

## VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Voto a favor de la adopción, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la presente Sentencia, de trascendencia histórica, sobre el fondo en el caso *Barrios Altos*, a partir del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado peruano. Tal como observó la Corte (párr. 40), dicho reconocimiento constituyó una contribución positiva por el Estado demandado a la evolución de la aplicación de la normativa de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los alegatos, tanto del Estado peruano como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, desarrollados en la memorable audiencia pública realizada el día de hoy, 14 de marzo de 2001, en la sede del Tribunal, abrieron una nueva perspectiva en la experiencia de la Corte en casos de allanamiento<sup>1</sup> por parte del demandado<sup>2</sup>.

2. En razón de la alta relevancia de las cuestiones jurídicas tratadas en la presente Sentencia, me veo en la obligación de dejar constancia, bajo la presión siempre despiadada del tiempo, de mis reflexiones personales al respecto. La Corte, en cualesquiera circunstancias, e inclusive en casos de allanamiento, a partir del reconocimiento por parte del Estado demandado de su responsabilidad internacional por los hechos violatorios de los derechos protegidos, tiene plena facultad para determinar *motu proprio* las consecuencias jurídicas de dichos hechos lesivos, sin que dicha determinación esté condicionada por los términos del allanamiento. La Corte está, procediendo de ese modo, haciendo uso de los *poderes inherentes* a su función judicial<sup>3</sup>. Tal como siempre he sostenido en el seno del Tribunal, en cualesquiera circunstancias *la Corte es maestra de su jurisdicción*<sup>4</sup>.

3. En el presente caso *Barrios Altos*, haciendo uso libre y pleno, como le corresponde, de los poderes inherentes a su función judicial, la Corte, por primera vez en un caso de allanamiento, además de haber admitido el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado demandado, también ha establecido las consecuencias jurídicas de dicho allanamiento, tal como se desprende de los categóricos párrafos 41 y 43 de la presente Sentencia, que disponen de modo inequívoco el entendimiento de la Corte en el sentido de que

- "(...) Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las

---

<sup>1</sup>. Artículo 52(2) del Reglamento vigente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>2</sup>. Cf., anteriormente, los casos *Aloeboetoe* (1991), Serie C, n. 11; *El Amparo* (1995), Serie C, n. 19; *Garrido y Baigorria* (1996), Serie C, n. 26; *Benavides Cevallos* (1998), Serie C, n. 38; *Caracazo* (1999), Serie C, n. 58; y *Trujillo Oroza* (2000), Serie C, n. 64.

<sup>3</sup>. Cf., en ese sentido, mi Voto Disidente en el caso *Genie Lacayo* (Revisión de Sentencia, Resolución del 13.09.1997), Serie C, n. 45, párr. 7.

<sup>4</sup>. Cf., v.g., mi Voto Concurrente en la Opinión Consultiva n. 15, sobre los *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (1997), Serie A, n. 15, párrs. 5-7, 9 y 37; mi Voto Concurrente en la Resolución sobre Medidas Provisionales de Protección en el caso *James y Otros*, del 11.05.1999, párrs. 6-8, in Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Compendio de Medidas Provisionales* (Julio 1996/Junio 2000), Serie E, n. 2, pp. 341-342.

ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

(...) A la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1(1) y 2, todos de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones de derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente"<sup>5</sup>.

4. Estas ponderaciones de la Corte Interamericana constituyen un nuevo y gran salto cualitativo en su jurisprudencia, en el sentido de buscar superar un obstáculo que los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos todavía no han logrado transponer: la impunidad, con la consecuente erosión de la confianza de la población en las instituciones públicas<sup>6</sup>. Además, atienden a un clamor que en nuestros días es verdaderamente universal. Recuérdese, al respecto, que el principal documento adoptado por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993) exhortó a los Estados a "derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, (...) y sancionar esas violaciones (...) "<sup>7</sup>.

5. Las llamadas autoamnistías son, en suma, una afrenta inadmisibles al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia)<sup>8</sup>. Son ellas manifiestamente incompatibles con las obligaciones generales - indisociables - de los Estados Partes en la Convención Americana de respetar y garantizar los derechos humanos por ella protegidos, asegurando el libre y pleno ejercicio de los mismos (en los términos del artículo 1(1) de la Convención), así como de adecuar su derecho interno a la normativa internacional de protección (en los términos del artículo 2 de la Convención).

<sup>5</sup>. Y la Corte agrega, en el párrafo 44 de la presente Sentencia: - "Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos (...) ni para la identificación y el castigo de los responsables (...)".

<sup>6</sup>. Cf. las críticas a las "amnistías ignoradas" en el pasado, in R.E. Norris, "Leyes de Impunidad y los Derechos Humanos en las Américas: Una Respuesta Legal", 15 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1992) pp. 62-65.

<sup>7</sup>. Naciones Unidas, Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), parte II, párr. 60.

<sup>8</sup>. Cf. el Voto Razonado Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, en el caso *Loayza Tamayo* (Reparaciones, Sentencia del 27.11.1998), Serie C, n. 42, párrs. 2-4; y cf. L. Joinet (*rappporteur*), *La Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos) - Informe Final*, ONU/Comisión de Derechos Humanos, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20, de 26.06.1997, pp. 1-34.

Además, afectan los derechos protegidos por la Convención, en particular los derechos a las garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25).

6. Hay que tener presente, en relación con las leyes de autoamnistía, que su *legalidad en el plano del derecho interno*, al conllevar a la impunidad y la injusticia, encuéntrase en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acarreado violaciones *de jure* de los derechos de la persona humana. El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, *no lo son* en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

7. Esta misma Corte observó, en una Opinión Consultiva de 1986, que la palabra "leyes" en los términos del artículo 30 de la Convención Americana significa norma jurídica de *carácter general, ceñida al bien común*, elaborada según el procedimiento constitucionalmente establecido, por órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos<sup>9</sup>. ¿Quién se atrevería a insinuar que una "ley" de autoamnistía satisface a todos estos requisitos? No veo cómo negar que "leyes" de este tipo carecen de carácter general, por cuanto son medidas de excepción. Y ciertamente en nada contribuyen al bien común, sino todo lo contrario: configúranse como meros subterfugios para encubrir violaciones graves de los derechos humanos, impedir el conocimiento de la verdad (por más penosa que sea ésta) y obstaculizar el propio acceso a la justicia por parte de los victimados. En suma, no satisfacen los requisitos de "leyes" en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

8. En mi Voto Disidente en el caso *El Amparo* (Interpretación de Sentencia, 1997)<sup>10</sup>, sostuve la tesis de que un Estado puede tener su responsabilidad internacional comprometida "por la simple aprobación y promulgación de una ley en desarmonía con sus obligaciones convencionales internacionales de protección" (párrs. 22-23), - como lo son, en el presente caso *Barrios Altos*, las llamadas leyes de autoamnistía. Mientras dichas leyes permanecen en vigor, confórmase una *situación continuada* de violación de las normas pertinentes de los tratados de derechos humanos que vinculan el Estado en cuestión (en el presente caso, los artículos 8 y 25, en concordancia con los artículos 1(1) y 2 de la Convención).

9. Tal como me permití insistir en mi reciente Voto Concurrente en el caso "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y Otros*) (2001)<sup>11</sup>, hay toda una jurisprudencia internacional secular que se orienta claramente en el sentido de que

<sup>9</sup>. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), Opinión Consultiva sobre *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1986), Serie A, n. 6. La Corte observó con acierto que la palabra "leyes" en el contexto de un régimen de protección de los derechos humanos "no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen", por cuanto "en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de restricción al ejercicio del poder estatal" (párr. 21).

<sup>10</sup>. CtIADH, Resolución de 16.04.1997, Serie C, n. 46.

<sup>11</sup>. CtIADH, Sentencia del 05.02.2001, Serie C, n. 73.

"el origen de la responsabilidad internacional del Estado puede residir en cualquier acto u omisión de cualesquiera de los poderes o agentes del Estado (sea del Ejecutivo, o del Legislativo, o del Judicial)" (párr. 16). Y destaqué, en seguida, en conformidad con un principio general del derecho de la responsabilidad internacional,

- "(...) La independencia de la caracterización de determinado acto (u omisión) como ilícito en el derecho internacional de la caracterización - similar o no - de tal acto por el derecho interno del Estado. El hecho de que una determinada conducta estatal se conforma con las disposiciones de derecho interno, o inclusive es por este último requerida, no significa que se pueda negar su carácter internacionalmente ilícito, siempre y cuando constituya una violación de una obligación internacional (...)" (párr. 21).

Y tanto en mi referido Voto Concurrente en el caso "*La Última Tentación de Cristo*" (Fondo, 2001, párrs. 96-98), como en mi anterior Voto Disidente en el caso *Caballero Delgado y Santana* (Reparaciones, 1997, párrs. 13-14 y 20)<sup>12</sup>, insistí en que las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno requeridas para armonizarlo con la normativa de protección de la Convención Americana constituyen una forma de reparación no-pecuniaria bajo la Convención.

10. Hay otro punto que me parece aún más grave en relación con la figura degenerada - un atentado en contra el propio Estado de Derecho - de las llamadas leyes de autoamnistía. Como los hechos del presente caso *Barrios Altos* lo revelan - al llevar la Corte a declarar, en los términos del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado demandado, las violaciones de los derechos a la vida<sup>13</sup> y a la integridad personal<sup>14</sup>, - dichas leyes afectan derechos inderogables - el *minimum* universalmente reconocido, - que recaen en el ámbito del *jus cogens*.

11. Siendo así, las leyes de autoamnistía, además de ser manifiestamente incompatibles con la Convención Americana, y desprovistas, en consecuencia, de efectos jurídicos, *no tienen validez jurídica alguna* a la luz de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Son más bien la fuente (*fons et origo*) de un acto ilícito internacional: a partir de su propia adopción (*tempus commissi delicti*), e independientemente de su aplicación posterior, comprometen la responsabilidad internacional del Estado. Su vigencia crea *per se* una situación que afecta de forma continuada derechos inderogables, que pertenecen, como ya lo he señalado, al dominio del *jus cogens*. Configurada, por la expedición de dichas leyes, la responsabilidad internacional del Estado, encuéntrase éste bajo el deber de hacer cesar tal situación violatoria de los derechos fundamentales de la persona humana (con la pronta derogación de aquellas leyes), así como, en su caso, de reparar las consecuencias de la situación lesiva creada.

12. Por fin, - en este brevísimo par de horas de que dispuse para escribir mi presente Voto Concurrente y presentarlo a la Corte, - me permito agregar una última reflexión. En este inicio del siglo XXI, no veo sentido alguno en intentar contraponer antagónicamente la responsabilidad internacional del Estado a la responsabilidad penal individual. Los desarrollos, en relación a una y a otra, hoy se dan, a mi modo de ver, *pari passu*. Los Estados (y cualquier otra forma de organización político-

<sup>12</sup>. CtIADH, Sentencia de 29.01.1997, Serie C, n. 31.

<sup>13</sup>. Artículo 4 de la Convención Americana.

<sup>14</sup>. Artículo 5 de la Convención Americana.

social) son compuestos de individuos, gobernados y gobernantes, siendo estos últimos los que toman decisiones en nombre del respectivo Estado.

13. La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos internacionalmente consagrados, - incluidas las configuradas mediante la expedición y aplicación de leyes de autoamnistía, - y la responsabilidad penal individual de agentes perpetradores de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, son dos faces de la misma medalla, en la lucha contra las atrocidades, la impunidad y la injusticia. Fue necesario esperar muchos años para poder llegar a esta constatación, la cual, si hoy es posible, también se debe, - me permito insistir en un punto que me es muy caro, - al *despertar de la conciencia jurídica universal*, como *fuerza material par excellence* del propio Derecho Internacional.

14. Tal como me permití señalar al respecto en mi Voto Concurrente en la Opinión Consultiva de la Corte sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999)<sup>15</sup>,

- "(...) Las propias emergencia y consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se deben a la reacción de la *conciencia jurídica universal* ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección.

(...) Con la desmistificación de los postulados del positivismo voluntarista, se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del derecho internacional general en la *conciencia jurídica universal*, a partir de la aserción de la idea de una justicia objetiva. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los derechos del ser humano, emanados directamente del derecho internacional, y no sometidos, por lo tanto, a las vicisitudes del derecho interno" (párrs. 4 y 14)<sup>16</sup>.

15. Más recientemente, en mi Voto Razonado en el caso *Bámaca Velásquez*<sup>17</sup>, me permití insistir en el punto; al reiterar que los avances en el campo de la protección internacional de

los derechos de la persona humana se deben a la *conciencia jurídica universal* (párr. 28), expresé mi entendimiento en el sentido de que

- "(...) en el campo de la ciencia del derecho, no veo cómo dejar de afirmar la existencia de una *conciencia jurídica universal* (correspondiente a la *opinio juris comunis*), que constituye, en mi entender, la *fuerza material por excelencia* (más allá de las fuentes formales) de todo el derecho de gentes, responsable por los avances del género humano no sólo en el plano jurídico sino también en el espiritual" (párr. 16).

<sup>15</sup>. CtIADH, Opinión Consultiva del 01.10.1999, Serie A, n. 16.

<sup>16</sup>. El mismo punto lo reiteré en mi Voto Concurrente en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana* (Medidas Provisionales de Protección, Resolución del 18.08.2000, párr. 12).

<sup>17</sup>. CtIADH, Sentencia sobre el Fondo, del 25.11.2000.

16. En mi entender, tanto la jurisprudencia internacional, como la práctica de los Estados y organismos internacionales, y la doctrina jurídica más lúcida, proveen elementos de los cuales se desprende *el despertar de una conciencia jurídica universal*. Esto nos permite reconstruir, en este inicio del siglo XXI, el propio Derecho Internacional, con base en un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino más bien antropocéntrico, situando al ser humano en posición central y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad como un todo. Así, en cuanto a la *jurisprudencia internacional*, el ejemplo más inmediato reside en la jurisprudencia de los dos tribunales internacionales de derechos humanos hoy existentes, las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos<sup>18</sup>. A ella se puede agregar la jurisprudencia emergente de los dos Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, para la ex-Yugoslavia y Ruanda. Y la propia jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia contiene elementos desarrollados a partir, v.g., de consideraciones básicas de humanidad<sup>19</sup>.

17. En cuanto a la *práctica internacional*<sup>20</sup>, la idea de una conciencia jurídica universal ha marcado presencia en muchos debates de las Naciones Unidas (sobre todo de la Sexta Comisión de la Asamblea General), en los trabajos de las Conferencias de codificación del Derecho Internacional (el llamado "derecho de Viena") y los respectivos *travaux préparatoires* de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas; más recientemente, ha ocupado un espacio importante en el ciclo de Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de los noventa<sup>21</sup>.

18. En cuanto a la *doctrina* más lúcida, cabe recordar que, dos décadas antes de la adopción en 1948 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ya en 1929, en los memorables debates del *Institut de Droit International* (sesión de Nueva York), - casi olvidados en nuestros días, - se ponderó, por ejemplo, que

- "(...) Dans la conscience du monde moderne, la souveraineté de tous les États doit être limitée par le but commun de l'humanité. (...) L'État dans le monde n'est qu'un moyen en vue d'une fin, la perfection de l'humanité (...). La protection des droits de l'homme est le *devoir de tout État* envers la communauté internationale. (...)"<sup>22</sup>.

<sup>18</sup>. El primer Protocolo (de 1998) a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone sobre la creación, - cuando entre en vigor el Protocolo de Burkina Faso, - de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la cual todavía no ha sido establecida.

<sup>19</sup>. Cf., v.g., A.A. Cançado Trindade, "La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles / The Case-Law of the International Court of Justice on Non-Derogable Rights", *Droits intangibles et états d'exception / Non-Derogable Rights and States of Emergency* (eds. D. Prémont, C. Stenersen y I. Oseredczuk), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 73-89.

<sup>20</sup>. Entendida ésta ya no más como la simple "práctica de los Estados", inspirada por sus llamados "intereses vitales", como en las sistematizaciones del pasado, sino más bien la práctica de los Estados y organismos internacionales en búsqueda de la realización de fines comunes y superiores.

<sup>21</sup>. A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal", in A.A. Cançado Trindade y J. Ruiz de Santiago, *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, pp. 66-67.

<sup>22</sup>. *Ibid.*, pp. 112 y 117.

Al final de los referidos debates, el *Institut* (22a. Comisión) adoptó una resolución conteniendo una "Déclaration des droits internationaux de l'homme", cuyo primer *considerandum* afirmó con énfasis que "la conscience juridique du monde civilisé exige la reconnaissance à l'individu de droits soustraits à toute atteinte de la part de l'État"<sup>23</sup>.

19. En la síntesis de su pensamiento filosófico sobre los límites del poder estatal, escrita en el período de 1939-1945 (en plena agonía de lo que se creía ser la "civilización"), Jacques Maritain tomó como punto de partida la existencia de la persona humana, que tiene su raíz en el espíritu, sosteniendo que sólo hay un verdadero progreso de la humanidad cuando marcha en el sentido de la emancipación humana<sup>24</sup>. Al afirmar que "la persona humana trasciende el Estado", por tener "un destino superior al tiempo", Maritain agregó que

- "(...) El Estado no tiene autoridad para obligarme a reformar el juicio de mi conciencia, como tampoco tiene el poder de imponer a los espíritus su criterio sobre el bien y el mal (...). Por eso, cada vez que sale de sus límites naturales para penetrar, en nombre de las reivindicaciones totalitarias, en el santuario de la conciencia, se esfuerza en violar a ésta por medios monstruosos de envenenamiento psicológico, de mentira organizada y de terror. (...)"<sup>25</sup>.

20. Transcurridas más de cuatro décadas, al final de los años ochenta, Giuseppe Spertuti no vaciló en afirmar, en contundente crítica al positivismo jurídico, que

- "(...) la doctrine positiviste n'a pas été en mesure d'élaborer une conception du droit international aboutissant à l'existence d'un véritable ordre juridique (...). Il faut voir la conscience commune des peuples, ou conscience universelle, la source des normes suprêmes du droit international"<sup>26</sup>.

21. Referencias del género, susceptibles hoy día ciertamente de un desarrollo conceptual más amplio y profundizado, no se limitan al plano doctrinal; figuran igualmente en *tratados internacionales*. La Convención contra el Genocidio de 1948, v.g., se refiere, en su preámbulo, al "espíritu" de las Naciones Unidas. Transcurrido medio siglo, el preámbulo del Estatuto de Roma de 1998 del Tribunal Penal Internacional tiene presente que, a lo largo del siglo XX,

- "(...) millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad" (segundo *considerandum*).

Y, a nivel regional, el preámbulo de la Convención Interamericana de 1994 sobre la Desaparición Forzada de Personas, para citar otro ejemplo, se refiere a la "conciencia del hemisferio" (tercer *considerandum*).

---

<sup>23</sup>. Cit. in *ibid.*, p. 298.

<sup>24</sup>. J. Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 1982 (reimpr.), pp. 12, 18, 38, 43, 50, 94-96 y 105-108.

<sup>25</sup>. *Ibid.*, pp. 81-82.

<sup>26</sup>. G. Spertuti, "La souveraineté, le droit international et la sauvegarde des droits de la personne", in *International Law at a Time of Perplexity - Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 884, y cf. p. 880.

22. Una cláusula de la mayor trascendencia merece destaque: la llamada *cláusula Martens*, que cuenta con más de un siglo de trayectoria histórica. Originalmente presentada por el Delegado de Rusia, Friedrich von Martens, a la I Conferencia de Paz de La Haya (1899), fue insertada en los preámbulos de la II Convención de La Haya de 1899 (párr. 9) y de la IV Convención de La Haya de 1907 (párr. 8), ambas relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Su propósito - conforme la sabia premonición del jurista y diplomático ruso - era el de extender jurídicamente la protección a las personas civiles y a los combatientes en todas las situaciones, aunque no contempladas por las normas convencionales; con este fin, la cláusula Martens invocaba "los principios del derecho de gentes" derivados de "los usos establecidos", así como "las leyes de humanidad" y "las exigencias de la conciencia pública".

23. Subsiguientemente, la cláusula Martens volvió a figurar en la disposición común, relativa a la denuncia, de las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario de 1949 (artículo 63/62/142/158), así como en el Protocolo Adicional I (de 1977) a dichas Convenciones (artículo 1(2)), - para citar algunas de las principales Convenciones de Derecho Internacional Humanitario. La cláusula Martens se ha revestido, pues, a lo largo de más de un siglo, de validez continuada, por cuanto, por más avanzada que sea la codificación de la normativa humanitaria, difícilmente podrá ser esta última considerada verdaderamente completa.

24. La cláusula Martens continúa, así, sirviendo de advertencia contra la suposición de que lo que no esté expresamente prohibido por las Convenciones de Derecho Internacional Humanitario pudiera estar permitido; todo lo contrario, la cláusula Martens sostiene la aplicabilidad continuada de los principios del derecho de gentes, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública, independientemente del surgimiento de nuevas situaciones y del desarrollo de la tecnología<sup>27</sup>. La cláusula Martens impide, pues, el *non liquet*, y ejerce un rol importante en la hermenéutica de la normativa humanitaria.

25. El hecho de que los redactores de las Convenciones de 1899, 1907 y 1949, y del Protocolo I de 1977, hayan reiteradamente afirmado los elementos de la cláusula Martens, sitúa esta última en el plano de las propias *fuentes materiales* del Derecho Internacional

Humanitario<sup>28</sup>. De ese modo, ejerce una influencia continua en la formación espontánea del contenido de nuevas reglas del Derecho Internacional Humanitario<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup>. B. Zimmermann, "Protocol I - Article 1", *Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 1949* (eds. Y. Sandoz, Ch. Swinarski y B. Zimmermann), Geneva, ICRC/Nijhoff, 1987, p. 39.

<sup>28</sup>. H. Meyrowitz, "Réflexions sur le fondement du droit de la guerre", *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. Christophe Swinarski), Genève/La Haye, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 423-424; y cf. H. Strebel, "Martens' Clause", *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), vol. 3, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., 1982, pp. 252-253.

<sup>29</sup>. F. Münch, "Le rôle du droit spontané", in *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional - Libro-Homenaje al Profesor Dr. Antonio Truyol Serra*, vol. II, Madrid, Universidad Complutense, 1986, p. 836; H. Meyrowitz, *op. cit. supra* n. (128), p. 420. Ya se ha señalado que, en *ultima ratio legis*, el Derecho Internacional Humanitario protege la propia humanidad, ante los peligros de los conflictos armados;

La doctrina jurídica contemporánea también ha caracterizado la cláusula Martens como fuente del propio derecho internacional general<sup>30</sup>; y nadie osaría hoy negar que las "leyes de humanidad" y las "exigencias de la conciencia pública" invocadas por la cláusula Martens pertenecen al dominio del *jus cogens*<sup>31</sup>. La referida cláusula, como un todo, ha sido concebida y reiteradamente afirmada, en última instancia, en beneficio de todo el género humano, manteniendo así su gran actualidad. Se puede considerarla como expresión de la *razón de la humanidad* imponiendo límites a la *razón de Estado (raison d'État)*.

26. No hay que olvidarse jamás que el Estado fue originalmente concebido para la realización del bien común. El Estado existe para el ser humano, y no *viceversa*. Ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos. Los desarrollos contemporáneos *pari passu* del derecho de la responsabilidad internacional del Estado y del derecho penal internacional apuntan efectivamente en la dirección de la preeminencia del Derecho, tanto en las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, como en las relaciones interindividuales (*Drittwirkung*). Hay que decirlo y repetirlo con firmeza, cuantas veces sea necesario: en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las llamadas "leyes" de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisibles a la conciencia jurídica de la humanidad.

Antônio Augusto Cançado Trindade  
Juez

Manuel E. Ventura Robles  
Secretario

---

Christophe Swinarski, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana*, San José de Costa Rica, IIDH, 1990, p. 20.

<sup>30</sup>. F. Münch, *op. cit. supra* n. (28), p. 836.

<sup>31</sup>. S. Miyazaki, "The Martens Clause and International Humanitarian Law", *Études et essais... en l'honneur de J. Pictet*, *op. cit. supra* n. (27), pp. 438 y 440.