa y desarrollo de los Derechos Humanos; a distinguir de la vía de protección, significada por la adopción de medidas específicas tendentes a asegurar formalmente el respeto de dichos derechos.

(92) Esta es la impresión, entre otros, de ARNOLD, R., «Aliens», HENKIN, L., «Human Rights», y KUSSBACH, *loc. cit.*, en R. BERNHARDT (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8 (1985), pp. 11, 274 y 446 *in fine*-447, respectivamente; y de PASTOR RIDRUEJO, «La función del Relator Especial...», *loc. cit.*, pp. 15-16.

De manera que nos hemos limitado a trasladar las tensiones clásicas en el Derecho de extranjería y de la responsabilidad internacional a otro sector del ordenamiento, el de la protección de los Derechos Humanos, sin resolverlas, sino más bien agravándolas, al introducirlas en un marco normativo donde cada vez tiene menos sentido teórico la estructura relacional en la que se han gestado y desarrollado tradicionalmente los contenidos del Derecho de extranjería y de la responsabilidad internacional. A pesar de todo, Ermacora, aún dando prioridad acertadamente a la responsabilidad *erga omnes* del Gobierno de Chile, ha mantenido en segundo plano la presencia de responsabilidades concretas frente a otros Estados y Organizaciones Internacionales por daños causados a sus nacionales y funcionarios. Pero la pregunta inevitable es: ¿en qué condiciones el Gobierno chileno, o el argentino, podrá reparar por las víctimas extranjeras a causa de ser extranjeras, y no resarcir a sus nacionales víctimas del mismo fenómeno? ¿Es sostenible jurídicamente esta discriminación en el ordenamiento internacional contemporáneo? Hasta ahora, la práctica en países que viven situaciones de conflicto nos dice que no, que no es defendible. Y el *Caso Astiz* es buena prueba de ello (93). Lo contrario sería caer de nuevo en la tan denostada discriminación entre nacionales y extranjeros, en otros términos, la vuelta al *standard* de civilización.

Nos enfrentamos así a una esterilización real de ciertos avances normativos por falta de un progreso paralelo en otros sectores del ordenamiento internacional (sobre todo, en el campo de la Organización y Jurisdicción Internacionales) (94), que deja sin resolver e incluso empeora los problemas de protección del particular extranjero sobre todo en países que vivan una situación de conflicto, al unir prácticamente su suerte jurídica a la de los nacionales.

3. La protección de nacionales norteamericanos en El Salvador

El día 4 de diciembre de 1980 fueron violadas y asesinadas cuatro religiosas norteamericanas en el Departamento de la Paz (El Salvador), según parecía presumirse desde un principio por miembros de la Guardia Nacio-

(93) *Vid. supra* nota 53. Insistimos en que mientras la relevancia internacional alcanzada por el *Caso Astiz* abrió alguna posibilidad de resarcimiento por algunas desapariciones de extranjeros, la presencia del *standard* de trato universal paraliza cualquier reparación porque impide aislar discriminadamente ese *Caso* de otras miles de desapariciones tanto de nacionales como extranjeros.

(94) *Vid. en particular* para la situación del derecho a la vida, tema central a lo largo de este trabajo, REDELBACH, A., «Protection of the Right to Life by Law and by Other Means», y KUPER, L., «Genocide and Mass Killing: Illusion and Reality», en RAMCHARAN (Ed.), *op. cit.*, 182-220 y 114-119; pp. 191-192 y 215-216 y 119, respectivamente.

nal salvadoreña detenidos y procesados sólo unos meses después; y el día 3 de enero de 1981, eran asesinados en el Hotel Sheraton de San Salvador dos asesores laborales de nacionalidad norteamericana junto al Director del Instituto Salvadoreño de Transformación Agraria, también según todos los indicios por miembros de la Guardia Nacional (95). Dos crímenes que coincidieron temporalmente con el inicio de la Guerra Civil en El Salvador, y que aunque afectaron a colectivos diferentes (religiosos y cooperantes extranjeros) desarrollaremos juntos, tanto por estar directamente implicados en los mismos órganos del Estado salvadoreño como por la similar solución judicial arbitrada para ambos.

En el primer Asunto, a pesar de las informaciones y promesas de las autoridades salvadoreñas sobre la reactivación del proceso y próxima celebración del juicio correspondiente, éste no tuvo lugar hasta mayo de 1984, casi cuatro años después de los hechos, dictándose condena de treinta años de prisión contra cinco guardias nacionales (96). Pero sin que pueda pensarse en un esclarecimiento completo de tales hechos durante el juicio, ya que de acuerdo con informes periodísticos y de organizaciones privadas de defensa de los derechos humanos (97), e incluso oficiosos del propio Departamento de Estado norteamericano de los que ha tenido noticia este autor, el retraso en la celebración del juicio pareció deberse a la presumible implicación en los hechos e inevitable encubrimiento de algunos mandos de la Guardia Nacional, aspecto éste que no nos consta se haya siquiera planteado en todo el proceso.

En el segundo Asunto, a pesar de las consabidas presiones norteamericanas, el juicio no se ha celebrado hasta febrero de 1986, cinco años después de los hechos, mediando otra vez dudas más que razonables sobre el esclarecimiento de los mismos; ya que la justicia salvadoreña dictó y confirmó el sobreseimiento de los procedimientos seguidos con motivo de estos hechos contra un teniente y un capitán de la Guardia Nacional, continuándose contra dos números, que fueron finalmente condenados como autores del crimen en febrero de 1986. Si bien el Presidente de la República ordenó en noviembre de 1984 la separación definitiva del Ejército, sin derecho a jubilación, del teniente en cuestión (98).

Estas evidencias explican la reiterada preocupación del Representante

(95) Doc. N.U. A/36/608, pp. 23-24, párs. 65 y 68, y Doc. N.U. A/39/636, p. 20, pár. 60. Además de los *Keesing's* 1981, pp. 30.685 y 31.169, y 1982, p. 31.617.

(96) Doc. N.U. E/CN.4/1983/20, p. 45, pár. 97, y Doc. N.U. E/CN.4/1985/18, p. 26, pár. 73, y también *Keesing's* 1983, p. 32.427, y 1984, p. 33.207.

(97) WEISSBRODT, «Protecting the Right to Life...», *loc. cit.*, pp. 313-314, nota 81.

(98) De nuevo Doc. N.U. A/39/636, p. 20, pár. 60; Doc. N.U. E/CN.4/1985/18, p. 27, pár. 75, y Doc. N.U. E/CN.4/1986/22, p. 31, párs. 97-98. Además de los *Keesing's* 1983, p. 32.855, y otra vez 1984, p. 33.207, y *El País*, 15-II-1986, p. 9.

Especial de la Comisión de Derechos Humanos para El Salvador ya «por la situación general de inactividad y pasividad de la justicia penal salvadoreña ante las violaciones de los derechos humanos» (99), ya por su «lentitud anómala» (100); que permitirían a nuestro entender la aplicación en ambos Asuntos de la excepción de efectividad de la regla del agotamiento previo de los recursos internos (101), y calificar incluso como denegación de justicia el comportamiento de los tribunales salvadoreños (102).

Pues bien, a pesar de tratarse de graves acontecimientos que conmovieron en su día a la opinión pública norteamericana, de estar ya probada su comisión por órganos del Estado salvadoreño, de no constar evidencia de comportamiento alguno por parte de las religiosas o asesores que pudiera justificar sus muertes, y hasta del retraso jurídicamente inexplicable de las vistas de los juicios, la Administración norteamericana no ha presentado ninguna reclamación, limitándose a presionar con éxito tardío para que los juicios tuvieran lugar con resultados algo decepcionantes. No es aventurado achacar esta protección informal y de mediana intensidad tanto a la situación de conflicto armado no internacional que padece desde 1980 El Salvador, como a la muy estrecha alianza política y militar que la Administración norteamericana sostiene con su Gobierno por razones geoestratégicas que conciernen —según se viene entendiendo tradicionalmente en Washington— a su propio y más vital interés nacional (103).

(99) Doc. N.U. E/CN.4/1985/18, p. 25, párr. 70. Cf. también p. 31, párr. 90.

(100) Doc. N.U. E/CN.4/1986/22, p. 31, párr. 100. Cf. en concreto para la inactividad y extraordinaria lentitud de la justicia salvadoreña en procedimientos penales por actos de torturas, Doc. N.U. E/CN.4/1986/15, p. 31, párr. 101.

(101) Vid. Informe del Ponente AGO en *Anuario C.D.I.*, 1977-II (1.^a parte), pp. 45-46, párrs. 109-110, donde analiza la excepción de efectividad en una perspectiva «negativa». Por la doctrina, sin ánimo exhaustivo porque la literatura es muy abundante pero coincidente, BORCHARD, *op. cit.*, pp. 821 y ss.; EAGLETON, *op. cit.*, pp. 119-120; GARCIA AMADOR, *Principios de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 339, y JIMENEZ DE ARECHAGA, E., «Responsabilidad internacional», en SORENSEN, M. (Ed.), *Manual de Derecho Internacional Público*, México, 1973, trad. a cargo de la Dotación Carnegie, Cap. 9, 506-568, pp. 556-558; con la jurisprudencia que se acompaña, y por citar en particular testimonios americanos. Podrían añadirse en idéntico sentido las obras y opiniones de AMERASINGHE, CHAPPEZ, FREEMAN y GAJA. Pero baste citar por ser de las más recientes las monografías de RUILOBA SANTANA, E., *El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo*, Univ. de Valencia, 1978, pp. 269-270, y CANÇADO TRINDADE, A.A., *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, 1983, pp. 110-112; hecha la salvedad de que mejor que una excepción a la aplicación de la regla, ambos autores estiman que la ineficacia o insuficiencia de los recursos internos forma parte del estudio del contenido de la regla, y más en concreto del objeto del agotamiento.

(102) Vid. el estudio clásico de IRIZARRI y PUENTE, J., «The concept of "denial of justice" in Latin America», en *Michigan Law Review*, vol. 43 (1944), 383-406; pp. 395 y ss.

(103) Cf. FISHER, S.W., «Human Rights in El Salvador and U.S. Foreign Policy», en *Human Rights Quarterly*, vol. 4 (1982), 1-38; pp. 23 y 29-34; e *Informe de la Comisión Presidencial Bipartita de los Estados Unidos sobre Centroamérica*, Barcelona, 1984, pp. 135-137 y 171-175.

No obstante, y afin de situar estos Asuntos en su verdadero contexto, las continuas presiones norteamericanas para conseguir tardíamente la aplicación de la ley y la represión limitada de los asesinatos de sus nacionales, llevaron al Arzobispo salvadoreño Rivera y Damas a observar ya en 1983 que «curiously in the cases of North American citizens elements belonging to the security forces have been detained, while in the cases of thousands of assassinated Salvadoreans very rarely has justice been done» (104). En un sentido similar, el Representante Especial tampoco ocultaba en sus últimos informes la «desazón por el hecho de que no haya recibido información sobre procedimientos judiciales que debieran haberse instruido por muchísimos otros casos graves de violaciones de los derechos humanos en que han sido víctimas simples ciudadanos salvadoreños. El Representante Especial entiende que es ésta una materia en que no deberían singularizarse los casos sea cual fuere la presión internacional que se ejerza sobre algunos de ellos. Desde el punto de vista de los derechos humanos, todos los casos deben merecer de la justicia el mismo interés e idéntico tratamiento» (105).

Hay sin duda en estas manifestaciones autorizadas una reivindicación del principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, cuya aceptación general por la Sociedad Internacional ha sido posible gracias precisamente al desarrollo contemporáneo de los Derechos Humanos. Lo que muestra claramente que, para los salvadoreños, la protección ejercida por Estados Unidos en favor de sus nacionales es a todas luces excesiva y discriminatoria, más propia de la época en que predominaba o se imponía por las potencias civilizadas un *standard* mínimo de trato absolutamente desconocido e inaplicable fuera de sus propias fronteras. Pero por parte estadounidense, podría aducirse con razón que sus exigencias están en rigor muy por debajo de lo que hoy demanda justamente el *standard* mínimo universal de trato debido a cualquier ser humano, nacional o extranjero. En el fondo, lo que subyace es un problema político: se reprocha a Estados Unidos que no se interese y presione con igual insistencia por el esclarecimiento de violaciones que afectan exclusivamente a nacionales salvadoreños, visto el grado de influencia que posee sobre el Gobierno salvadoreño, y también la legitimación que ya otorga el ordenamiento internacional para la protección por terceros de los derechos más fundamentales de los nacionales salvadoreños.

Dicho esto, y desde una perspectiva jurídica, nos interesa subrayar otro aspecto puesto a prueba por estos precedentes, a saber, el largo trecho

(104) *Keesing's* 1983, p. 32.427.

(105) Doc. N.U. E/CN.4/1985/18, p. 26, párr. 73 (cita), y en idéntico sentido Doc. N.U. E/CN.4/1986/22, p. 31, párr. 100.

que aún debe recorrer el ordenamiento internacional para lograr que la superación meramente formal de la contradicción entre los principios de *standard* mínimo e igualdad de trato llegue a ser universalmente efectiva en cualquier tipo de situación, sea de paz o de conflicto interno.

Entretanto, el particular extranjero debe preocuparse de saber que su permanencia en un Estado que pasa por una situación de conflicto, sobre todo si su propio Estado nacional está implicado de una y otra forma en el mismo, es por principio sumamente expuesta no ya por razones políticas sino también jurídicas, y no debe esperar por lo común que se ejercite en su favor, llegado el caso, una protección diplomática en regla; aunque su conducta previa a sufrir el daño o perjuicio no se encuentre incurso en ninguna de las circunstancias modificativas de la responsabilidad que el ordenamiento internacional reconoce.

Porque, a fin de cuentas, el objetivo perseguido por la Administración norteamericana en estos dos Asuntos, al conseguir la represión muy tardía y limitada de los asesinatos de sus nacionales, ha sido ante todo político más que jurídico, demostrar sobre todo a su propia opinión pública que las autoridades salvadoreñas, a las que está ayudando masivamente desde hace años con cargo al presupuesto federal, están dedicadas a proteger los derechos humanos y son merecedoras, por tanto, de la ayuda norteamericana. Pero aún así, esta protección tibia y de carácter político (humanitaria más que diplomática) ejercida por la Administración norteamericana en favor de sus nacionales crea, a pesar de todo, un agravio comparativo entre la defensa de los derechos humanos de los nacionales salvadoreños y de los extranjeros que repugna al *standard* mínimo de trato hoy vigente por igual para unos y otros.

CONCLUSIONES

En resumen, la interacción incierta en el tipo aunque sobre todo declarativa entre el Derecho consuetudinario de la protección diplomática y de la responsabilidad internacional por un lado y el Derecho convencional en materia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario por otro, ha posibilitado entre otras cosas la superación formal de la tensión clásica entre los principios del *standard* mínimo e igualdad de trato mediante la creación de un *standard* único de trato universalmente aceptado y oponible *erga omnes*. Dicho *standard* permite, por ejemplo, el avance elogiable de brindar una beneficiosa uniformidad al Derecho sustantivo, así como soslayar en alguna medida la regla de la doble nacionalidad, el principio de no injerencia y la excepción de la jurisdicción interna a la hora de proteger por igual los derechos humanos más fundamentales de nacionales y extranjeros.

No obstante, ya en el plano de la aplicación de las normas, si entendemos la protección diplomática en su sentido formal y estricto, apenas hay ejemplos en los que los Estados asuman la defensa, como si se tratara de sus propios nacionales, de los derechos de los extranjeros que hayan sufrido en sus personas la violación del *standard* por parte de otro Estado inclusive el Estado de su nacionalidad. Y cuando se ha dado algún tipo de protección, ésta no ha poseído en rigor una naturaleza jurídica y reparadora, que comprenda tanto la restitución de la legalidad o cese de la situación ilícita como la compensación del perjuicio, sino más bien política y muy laxa, en todo caso restitutoria pero nunca compensatoria, en suma una protección simplemente humanitaria. Sería muy difícil que ocurriera de otra forma vista la contradicción, aún no resuelta, entre un Derecho de la responsabilidad internacional estatalista, ceñido al principio de la soberanía del Estado y a la condición clásica de la nacionalidad de la reclamación, y un desarrollo sustantivo de los Derechos Humanos que tiende precisamente a su defensa indiscriminada prescindiendo de la nacionalidad del particular a proteger.

Es más, también entendemos que la protección específica que el ordenamiento clásico ha sabido proporcionar a los extranjeros ha perdido eficacia en los últimos tiempos a causa, entre otras cosas, de la integración de los contenidos sustantivos tradicionales del Derecho de extranjería en el marco general de la protección contemporánea de los Derechos Humanos sin distinción de nacionalidad, al unir ya sin remisión la suerte jurídica de los extranjeros a la de los nacionales especialmente en países que padecen conflictos internos, por desgracia hoy tan frecuentes. En efecto, los problemas delicados que plantea la aplicación o eficacia del *standard* mínimo internacional de trato en favor de nacionales y extranjeros por igual han alcanzado un estado crítico y realmente preocupante para la estabilidad normativa del Derecho de extranjería y de la responsabilidad internacional con ocasión de ciertos fenómenos como el de las personas desaparecidas, o el de la general ausencia de una protección diplomática estricta y formal en favor de los extranjeros en Estados que sufren conflictos internos. Ya que dichos fenómenos permiten demostrar cómo se está cuestionando en particular la credibilidad de la propia institución de la protección diplomática ejercida por los Estados en favor exclusivamente de sus nacionales.

De modo y manera que a pesar del relevante desarrollo sustantivo de los Derechos Humanos habido últimamente en el ordenamiento internacional, apenas se aprecia su eficacia o penetración real en otros campos tan significativos dentro del sector de aplicación de las normas internacionales como el Derecho de la protección diplomática y —por ende— de la responsabilidad internacional. En otros términos, y pensando siempre en un plano universal, no apreciamos una mejora real de la eficacia o protec-

ción efectiva de los derechos y libertades más fundamentales del individuo en el ordenamiento internacional contemporáneo, a consecuencia quizás de las situaciones de crisis o conflicto que embargan a buen número de sus sujetos.