

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



43

Enero-Junio 2006

REVISTA IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Segura Hermanos S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: uinformacion@iidh.ed.cr.

Índice

Presentación	7
<i>Roberto Cuéllar M.</i>	

Doctrina

Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana	13
<i>Pedro Nikken</i>	

A Universalidade dos Direitos Humanos no Mundo Muçulmano	55
<i>Hidemberg Alves da Frota</i>	

Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos	79
<i>Bernal Arias Ramírez</i>	

La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento	159
<i>Mónica Feria Tinta</i>	

Temas en derechos humanos

From Forgotten through Friction to the Future: The Evolving Relationship of the Anglophone Caribbean and the Inter-American System of Human Rights	207
<i>Auro Fraser</i>	

Censura judicial y libertad de expresión:
sistema interamericano y derecho chileno239
Felipe González Morales

La ejecución extrajudicial o el homicidio en las
legislaciones de América Latina281
Humberto Henderson

The Humanity of Urbanity: Human rights between
the streets and citizens of Latin America.
La humanidad de lo urbano:
Derechos humanos entre las calles y las ciudadanos
de América Latina.....299
Erin Koenig

La Comisión de la Verdad y Reconciliación en el Perú
y la perspectiva de género: principales logros y hallazgos.323
Julissa Mantilla Falcón

Reflexiones sobre la democratización de los partidos
políticos en Centroamérica y Panamá367
Ricardo Valverde

Protección constitucional de los derechos sexuales
y reproductivos391
Rocío Villanueva Flores

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 43 de su Revista IIDH, correspondiente al primer semestre de 2006. Incluye temas de doctrina sobre el derecho internacional de los derechos humanos, con una sección sobre temas especializados en derechos humanos, vistos desde una perspectiva interdisciplinaria.

A través de sus veinte años de publicación continua, la Revista IIDH se ha ido modificando a modo de incorporar los cambios en el ámbito del derecho internacional de derechos humanos, así como los socio-políticos y económicos. Muy al contrario de lo que ocurriera en el momento de la creación del IIDH –hace ya veinticinco años– hoy se cuenta con un sistema interamericano de protección de derechos humanos plenamente desarrollado, basado en un amplio conjunto de instrumentos jurídicos derivados de la Convención Interamericana, la jurisprudencia de la Corte y las recomendaciones de la Comisión. Hacen parte de este sistema la mayoría de los países de la región, los cuales cuentan hoy con regímenes políticos democráticos y constituciones que reconocen explícitamente los derechos humanos. Hay una creciente institucionalidad estatal en materia de defensa de los derechos y libertades de los habitantes; las organizaciones de la sociedad civil han consolidado su experiencia en el tema; y la comunidad internacional de derechos humanos ha crecido y está activa en múltiples frentes.

Podemos decir, sin embargo, que son tres los avances más importantes en el tema de los derechos humanos en las Américas en los últimos veinticinco años, y que los tres vienen acompañados de paradojas. En primer lugar, nunca antes el tema de los derechos humanos ha ocupado tan ampliamente la atención de la OEA, generando nuevas síntesis que contribuyen a fortalecer la integralidad, como la Carta Democrática Interamericana y la Carta Social de las Américas, nuevos instrumentos, nuevos mecanismos de seguimiento, innovadoras reformas en los procedimientos de la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, e importantísimos antecedentes doctrinales y nueva jurisprudencia. Paradójicamente, mientras el

trabajo de la Corte y la Comisión se multiplica y la importancia de sus funciones aumenta significativamente, no hay recursos suficientes para apoyar a los órganos de protección y cada vez hay menos oportunidades para revisar el cumplimiento de sentencias y de resoluciones.

En segundo lugar, los medios de comunicación y las tecnologías de la información han sido atraídos al servicio de las causas de los derechos humanos y la democracia. Hay más transparencia y más circulación de información en todos los temas y en todos los niveles; se difunden y conocen los debates doctrinales, los informes y relatorías, las sentencias. Los temas de derechos humanos no están ya “secuestrados” o “monopolizados”, sino que son de dominio público. Paradójicamente, la inclusión de los temas de derechos humanos y democracia en la educación es muy lenta, casi inexistente en la formación de educadores. Hay aún déficits de una perspectiva pedagógica de los derechos humanos, que haga un buen balance con la alta perspectiva política que han alcanzado.

En tercer lugar, han crecido en número, fortaleza y diversificación las organizaciones civiles que trabajan en el campo de los derechos humanos y la democracia. Más ONG especializadas, más temas de derechos humanos en ONG de otras ramas (desarrollo, ambiente, gestión social y cultural). Más contenidos de derechos humanos y democracia en las plataformas de los movimientos sociales (mujeres, indígenas, afro-descendientes, personas con discapacidades, personas que migran y otras). Hay, sin embargo, una congestión de iniciativas y articulaciones deficientes; mucha competencia por recursos financieros cada vez más escasos y presiones múltiples sobre las agendas.

Este nuevo número de la Revista IIDH refleja el interés de fomentar la discusión de los temas de relevancia para la comunidad internacional de derechos humanos, con miras a seguir encontrando formas novedosas para enfrentar los nuevos retos, apuntando a que todas y todos los actores tengan una comprensión profunda de factores históricos y de elementos nuevos en el panorama de los derechos humanos de las Américas y de éstas en el mundo globalizado.

El No. 43 de la Revista IIDH está dividido en dos partes. La sección Doctrina en esta ocasión cuenta con cuatro interesantes artículos. Abre con el artículo titulado "Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana", aporte de Pedro Nikken, ex Presidente de la Asamblea General del

IIDH y Consejero Permanente de la misma. En su texto, Nikken explora detalladamente los contenidos de la Carta Democrática, en un análisis claro y de utilidad esencial para la comprensión de las posibles aplicaciones de este instrumento a favor de un mejor orden democrático en las Américas. Le sigue un interesante trabajo de Hidemberg Alves da Frota, jurista brasileiro, quien nos invita a reflexionar sobre la eficacia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para la comunidad islámica internacional, la legitimidad de esta propuesta universal para el mundo musulmán, sus puntos de convergencia y de divergencia con la cultura islámica. El tercer aporte de esta sección es el texto del abogado costarricense Bernal Arias Ramírez, quien profundiza en el tema de las medidas provisionales y cautelares, tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales. Cierra la sección con un artículo relativo a la cambiante posición de la víctima en los veinticinco años de funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contribución de la jurista Mónica Feria, quien ha venido litigando casos ante este tribunal internacional de manera independiente.

La segunda sección de este número de la Revista IIDH está compuesta por siete trabajos que tocan una variedad de preocupaciones, algunas novedosas, otras con nuevas o más amplias perspectivas relativas a temas clásicos: desde la protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos, hasta los derechos humanos vistos desde la urbanidad.

Agradecemos a las autoras y autores por sus interesantes aportes y perspectivas, dejando abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH. Aprovechamos la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, en respaldo a la labor del IIDH.

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Doctrina

Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos

*Bernal Arias Ramírez**

Introducción

Hay una extraordinaria complejidad del Derecho internacional contemporáneo que, desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, viene experimentando un proceso de cambio. La evolución del sistema jurídico internacional durante el Siglo XX estuvo marcada por la creación de jurisdicciones internacionales de vocación permanente, universal y regional. Sin embargo, el control de legalidad de las conductas estatales ha funcionado parcialmente por el carácter facultativo de la aceptación de las jurisdicciones tanto del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), como de los otros tribunales regionales.

La concepción positivista-voluntarista clásica ha prevalecido mayoritariamente. En todo caso, la aparición del TIJ constituyó una aportación fundamental en la unidad del ordenamiento internacional. A partir del papel del TIJ se ha producido una multiplicación de las jurisdicciones internacionales. Así, han aflorado nuevos tribunales penales de carácter internacional, entre los que destaca el Tribunal Penal Internacional, cuyo estatuto se aprobó en Roma en julio de 1998; las jurisdicciones de tipo regional, como los tribunales de Estrasburgo de Derechos Humanos y de Luxemburgo de las Comunidades Europeas o el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos de San José de Costa Rica; la entrada en vigor en 1995 de un nuevo sistema de arreglo de controversias en el seno de la Organización Mundial del Comercio y la creación, en 1996, del Tribunal Internacional de Derecho del Mar. Este último supone una clara superposición con las competencias que venía ejerciendo el TIJ.

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Profesor de la Universidad de Costa Rica, Posgrado Centroamericano en Ciencias Políticas y Asesor Parlamentario de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

El ensayo que a continuación se presenta parte de la idea integradora del desarrollo que han tenido las medidas cautelares en los sistemas universales y regionales, con especial atención al marco de los instrumentos normativos del Tribunal Internacional de Justicia, el sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas¹ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como el sistema interamericano, que queda como telón de fondo, en sus diversos contrastes, a lo largo de estas líneas².

Se justifica el abordaje del apartado sobre el TIJ por ser éste el órgano judicial internacional pionero en materia de medidas provisionales con una vasta jurisprudencia en ese campo³, sentando

1 Comprende, en el ámbito de los mecanismos convencionales, el Comité de Derechos Humanos bajo el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité Contra la Tortura bajo el artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial bajo el artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

2 Este ensayo forma parte de una investigación más amplia e integral desarrollada por el autor, que abordó singularmente el tratamiento de las medidas provisionales y cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos. No obstante lo dicho, este trabajo matiza y contrasta algunas notas características y acciones desplegadas por las diversas jurisdicciones, pero por razón de espacio no fue posible, aunque nos hubiese encantado, objetivar el examen de la jurisdicción regional americana, la que queda reservada para futuras publicaciones.

3 Los dos primeros casos en que se invocó el artículo 41 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia fueron: el de la Anglo Iranian Oil Company en 1951 (Reino Unido contra Irán), ordenanza de 5 de agosto de 1951, en *CIJ Recueil* 1951, pp. 91-92 y el Caso de la Compañía Interhandel, en 1957 (Suiza contra Estados Unidos de América), ordenanza de 24 de octubre de 1957, en *CIJ Recueil* 1957, p. 107. En los últimos años el Tribunal ha tenido una jurisprudencia más prolija en casos sobre medidas cautelares, así podemos citar algunos: Caso de competencia en materia de pesquerías (Reino Unido contra Islandia y República Federal de Alemania contra Islandia), ordenanzas de 17 de agosto de 1972; Caso sobre ensayos nucleares (Australia contra Francia) (Nueva Zelanda contra Francia); Caso de procesamiento de prisioneros de guerra pakistaníes (Pakistán contra India); Caso de la plataforma continental del mar Egeo (Grecia contra Turquía), ordenanza de 11 de septiembre de 1976; Caso del Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos de América contra Irán), ordenanza de 15 de diciembre de 1979; Caso sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de ese Estado (Nicaragua contra Estados Unidos de América), ordenanza de 10 de mayo de 1984; Caso de la mediación en el diferendo fronterizo (Burkina Faso contra Mali), ordenanza de 10 de enero de 1986; Caso de acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua contra Honduras) –demanda reiterada–; Caso relativo a la sentencia arbitral de 31 de julio de 1989 (Guinea Bissau contra Senegal), ordenanza de 2 de marzo de 1990; Caso sobre el paso del Grand Belt (Finlandia contra Dinamarca), ordenanza de 29 de julio de 1990; Caso sobre el incidente aéreo de Lockerbie (Libia contra el Reino Unido) (Libia contra Estados Unidos de América), ordenanza de 14 de abril de 1992; Caso sobre la aplicación de la convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina contra Yugoslavia –Serbia

los primeros principios doctrinales y de interpretación. No interesa aquí, por no ser materia estrictamente del Derecho internacional de los Derechos Humanos, estudiar el instituto cautelar previsto en la normativa y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴, órgano que a pesar de los pocos años de estar en marcha cuenta con un importante desarrollo en medidas cautelares. Tampoco toca estudiar el recién puesto en vigor Tribunal Penal Internacional por su embrionaria fundación y por dirimirse ante él exclusivamente casos en que lo que está en juego es la responsabilidad penal individual.

Después de la advertencia, iniciamos con lo dicho por Aguiar, en su magnífico ensayo⁵, recogido en la obra conmemorativa de los quince años de instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que “las normas de referencia⁶, sujetas como están al principio de desarrollo progresivo que afecta de manera integral al régimen internacional de los derechos humanos, son extremadamente escuetas. Podría decirse que, a pesar de estar inspiradas en el Estatuto y en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, no abundan en los detalles sustantivos y adjetivos acopiados por sus normas...”.

y Montenegro–), ordenanza de 8 de abril de 1993; Caso de la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria, ordenanza de 15 de marzo de 1996; Caso relativo a la Convención de Viena sobre las relaciones consulares (Paraguay contra Estados Unidos de América), ordenanza de 5 de mayo de 1998; Caso LaGrand (Alemania contra Estados Unidos de América), ordenanza de 3 de marzo de 1999; Caso de las actividades armadas sobre el territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Uganda), ordenanza de 1 de julio de 2000; Caso relativo a la ejecución de sentencia de 11 de abril de 2000 (Congo contra Bélgica), ordenanza de medidas precautorias de 8 de diciembre de 2000.

4 Se excluye el tribunal de Luxemburgo por no ser de interés de este estudio. No obstante hay que señalar que aunque no es un órgano jurisdiccional internacional directamente relacionado con derechos fundamentales, en el entorno europeo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha venido desarrollando profusamente medidas provisionales. Su normativa en este tema parte del artículo 186 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCEE) y sus correlativos 39 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (TCECA) y 158 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA). La regulación específica cautelar se contiene en los artículos 83 al 90 del Reglamento de Procedimiento del TJCE de 19 de junio de 1991.

5 Cfr. Aguiar-Aranguren, Asdrúbal, “Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En libro conmemorativo, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte IDH, Rafael Nieto Navia Editor, San José, Costa Rica, 1994, pp. 19-37, p. 23.

6 Haciendo alusión a los artículos: 63.2 del Pacto de San José, 19. c del Estatuto de la Comisión y 29 (hoy 25) de su Reglamento. Además, el artículo 24 del Reglamento de la Corte.

Efectivamente, las normas están lacónicas aunque debidamente provisionadas. En criterio de Gros Espiell⁷, son las disposiciones americanas las que han alcanzado un mayor grado de refinamiento con respecto a las establecidas en el sistema europeo de protección de los derechos humanos. Ciertamente eso no era suficiente, pues mientras el sistema europeo contaba con un acervo importante de jurisprudencia, la Corte tuvo su primer fallo contencioso en 1987. Siguiendo esa línea de pensamiento, la práctica jurisprudencial relacionada con las medidas cautelares en la Corte IDH fue en extremo prudente y modesta, por lo menos hasta 1996.

Hay que hacer ciertas distinciones, es decir, clarificar contra quién o hacia quién comparamos las actuaciones. Si la comparación se hace entre el sistema regional de protección de los derechos humanos y el sistema jurisdiccional de solución de conflictos de La Haya, que viene aplicando medidas precautorias desde principios de siglo XX, a partir del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, diríamos que se está en franca desventaja, por la progresividad que ha tenido la figura cautelar en numerosos fallos del Tribunal Internacional de Justicia. Ahora bien, si la comparación la hacemos mirando lo actuado en esta materia por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órganos “simétricos” por lo menos *ratione materiae* de protección, evidentemente, el sistema regional americano ha alcanzado un mayor grado de efectividad, lo que no implica exquisteiz en sus procedimientos o normas cautelares.

Cançado Trindade nos indica que:

Las medidas cautelares alcanzaron el nivel internacional (en la práctica arbitral y judicial internacional), a pesar de la estructura diferente de éste, cuando comparado con el derecho interno (sic). La transposición de las medidas provisionales del orden jurídico interno al internacional –siempre ante la probabilidad o inminencia de un “daño irreparable”, y la preocupación o necesidad de asegurar la “realización futura de una determinada situación jurídica”– tuvo el efecto de ampliar el dominio de la jurisdicción internacional, con la consecuente reducción del llamado “dominio reservado” del Estado⁸.

⁷ Cfr. Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre Derechos Humanos II*, San José, IIDH; Madrid, Editorial Civitas S.A., 1988, p. 170-171.

⁸ Cfr. Cançado Trindade, Antonio, “Prólogo del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Compendio de Jurisprudencia: Julio 2000-Junio 2001”, Serie E: Medidas Provisionales, No. 3, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 2001,

La innovación que ha hecho el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos respecto del instrumento jurídico cautelar y en relación con las normas que regulan la Corte Internacional de Justicia y los reglamentos de los organismos europeos, subyace en el hecho de que las medidas que puede ordenar la Corte Interamericana no sólo son referidas a los asuntos sobre los cuales esté conociendo, sino también de aquellos que se tramitan en la Comisión Interamericana y que todavía no se han sometido a la Corte. Para el sistema, esta característica es peculiar y ha conferido gran flexibilidad y amplitud a las providencias dictadas por el Alto Tribunal.

Otra gran diferencia con sistemas similares ha consistido en la capacidad de la Corte para tener dos tipos de competencia en estos procesos especiales, una unipersonal, es decir, relativa a aquellas medidas de urgencia que dicta el juez Presidente de la Corte, y otra colegiada relativa a las dictadas por la Corte en Pleno. A las medidas dictadas por el órgano colegiado se les puede catalogar de provisionales, ya que permanecen en tanto se mantengan las circunstancias que motivaron su establecimiento, mientras que las que dicta el juez Presidente se les denomina de urgencia y penden de una ratificación o confirmación posterior de la Corte como tal.

Es evidente que las providencias o medidas cautelares tienen mayor significado en el Derecho internacional de los derechos humanos⁹, pues en esta materia, más que en ninguna otra, es imprescindible evitar que durante la tramitación de un procedimiento ante los órganos tutelares, en particular los de carácter regional, se consumen de manera irreparable las violaciones de los derechos establecidos en los convenios internacionales respectivos, o se afecte a las personas que deben comparecer o han comparecido como testigos o peritos en estos procedimientos¹⁰.

p.vi. El juez Cançado en este párrafo cita a Paul Guggenheim, "Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire", 40 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1932), pp. 649-761, y pp. 758-759. También de Paul Guggenheim, *Les mesures provisoires de procédure internationale et leur influence sur le développement du droit des gens*. Paris, Libr. Rc. Sirey, 1931, pp. 174, 186, 188 y 14-15, y cf. pp. 6-7 y 61 y 62.

⁹ Cfr. Mac Donald, R.St.J., "Interim Measures in International Law, with Special Reference to the European System for the Protection of Human Rights", 52 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1993, pp. 703-740.

¹⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Prólogo a la Serie E", Medidas Provisionales, No. 1, compendio: 1987-1996, Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 1996.

Gros Espiell citando a H. Mosler estableció: "... hay un necesario paralelismo entre el procedimiento de la Corte Internacional de Justicia y el de la Corte Europea de Derechos Humanos, que se ha extendido ahora, agregamos nosotros, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos"¹¹.

El paralelismo en los últimos lustros se ha ido ensanchando, debido a las particularidades y las modificaciones sustanciales que han operado en cada uno de los sistemas y tribunales, comenzando por el radical cambio dispuesto en Europa con la eliminación de la Comisión, y las constantes enmiendas realizadas al Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Justamente un perfil de paralelismo se halla en el enfoque que le ha dado cada sistema a las medidas provisionales, de suyo, con intensidades que van desde la aplicación como constante, hasta su empleo como excepción.

1. Relación de normas en los diferentes sistemas de protección

La relación de normas relativas a las medidas provisionales en todos los ámbitos de protección, desde las generales relativas al sistema de las Naciones Unidas, y aquellas pertenecientes a los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos¹²,

¹¹ Cfr. Gros Espiell, Héctor, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos*, IIDH, San José, Costa Rica, 1983, pp. 67-101, cit, p. 73.

¹² Las tenemos identificadas como sigue:

a. Naciones Unidas:

Artículo 40 de la Carta de las Naciones Unidas (Carta de San Francisco)

Artículo 86 del Reglamento del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Artículo 41.1 del Estatuto del TIJ

Artículo 75.1 del Reglamento del TIJ

b. Sistema Interamericano de Derechos Humanos:

Artículo 63.2 del Pacto de San José

Artículo 19.c del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 25.1 del Reglamento de la Comisión I.D.H.

Artículo 25.1.4. del Reglamento de la Corte I.D.H.

nos dan una clara idea de la importancia del mecanismo instrumental en todos los ámbitos y jurisdicciones internacionales.

Expuestas y señaladas en la cita de pie supra las normas de tipo precautorio que existen en los diversos sistemas de protección universal y regional¹³, es conveniente volver sobre el significado del instrumento procesal “medidas provisionales” en el Derecho internacional. Así tenemos que las medidas provisionales en el Derecho internacional se pueden definir como un recurso suspensivo a través del cual el tribunal o comité, según sea el caso, puede pedir a las partes de un conflicto o litigio (proceso principal) que realicen o se abstengan de realizar ciertos actos, en tanto la resolución del conflicto permanece pendiente¹⁴.

El concepto de las medidas provisionales está firmemente incorporado en el Derecho internacional moderno, y tiene raíz en la historia de los tribunales internacionales. Los correspondientes Estatutos de la Corte Centroamericana de Justicia¹⁵ y del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en los artículos XVIII y 41 respectivamente, otorgaban poder jurisdiccional a ambos órganos para emitir medidas provisionales. La Corte Centroamericana de Justicia utilizó esta facultad dos veces¹⁶, y en el Tribunal Permanente de Justicia Internacional se invocó en varios casos¹⁷.

En el Caso de la Compañía Eléctrica de Sofía, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, haciendo referencia al artículo

c. Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (antes de la entrada en vigor del Protocolo No. 11 “Nuevo Tribunal”)

Artículo 36 del Reglamento Interior de la Comisión Europea de Derechos Humanos

Artículo 36 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Art. 39 del Reglamento del “Nuevo Tribunal”)

13 Se exceptúa el Sistema Africano y las potestades del Consejo de Europa en cuanto a la Comisión y al Comité de Ministros.

14 Cfr. Elkind, J., *Interim Protection: a functional approach* 3, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1981.

15 Convención para el establecimiento de una Corte de Justicia Centroamericana (Washington, 20 de diciembre de 1907). Véase *Anales de la Corte de Justicia Centroamericana*, tomo I, No. 1, agosto de 1911.

16 Nos referimos a los Casos de Honduras y Nicaragua (coaligados) contra El Salvador y Guatemala (coaligados), 1908, 2 A.J.I.L. Supp. 231, 238, y Estados Unidos contra Nicaragua, 1908, 2 A.J.I.L. 835, 840-1.

17 Entre ellos Sino-Belgian Treaty Case, 1927, Order of Interim Measures of Jan. 8, P.C.I.J., Ser. A, No. 8, p. 6, 7-8, y Electric Company of Sofia and Bulgaria Case, 1939, P.C.I.J., Ser. A/B, No. 79, 194.

41 de su Estatuto, que sirvió de base al que está en vigor para el actual Tribunal, aceptó que el principio de medidas provisionales es un principio universalmente reconocido en el procedimiento jurídico¹⁸.

En efecto, las medidas provisionales constituyen principios jurídicos generales reconocidos por las naciones civilizadas, siendo una característica inherente a la autoridad de los órganos o tribunales supranacionales.

En lo que atañe a la evolución doctrinaria, Abad Castelos señala certeramente, que el paradigma de las medidas provisionales ha recibido en sede de La Haya abundantísima atención diseccionada desde varias ópticas. Más concretamente, observa esta autora, las medidas provisionales llegaron a ser objeto de dos monografías a principios de los años ochenta (la obra de J.B. Elkind, en 1981, y la de J. Sztucki, en 1983), que se detuvieron con acierto en el estudio del concreto objeto¹⁹. Sin lugar a dudas, esas monografías pioneras se ven perfeccionadas con la obra en castellano de Abad Castelos, quien enriquece su enfoque con actualizada y vasta jurisprudencia, trabajo que de rigor será citado líneas *infra*.

Resultó oportuno abrir este artículo con la descripción de las normas sobre medidas cautelares en los sistemas universales y regionales y el breve repaso de su enfoque y génesis; ahora, de seguido, corresponde compenetrarnos en la dinámica de la labor que realiza cada uno de esos sistemas por separado, ilustrado, desde luego, con antecedentes jurisprudenciales.

2. Tribunal internacional de justicia

2.1 Acerca del artículo 41 del Estatuto

Como se adelantó en la sección que antecede, el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia contiene una disposición específica,

¹⁸ Cfr. en idioma inglés: “Article 41 applies the principle universally accepted by international tribunals... to the effect that the parties to case must abstain from any measures capable or existing a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given and, in general, not allow any step of any kind to be taken which might aggravate or extend the dispute.”

¹⁹ Cfr. Abad Castelos, Monserrat, *El Tribunal Internacional de Justicia y la Protección Cautelar de los Derechos de los Estados*, Editorial Dykinson S.L. y Universidad de Coruña, Área de Derecho Internacional Público, Madrid, España, 2002, p. 83.

el artículo 41²⁰ que se acompaña con la Sección D (Procedimientos Incidentales), Subsección 1 (Medidas Provisionales), artículos 73-78 (anteriormente 61) del Reglamento²¹, disposiciones que otorgan al Tribunal autoridad para indicar, si considera que las circunstancias lo exigen, las medidas provisionales que deberán tomarse para resguardar los derechos respectivos de cada una de las Partes. Se trata entonces de salvaguardar los derechos de las Partes cuando el perjuicio que los amenaza fuera irremediable de hecho y de derecho, de acuerdo con un principio universalmente admitido en las jurisdicciones internacionales²².

Las medidas provisionales en esta instancia judicial internacional²³ están concebidas como un incidente procesal consistente en dictar medidas de carácter preventivo y cuyo objeto es la salvaguardia de los derechos sobre los que el Tribunal deberá decidir en el procedimiento de la causa principal, resultando por ello objetivamente necesarias. Tienen carácter doblemente transitorio, en primer lugar, porque se pueden modificar en cualquier momento y, en segundo término, por cuanto, de no ser modificadas o levantadas, resultan sólo de aplicación hasta que se produzca el fallo de la Corte. Esta última nota es característica de la

20 Señala este artículo: "Artículo 41.1. La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de una de las partes. 2. Mientras se pronuncia el fallo se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas".

21 CIJ: Reglamento de la Corte, adoptado el 14 de abril de 1978.

22 Cfr. Pastor Ridruejo, José Antonio, *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya. Sistematización y comentarios*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Estudio General de Navarra. Ediciones Rialp, S.A., Madrid, España, 1962.

23 Véase por ejemplo: Cocatre-Zilgien, A., "Les mesures conservatoires décidées par le juge international". *Revue Egyptienne de Droit International*, 1996; Elkind, J. B. *Interim Protection. A functional approach*. The Hague, 1981; Guggenheim, P. "Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire" en R. des. C., 1932, t. II, pp. 645-761; Oellers-Frahm, K. "Interim measures of protection", en Bernhardt (ed.), E. of P.I.L., t. 1, *Settlement of Disputes*, 1981; Pescatore, P. "Les mesures conservatoires et les Referes", Colloque de Lyon. La juridiction Internationale Permanente, París, 1987. Sztucki, Jerzy. *Interim Measures in the Hague Court*, Deventer, Holland, 1983; Tesauo, G., "Le misure cautelari della Corte Internazionale di Giustizia". *Comunicazione e studi*, vol. XIV, 1975; Thirlway, H.W.A. "The indication of Provisional Measures by the International Court of Justice", en Bernhardt, R. (ed.) *Interim Measures Indicated by International Courts*. Berlin, 1993; Villani, U. "La misura cautelari nell'affare della piattaforma continentale del mare Egeo". Riv. D.I. vol. LX, 1977; "In tema di indicazione di misure cautelari da parte della Corte Internazionale di Giustizia". Riv. D.I. vol. LVII, 1974; Wortley, B.A.Q.C. "Interim Measures, reflections on procedures for interim measures of protection in the International Court of Justice", *Comunicazione e studi*, vol. XIV, 1975.

Corte Interamericana, tribunal que las puede considerar más allá de la sentencia de fondo o incluso posterior a la resolución de ejecución que contempla la indemnización²⁴.

Es indudable que la naturaleza contradictoria del proceso principal conlleva una tendencia dominante que indica que los Estados no están obligados a conformarse con el fallo cautelar –cuestión que en algunas ocasiones ocurre en el sistema interamericano–, sino seguir adelante, cuestión que tiene su origen y explicación en la naturaleza voluntarista y relacional –no mediatizada por un órgano, como ocurre con los denunciantes en el sistema interamericano–, escenario que ha dominado buena parte de las relaciones jurídicas internacionales.

Otro problema es el relativo a la redacción de las normas jurídicas. Así el artículo 41 del Estatuto del Tribunal de La Haya señala que “el Tribunal tendrá facultad para indicar... las que deban tomarse...”; esta expresión de “tendrá facultad para indicar” substituyó a otra más categórica, contenida en el proyecto elaborado por uno de los miembros del Comité de Redacción del Estatuto, según la cual “el Tribunal podrá ordenar...”. Como se ve, se le bajó el perfil obligatorio a la figura cautelar, aunque ello no ha sido óbice para que ese Alto Tribunal haya planteado a lo largo de su existencia medidas provisionales, incluso obligando a potencias mundialmente reconocidas²⁵.

El artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) –y de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI)– consagró, efectivamente, el poder de la Corte de La Haya de “indicar” medidas provisionales. El verbo utilizado generó un amplio

²⁴ En el Caso Loaysa Tamayo (Perú), la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante Sentencia de 17 de septiembre de 1997 condenó al Estado peruano por violación de los artículos 1.1, 5, 78.1, 8.2 y 8.4 de la Convención. Sin embargo, por Resolución del Presidente 13 de diciembre de 2000, se solicita nuevamente al Estado medidas urgentes, esta vez vinculadas al cumplimiento de la sentencia de reparaciones de 27 de noviembre de 1998. Asimismo, la Corte en la Resolución del 3 de febrero del 2001, ratificó la resolución del Presidente de 13 de diciembre de 2000, asegurando el regreso al país del peticionario. Finalmente, la Corte en la Resolución de 28 de agosto de 2001 levantó y dio por concluidas las medidas provisionales.

²⁵ El artículo 94 de la Carta de Naciones Unidas indica que: “1.- Cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte”. La parte que se sienta agraviada por el incumplimiento podrá recurrir al Consejo de Seguridad del órgano mundial, para que éste, si lo cree necesario y conveniente, haga recomendaciones o dicte medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

debate doctrinal acerca de su carácter vinculante²⁶, que no impidió el desarrollo de una extendida jurisprudencia (de la CPJI y la CIJ) sobre la materia.

Sobre esta particular y controvertida cuestión, Abad Castelos considera que el artículo 41 del Estatuto es lo suficientemente explícito. Para esta autora “indicar” apunta hacia la existencia de poderes inherentes del órgano judicial internacional. Literalmente expresa: “El texto del artículo 41 es bastante lacónico. Pero, en nuestra opinión, dentro de su sobrio contenido no cabe encontrar una oposición a la inherencia de ciertos poderes de la Corte sobre el mismo ámbito que procede regular, ni siquiera parece contener restricciones a la posible acción –discrecional– de la Corte”²⁷.

Se vincula el poder inherente de indicación de medidas provisionales con el poder que le concedieron los Estados a la Corte por virtud de la competencia poseída y extraída del artículo 36 del Estatuto, especialmente el numeral 1 al señalar que “La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes”. Esto se refuerza con la competencia relativa a *cualquier cuestión de Derecho Internacional*, o bien, *la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional*, ambas listadas en el numeral 2 de dicho artículo estatutario.

Esto nos lleva a otro tema esencial arduamente disputado, la competencia de la Corte Internacional de Justicia para aceptar un incidente de medidas precautorias.

2.2 La discusión sobre la competencia en caso de un incidente de medidas provisionales

Para el TIJ, las medidas tienen carácter prioritario²⁸, aunque, a diferencia del Sistema interamericano, el Tribunal Internacional de La

²⁶ Discusión suscitada por la discutida redacción de los textos en inglés o francés, otorgándose a este último idioma mayor fuerza obligante.

²⁷ Abad, M., *El tribunal internacional de justicia...*, Ob. Cit., p.72.

²⁸ Además de la bibliografía sugerida anteriormente, de forma singular recomendamos las siguientes obras: Daniele, Luigi. *Le misure cautelari nel processo dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*. Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Trieste. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1993. Asimismo, Académie de Droit International de La Hague,

Haya aplica el *test* denominado *Lauterpacht*²⁹ que consiste en decidir *prima facie* si tiene competencia para conocer del fondo, en cuyo caso podría conocer de las medidas provisionales.

El Tribunal de La Haya ha debatido a fondo este punto. En el asunto “*pesquerías*”, la Corte había dicho que no debe aplicar el artículo 41 “cuando su incompetencia sobre el fondo es manifiesta”³⁰. Esto quiere decir que la cuestión de la competencia es previa al examen de las circunstancias que requieran las medidas provisionales.

Casado Raigón recoge en su obra³¹ la siguiente opinión: “Como ha dicho el juez Manfred Lachs, el Tribunal tiene que analizar esa cuestión *motu proprio* e indicar claramente lo que piensa a título provisional, a pesar de la respuesta negativa que crea deber dar a la petición de las medidas”³².

El juez Morozov, en opinión individual al auto del 11 de noviembre de 1976 que denegó medidas cautelares en el asunto de la “Plataforma Continental del Mar Egeo”, adoptó una postura³³ mayormente

Recueil des Cours, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1992, III, Tome 234 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993. Este volumen de la Academia trata en su totalidad las medidas provisionales y de protección.

29 Aceptación adoptada en honor al juez Hersch Lauterpacht, quien había señalado que “una cosa es decir que las medidas adoptadas por la Corte en virtud del artículo 41 del Estatuto no prejuzgan en absoluto la cuestión de su competencia sobre el fondo... y otra afirmar que la Corte pueda actuar en virtud del artículo 41 sin tener en cuenta las posibilidades de su competencia sobre el fondo...”. Esta opinión es reproducida por el juez Anderson, cuando indica “It may be recalled that the *prima facie* test, in relation to the similar question of interim measures under article 41 of the Statute of the International Court of Justice, was explained many years ago by Judge Lauterpacht in the following terms: The Court may properly act under the terms of article 41 provided that there is in existence an instrument which *prima facie* confers jurisdiction upon the Court and which incorporates no reservations obviously excluding its jurisdiction.” Anderson añade, “In applying the second part of this test, Judge Lauterpacht treated as obviously excluding the Courts jurisdiction a reservation by the respondent in that case which he regarded as invalid but which had not been found by the Court to be invalid. He applied the *prima facie* test to both the rule and the qualification.” Cfr. DRL: www.itlos.org/case_documents/2001/document_en_201.doc.

30 Lo ha señalado la Corte de La Haya, por ejemplo, en el Caso de la Jurisdicción en Materia de Pesquerías (Reino Unido versus Islandia), *I.C.J. Reports* 1972, p. 15.

31 Cfr. Casado Raigón, Rafael, “La jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia”. *Monografía No. 1 de Cuadernos de Derecho Internacional*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, España, 1987, p. 25.

32 Opinión individual del juez Lachs al auto de 11 de noviembre de 1976 (*I.C.J. Reports* 1976, p. 19).

33 Otras opiniones son, por ejemplo, la del juez J. M. Ruda: “la Corte no puede decidir sobre una demanda en indicación de medidas cautelares sin haber

restrictiva según la cual el artículo 41 está subordinado a que previa y definitivamente se haya decidido la cuestión de su competencia. En su visión particular dijo que “ni el Estatuto ni el Reglamento prevén que la demanda en indicación de medidas cautelares tenga prioridad sobre el examen de la competencia”. También apuntó que el artículo 41 del Estatuto figura en el capítulo III, relativo al procedimiento, y las disposiciones de ese capítulo no podrían ser disociadas e ir en contra de las del capítulo II, relativas a la competencia de la Corte³⁴.

Casado Raigón registra que en los dos únicos asuntos en que el Tribunal ha rechazado la indicación de medidas cautelares (Interhandel y Plataforma continental del Mar Egeo), no ha habido siquiera un simple pronunciamiento *prima facie* de jurisdicción. Con respecto a uno de esos casos, dicho autor ha dicho que “para pronunciarse sobre la demanda en petición de medidas cautelares, la Corte no está llamada a decidir cuestión alguna relativa a su competencia para conocer del fondo”³⁵.

Una posición similar adoptó el Tribunal Internacional de Justicia en el auto del 10 de mayo de 1984 sobre el asunto “actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua” (competencia)³⁶, cuando declaró que ante una demanda en petición de medidas cautelares no tiene necesidad, antes de decidir las, de si es definitivamente competente para conocer sobre el fondo o, eventualmente sobre el fundamento de una excepción de incompetencia, pero, al mismo tiempo expresó que, no debe –el tribunal– sin embargo, indicar tales medidas más que si las

examinado antes, al menos *prima facie*, la cuestión fundamental de su competencia para conocer del fondo de la controversia” (opinión individual al auto de 11 de noviembre de 1976, *I.C.J. Reports 1976*, p.23); para H. Mosler, “la afirmación provisional de competencia constituye una condición previa para hallar si las circunstancias que exigirían las medidas cautelares existen” (opinión individual al auto de 11 de noviembre de 1976, *I.C.J. Reports 1976*, p.25); asimismo, para Lauterpacht “la Corte no puede, en relación a una demanda de indicación de medidas cautelares, desatender completamente la cuestión de su competencia sobre el fondo” (opinión individual al auto de 11 de noviembre de 1976, *I.C.J. Reports 1976*, p.118).

³⁴ Cfr. *I.C.J. Reports 1976*, cit., pp. 22-23.

³⁵ Vid. Casado Raigón, R., *La jurisdicción contenciosa...*, Ob. Cit. p. 25.

³⁶ Cfr. Labouz, Marie-Françoise, “Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis D’Amerique)”. Ordonnance de la Cour Internationale de Justice du 10 mai 1984 en indication de mesures conservatoires. En *Annuaire Français de Droit International*, XXX, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1984.

disposiciones invocadas por el actor parecen constituir *prima facie* una base sobre la cual su competencia podría estar fundada”³⁷.

De acuerdo con Taslim O. Elias, las teorías sobre la competencia de un tribunal internacional para adoptar medidas provisionales se pueden clasificar en tres categorías³⁸: a) la que sostiene que, antes de conceder medidas provisionales, la Corte debe, como cuestión previa, estar absolutamente segura de su competencia para conocer del caso³⁹; b) la que afirma que la Corte tendría una “jurisdicción inherente”, derivada de su mera existencia como órgano judicial creado con consentimiento de los Estados, que la autorizaría para adoptar las medidas que considere indispensables para asegurar que no se vea frustrado el ejercicio de su jurisdicción sobre el fondo⁴⁰; c) la tesis según la cual, en ausencia de una clara indicación en sentido contrario, la Corte puede asumir, *prima facie*, que tiene jurisdicción para conocer de la solicitud de medidas provisionales, o que su falta de jurisdicción no resulta manifiesta, posponiendo para una fase posterior la cuestión de su competencia⁴¹.

Sobre esta misma cuestión, el juez Presidente de la Corte IDH, Cançado Trindade ha observado que “de todos modos, la Corte es, en cualesquiera circunstancias, *maestra de su jurisdicción*, como todo órgano poseedor de competencias jurisdiccionales, retiene ante ella el *poder inherente* para determinar el alcance de su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz/compétence de la compétence*), sea en materia consultiva, sea en materia contenciosa, sea en relación con medidas provisionales de protección. Las medidas provisionales de protección ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen,

³⁷ Cfr. *I.C.J. Reports*, 1984, p. 179, par. 24.

³⁸ Datos tomados de Faúndez Ledesma, Héctor, Ob. Cit., *El sistema interamericano...*, p. 380-381.

³⁹ Cfr. las opiniones disidentes de los jueces Morozov y Ruda en el Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo. Aegean Sea Continental Shelf, Interim Protection, Order of 11 September 1976, *I.C.J. Reports* 1976, pp. 21, 22 y 23, respectivamente.

⁴⁰ Cfr. Corte Internacional de Justicia, Nuclear Test case, Australia v. France, *I.C.J. Reports* 1974, pp. 259 ss. Según opinión de este autor (T.O. Elías), esta tesis requiere que la petición de medidas provisionales esté basada en un tratado en vigor entre las partes. Cfr. *The International Court of Justice and some Contemporary Problems*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 1983, p. 21.

⁴¹ Cfr. Corte Internacional de Justicia, Anglo Iranian Oil Company case (jurisdiction), Judgment of July 22nd, 1952, *I.C.J. Reports* 1952, p. 93 y Fisheries Jurisdiction case (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, *I.C.J. Reports* 1973, p. 3.

en razón de su base convencional, un carácter indudablemente obligatorio”⁴².

Por su parte, Faúndez Ledesma⁴³ indica que, “en la experiencia de la Corte Internacional de Justicia, en el Caso de la Anglo-Iranian Oil Co., y no obstante que el gobierno de Irán había objetado la competencia del tribunal, éste no vaciló en disponer medidas provisionales, considerando que ellas no prejuzgaban de ninguna manera sobre la cuestión de la jurisdicción de la Corte para conocer de los méritos de la controversia”⁴⁴.

La polémica se ha dado de forma abundante, y se manifiesta en la jurisprudencia, sobre todo en las opiniones individuales y disidentes. Por ejemplo, en su opinión disidente, los jueces Winiarski y Badawi Pasha rechazaron que la Corte tuviera competencia para indicar medidas provisionales si carecía de competencia para conocer los méritos del caso, y expresaron su dificultad para aceptar la idea de que si, *prima facie*, la total incompetencia no era evidente, habiendo por lo tanto una posibilidad, aunque remota, de que tuviera jurisdicción, estaría facultada para indicar medidas provisionales. En su opinión, tal enfoque estaría basado en una presunción a favor de la competencia de la Corte, la cual no sería compatible con los principios de derecho internacional. De acuerdo con el criterio de ambos jueces, en el caso de objeciones a su jurisdicción y si hubiera argumentos de peso a favor de la competencia de la Corte, de manera que ésta fuera razonablemente probable, el tribunal podría indicar medidas provisionales de protección; a la inversa, si hubiera dudas o argumentos de peso en contra de la jurisdicción del Tribunal, tales medidas no podrían ser adoptadas.

En el Caso de la Plataforma del Mar Egeo, el Tribunal Internacional de Justicia sugirió que su jurisdicción para conocer el fondo del asunto no era relevante para considerar una petición de medidas provisionales

⁴² Tales medidas, ordenadas por la Corte Interamericana, de carácter claramente vinculante, no se prestan a polémicas, como las que han circundado las medidas provisionales indicadas u otorgadas por otros tribunales internacionales; sobre estas polémicas o incertidumbres, cf. Jo. M. Pasqualucci, “Medidas Provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una comparación con la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos”, 19 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1994, pp. 95-97; M.H. Mendelson, “Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction”, 46 *British Year Book of International Law* (1972-1973), pp. 259-322.

⁴³ Vid. Faúndez, Ídem, p. 381.

⁴⁴ Cfr. Corte Internacional de Justicia, Anglo-Iranian Oil Co. Case, request for the indication of interim measures of protection (United Kingdom / Iran), order of July 5th, 1951; *I.C.J. Reports 1951*, pp.93 y ss.

de protección, implicando que su autoridad para adoptar tales medidas, según el Art. 41 del Estatuto, le proporcionaba una base suficiente para su jurisdicción⁴⁵. Sin embargo, esta conclusión no se corresponde con las opiniones separadas de los jueces Lachs, Ruda, Mosler, Tarazi, ni con la del juez *ad hoc* Stassinopoulos⁴⁶.

A pesar de la disparidad de criterios individuales, en litigios ante esta jurisdicción, se ha precisado que en casos de gravedad y urgencia el Tribunal no está forzado a resolver definitivamente la cuestión de jurisdicción sobre los méritos del caso de fondo, sino solamente encontrar que existe una muestra *prima facie* de jurisdicción.

En síntesis, el Tribunal ha establecido que la decisión de tomar e indicar medidas conservatorias no prejuzga su competencia para conocer el fondo del asunto, dejando intacta la facultad que tienen las partes de impugnarla. Esto mismo podría asistirle a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aquellos casos de incidentes anticipados, los elevados por la Comisión a la Corte en causas que ésta aún no está conociendo.

2.3 ¿Son las medidas provisionales fuente autónoma de competencia?

Para Casado y para el autor de esta investigación, la tendencia predominante⁴⁷ de considerar las medidas provisionales impuestas por el Tribunal de La Haya como fuente autónoma de competencia es desatinada. Son más los llamados a criticar esa dirección y a aceptar

⁴⁵ Cfr. Corte Internacional de Justicia, Aegean Sea Continental Shelf case, Interim Protection, Order of 11 September 1976, *I.C.J. Reports 1976*, p.14.

⁴⁶ Vid. Casado Raigón, R., *La jurisdicción contenciosa...*, Ob. Cit. Este autor incluye en dicho grupo las ocho opiniones separadas y una disidente del auto del 11 de septiembre de 1976, haciendo referencia, entre otras, a las de los jueces Lachs, Morzov, Ruda, Mosler y Tarazi y a la disidente del juez *ad hoc*, Stassinopoulos, todas contrarias a la autonomía. Asimismo, recuerda que los jueces Forster y Gros, que no emitieron opinión alguna, se habían manifestado contrariamente a esa autonomía en el asunto de los “ensayos nucleares” (*C.I.J. Recueil 1973*, pp. 111 y 115 respectivamente).

⁴⁷ V.gr., Jiménez de Arechaga, quien, como Presidente de la Corte, afirmaba que “el artículo 41 constituye la base de la facultad de la Corte de actuar con respecto a una solicitud de medidas cautelares. Es una disposición que ha sido aceptada por todas las partes del Estatuto y en esa aceptación radica el elemento del consentimiento de los Estados a esta forma especial de jurisdicción. Ha sido descrita como jurisdicción incidental porque se trata de una competencia que la Corte está llamada a ejercer como un incidente en procedimientos ya incoados en ella”. (Opinión individual del 11 de noviembre de 1976 en relación con el Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo, *I.C.J. Reports 1976*, p.15).

que el incidente es accesorio del proceso principal⁴⁸. Si el artículo 41 confiriera una competencia autónoma a la Corte, la jurisdicción sobre el fondo sería totalmente irrelevante por virtud de que lo único en controversia –pretensión a resolver– serían las circunstancias o los hechos que exigen la indicación de medidas y no los derechos de fondo controvertidos.

Casado Raigón⁴⁹ reprocha el enfoque de Jiménez De Arechaga como sigue:

“Esta consecuencia que se desprende hace que la opinión del gran jurista uruguayo, parezca además un tanto equívoca cuando a continuación señala que el hecho de que el artículo 41 confiera una competencia autónoma a la Corte, independientemente de su competencia sobre el fondo de la controversia, no significa que las perspectivas de competencia sobre el fondo sean irrelevantes en relación a las indicadas de medidas cautelares.... En los asuntos donde no existe *prima facie* alguna posibilidad razonable de que la Corte sea competente sobre el fondo, no tendría sentido indicar medidas cautelares para asegurar la ejecución de una sentencia que la Corte no dará jamás”.

Ahora bien, “la posibilidad de una competencia sobre el fondo no es más que una de las circunstancias pertinentes”⁵⁰.

En opinión de Abad Castelos, con la que coincidimos, la aplicación del criterio de la competencia posible se ha convertido, pues, en una solución bastante equilibrada que, a la vez que introduce un control *a priori* sobre la existencia de la competencia necesaria para conocer del caso, permite atender la protección de los derechos que se hallan en una situación de peligro con la urgencia que la situación requiere⁵¹.

La situación de equilibrio analizada certeramente por Abad Castelos previene tesituras incómodas para el Tribunal, como tener que

⁴⁸ Asimismo, se recordó que los jueces Forster y Gros, que no emitieron opinión alguna, se habían manifestado contrariamente a esa autonomía en el asunto de los “ensayos nucleares” (*C.I.J. Recueil 1973*, pp. 111 y 115 respectivamente). Incluso opiniones autorizadas como la de Rosenne van orientadas hacia una visión instrumental y accesorio *pendente lite*.

⁴⁹ Vid. Casado Raigón, Ídem, p. 26.

⁵⁰ Cfr. Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo, *I.C.J. Reports 1976*, p. 15. También declaración del Juez Jiménez de Arechaga en el auto de 26 de junio de 1973, indicación de medidas provisionales en el asunto de los Ensayos nucleares. *I.C.J. Reports 1973*, pp. 106-108.

⁵¹ Abad Castelos, M., *El Tribunal...*, Op. Cit. p. 109.

retractarse o dar pasos en falso. Un sistema similar de equilibrio debería ser adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aquellos asuntos de medidas provisionales que, de manera anticipada, sin ser un caso *sub iudice*, le eleva a su conocimiento la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Metodología que, además de incorporar el examen rápido y superficial de una eventual revisión sobre la admisibilidad, asume aspectos, aunque sean sutiles, de una posible cognición sobre el fondo.

Para finalizar esta sección, el Tribunal de La Haya nunca ha reconocido las medidas como un recurso o incidente autónomo. No obstante, el Tribunal ha adoptado medidas y luego se ha declarado incompetente para conocer del fondo del asunto (Caso Anglo-Iranian Oil Co.), situación que planteó algunos problemas, anulando consecuentemente las medidas provisionales dictadas⁵².

2.4 El objeto de las medidas en sede de La Haya

Como se adelantó, en opinión reiterada del Tribunal Internacional de Justicia, las medidas cautelares tienen por objeto salvaguardar el derecho de las partes en el proceso en tanto esperan que el juez internacional se pronuncie definitivamente sobre el litigio⁵³. Así, en el caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo (Grecia contra Turquía, 1976), al referirse a los alcances del artículo 41 de su Estatuto, el TIJ sostuvo que dicho poder le fue conferido en la medida en que estime que las circunstancias exigen su uso para proteger los derechos de las partes, presuponiendo tal condición que los hechos en causa evidencian el riesgo de un perjuicio irreparable a los derechos en litigio.

Cançado Trindade⁵⁴ ha dicho que: “En el contencioso interestatal, el poder de un tribunal como la CIJ de indicar medidas provisionales de protección en su caso pendiente de decisión tiene por objeto preservar los derechos respectivos de las partes, evitando un daño irreparable a

⁵² En el Caso Anglo-Iranian Oil Co., la Corte, al resolver que era incompetente en la sentencia de 22 de julio de 1952, declaró que las medidas cautelares adoptadas por el auto de 5 de julio de 1951 quedarán sin efecto; en otras palabras, se habían indicado tales medidas sin jurisdicción.

⁵³ El Ouali, Abdelhmid, *Effets juridiques de la sentence internationale*, Paris, LGDJ, 1984, p. 92.

⁵⁴ Cançado Trindade, Antonio, *Ibíd.*, *Prólogo...*, Serie E, No.3, p. Xi.

los derechos en litigio en un proceso judicial⁵⁵". Subyace en su razón de ser, la instrumentalidad y urgencia o perentoriedad, dada la relación que deben guardar con la sentencia definitiva y la existencia de un peligro para el objeto del litigio.

Como se trata, generalmente, de diferencias interestatales donde no está de por medio la urgencia de vidas humanas, salvo, como lo veremos, los Casos individuales Breard⁵⁶ y LaGrand⁵⁷, las medidas provisionales tardan excesivamente en ser adoptadas⁵⁸.

Aquí tenemos una diferencia profunda⁵⁹ con los sistemas de protección de derechos humanos, donde la protección se lleva a cabo

55 Así lo ha señalado la CIJ, por ejemplo, en el Caso de la Jurisdicción en Materia de Pesquerías (Reino Unido versus Islandia, *ICJ Reports 1972*, p. 16, par. 21 y p. 34, par. 22, 1972); en el Caso de los Rehenes (Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos) en Teherán (Estados Unidos versus Irán, *ICJ Reports 1979*, p. 19, par. 36), y más recientemente, en el Caso de Nicaragua versus Estados Unidos (*ICJ Reports 1984*, pp. 179 y 182, párrs. 24 y 32), y en el Caso de la Aplicación de la Convención contra Genocidio (Bosnia-Herzegovina versus Yugoslavia –Serbia y Montenegro–, *ICJ Reports 1993*, p. 19, par. 34, y p. 342, par. 35). A éstos se agregan varios otros casos en que la CIJ se ha pronunciado sobre la materia "indicando" o no las medidas provisionales solicitadas. Cfr., v.g., los Casos del Diferendo Fronterizo (Burkina Faso versus República de Mali, 1986); de la Plataforma Continental del Mar Egeo (Grecia versus Turquía, 1976); de los Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda y Australia versus Francia, 1973); entre otros.

56 C.I.J. *Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires* (Paraguay c. États-Unis D'Amérique), ordenanza de medidas provisionales del 9 de abril de 1998.

57 C.I.J. *Affaire LaGrand* (Allemagne c. États-Unis D'Amérique), ordenanza de medidas provisionales de 5 de marzo de 1999.

58 Además de estos sonados casos individuales, también se hallan los asuntos donde estuvo o está de por medio un grupo o colectivo humano; así, en el asunto del "personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán", ordenanza del 15 de diciembre de 1979, se trataba directamente de la afectación de vidas humanas. Dentro de este catálogo, también podemos citar el asunto sobre la "aplicación de la convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio" (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia –Serbia y Montenegro–), ordenanza de medidas provisionales de 13 de septiembre de 1993. Se añade a éstos, el reciente asunto puesto en manos de la Corte Internacional de Justicia por parte del Estado de México referente a la solicitud de medidas de urgencia para impedir la ejecución de los ciudadanos mexicanos condenados a pena de muerte en los Estados Unidos (concretamente, el Ministerio de Asuntos Exteriores mexicano habla de 54 nacionales suyos en esas condiciones).

59 Excepción de los casos recientes ya mencionados Breard, LaGrand y de los 54 condenados mexicanos a pena de muerte en los Estados Unidos. Sobre este último caso respecto de ciudadanos mexicanos es equivalente a los dos casos mencionados con anterioridad por tratarse del derecho de información sobre asistencia consular que se halla previsto en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (CVRC), de la que tanto México como Estados Unidos son parte. Dicha disposición establece que, en caso de detenciones de extranjeros, las autoridades locales están obligadas a informar a los detenidos,

hacia personas y no bienes⁶⁰. Las disputas son de carácter disímil. En el Tribunal Internacional de Justicia, los objetos de litigio van desde zonas limítrofes, territorios, intereses corporativos, instalaciones manufactureras, etcétera; mientras que en los tribunales regionales de protección de los derechos humanos o en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la competencia y el ámbito de protección siempre están dirigidos al ser humano, a los derechos consustanciales del hombre.

2.5 Breve examen del procedimiento

Como presupuesto de las siguientes observaciones hay que tomar en consideración que las partes que litigan ante el Tribunal Internacional de Justicia, de conformidad con su *ius standi*, son Estados, que al mismo tiempo representan intereses de sus nacionales, sean personas físicas o jurídicas, dando lugar evidentemente a un contencioso, donde se combina lo jurídico con la acción política del Estado. Sobre este particular asunto de la política como aspecto que gravita en las medidas cautelares, Rosenne⁶¹ sostiene: “Y como ésta es una disposición (se refiere a la que posibilita medidas cautelares) muy susceptible de complicaciones políticas, el Tribunal tiene la obligación de informar acerca de las medidas que sugiere no sólo a las partes, sino también al Consejo de Seguridad. Dicho poder permite al Tribunal aceptar medidas equivalentes a las cautelares que adoptan normalmente los tribunales internos en tanto llegan a una decisión final”⁶².

Sobre la petición, el Tribunal Internacional de Justicia puede proceder a indicar las medidas conservatorias tanto a petición de las Partes o de una de ellas (artículo 73 [1] del Reglamento) como de

sin dilación, de su derecho a comunicarse con la representación consular de su país de origen.

⁶⁰ En los últimos años, el Tribunal de La Haya ha venido asumiendo un rol protagónico en defensa del ser humano, en asuntos vinculados con presidiarios condenados a penal capital, curiosamente todos bajo el marco de justicia de los Estados Unidos de América. Esta tendencia de protección se ha venido a reforzar en el concierto internacional de las naciones –década de los años noventa– con la creación del Tribunal Penal Internacional, órgano concentrado, sobre todo, en la aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio.

⁶¹ Cfr. Rosenne, Shabtai, *El Tribunal Internacional de Justicia*, Colección Estudios Internacionales, traducción de Francisco Cádiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

⁶² Vid. Rosenne, Shabtai, Ob. Cit. *El Tribunal...*, p. 131.

oficio, cuestión que está respaldada normativamente con el artículo 75 (1) del Reglamento del Tribunal. No obstante, ese órgano ha creído conveniente examinar primero la petición de los Estados solicitantes de medidas.

La petición de adopción de tales medidas puede hacerse en cualquier momento durante el curso del procedimiento, y el Tribunal accede generalmente a dicha petición sólo cuando haya posibilidad de que el objeto del litigio llegue a estar en auténtico peligro a causa de eventuales acciones del Estado demandado, como ocurre cuando hay peligro de perder los bienes objeto de una reclamación. Es así como el artículo 73 del Reglamento de la Corte indica:

1. Una demanda escrita solicitando que se indiquen medidas provisionales de resguardo puede ser presentada por una de las partes en cualquier momento en el curso del procedimiento concerniente al asunto con relación al cual se formula tal demanda.
2. La demanda indicará los motivos en que se funda, las posibles consecuencias en caso de que se rechace y las medidas que se solicitan. El secretario transmitirá inmediatamente a la otra parte copia certificada conforme de la demanda.

La petición es un documento que inicia unos trámites prejudiciales de carácter sumario que tienen prioridad con respecto a todos los demás asuntos. El procedimiento se sustancia en una única fase y naturalmente oral⁶³. En las audiencias orales, el Tribunal analiza la necesidad de la adopción de las medidas y la urgencia de las mismas, las que requieren una conexión directa entre los actos que se pretende evitar. Sin embargo, también la práctica indica que con frecuencia se presentan observaciones por escrito. No necesariamente las sugerencias de los Estados, supuestos afectados, son consideradas, sino que el Tribunal libremente puede adoptar otras distintas de las aconsejadas por los Estados⁶⁴.

Es costumbre del Tribunal comunicar dichas peticiones de la misma forma que se hace con las demandas que inician el procedimiento

⁶³ El artículo 74.3 del Reglamento de la Corte indica “La Corte, o si no estuviese reunida el Presidente, fijará la fecha del procedimiento oral de manera tal que las partes tengan la oportunidad de estar representadas en el mismo. La Corte recibirá y tomará en consideración las observaciones que le puedan ser presentadas antes del cierre de ese procedimiento.

⁶⁴ Cfr. por ejemplo, Ensayos Nucleares, Anglo-Iranian Oil Co., Pesquerías y Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Irán.

principal y su fallo suele adoptar la forma de un auto judicial, previos los alegatos de las partes.

Otra característica es que en este Tribunal una orden de adopción de medidas cautelares permanecerá en vigor en tanto penda el caso ante el Tribunal, a no ser que sea levantada expresamente con anterioridad a la decisión de fondo.

Hay que tomar en cuenta que en el caso que nos ocupa –TIJ–, no hay un órgano como la Comisión Interamericana o como la Comisión Europea (cuando existió) que analizara esos asuntos como filtro previo y como mecanismo preliminar. Así fue expuesto en el Caso de las acciones militares y paramilitares en Nicaragua y contra ese Estado (Nicaragua contra EEUU)⁶⁵.

Esta misma idea ha sido expresada por el Tribunal en los Casos del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán⁶⁶, de las pruebas nucleares⁶⁷ y de las Pesquerías⁶⁸. En los Casos, principalmente relativos a Pesquerías y a las acciones militares y paramilitares en Nicaragua, el Tribunal manifestó: “Para que el Tribunal considere la solicitud de medidas provisionales, es necesario que exista un instrumento vigente entre las partes, que señale el consentimiento de parte del Estado, y que sirva de base jurídica o represente, por lo menos, una probabilidad de que haya jurisdicción sobre los méritos del caso de fondo”.

En el caso de la jurisdicción de la Corte Interamericana, ésta ha señalado sistemáticamente la necesidad de que el Estado haya ratificado o se haya adherido a la Convención Americana y haya aceptado la competencia de la jurisdicción de la Corte (Art. 62 del Pacto de San José); es decir, que se evidencie el consentimiento formal del Estado aceptando la activación de la jurisdicción. Buergenthal parece inclinarse por la tesis de que la Corte Interamericana tiene jurisdicción *prima facie* para conocer de medidas provisionales sólo si ha establecido, aunque sea de un modo preliminar, que las partes han aceptado y están sujetas

⁶⁵ Cfr. Tribunal Internacional de Justicia: (Nicaragua contra Estados Unidos de América) 1984, 169, “Provisional Measures Order of May 10”, párr. 24 y ss.

⁶⁶ Cfr. Tribunal Internacional de Justicia: (Estados Unidos de América contra Irán) 1979, 13, “Interim Protection Order of Dec. 15”, párr. 15 y ss.

⁶⁷ Cfr. Tribunal Internacional de Justicia: (Francia contra Australia y Nueva Zelanda) 1973, 99, 102, 135-138 “Interim Protection Order of June 22).

⁶⁸ Cfr. Tribunal Internacional de Justicia, (Reino Unido contra Islandia), 1972, 12, “Interim Protection Order of Aug. 17”.

a esa jurisdicción⁶⁹. En forma más categórica, Nieto Navia sostiene que la Corte carece de competencia para adoptar medidas provisionales con respecto a aquellos Estados que no hayan hecho la declaración que reconoce la competencia de la Corte⁷⁰.

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos debe juzgar el riesgo que hay a la hora de declararse la Corte competente en asuntos ni siquiera admitidos formalmente por la Comisión, esto para que no de lugar a la desnaturalización de la figura cautelar. En sede del Tribunal Internacional de Justicia, se ha dado lugar a excelente jurisprudencia respecto de lo comentado, son antecedentes que diferencian la acción procesal de las medidas provisionales (acción instrumental propiamente dicha) de la pretensión sostenida en el caso de fondo. El deslinde de ambas ha consolidado la posición del Alto Tribunal. Conceder medidas con ligereza sin el debido razonamiento sería admitir un “juicio provisional”⁷¹. En el Caso de la fábrica de Chorzów⁷², el Tribunal Permanente de Justicia Internacional rehusó conceder medidas provisionales a Alemania en un asunto sobre expropiaciones llevadas a cabo por Polonia, tomando en consideración que la medida pedida –pago de una suma de dinero– hubiera anticipado el enjuiciamiento base o principal, y por tanto, tendría matices de prejuzgamiento, en franco deterioro de la defensa polaca. En este sumario de la fábrica de Chorzów el Tribunal se abstuvo de indicar medidas provisionales aduciendo que la solicitud iba más allá de la interpretación razonable del artículo 41.

En esa misma línea de pensamiento, Irán, en el Caso del personal consular y diplomático de los Estados Unidos en Teherán, trató de convencer al Tribunal Internacional de Justicia, para que éste mantuviera la jurisprudencia (Caso Chorzów) del desaparecido Tribunal Permanente de Justicia Internacional, argumentando que la petición de medidas provisionales de los EEUU implicaba que la Corte Internacional de Justicia debería llegar a un juicio sobre la pretensión de fondo, lo cual no podría hacer sin violar sus principios jurisdiccionales.

⁶⁹ Cfr. Buergenthal, Thomas, “The Inter-American Court of Human Rights”, *American Journal of International Law*, vol. 76, No. 2, 1982, p. 241.

⁷⁰ Vid. Nieto Navia, Rafael, Ob. Cit., *Las medidas provisionales en la Corte Interamericana...*, p. 385.

⁷¹ Cfr. Tribunal Permanente de Justicia Internacional, Chorzow Factory Case (Alemania contra Polonia), 1927, Ser. A, No. 9, p. 4-10.

⁷² Cfr. Sentencia sobre el fondo, de 25 de mayo de 1926, Serie A, No. 7, 1926; Serie A, No. 12, 1927, p. 10.

El máximo tribunal internacional distinguió expresamente entre el Caso Chorzów y el de los rehenes, concluyendo que las circunstancias eran totalmente distintas, y concedió las medidas cautelares urgentes que pedía Estados Unidos, observando que el contenido de la petición de este Estado, no llevaba a un juicio final sobre los méritos del fondo de la cuestión, sino que pretendía preservar la esencia de los derechos que se reclamaban. Si comparamos los bienes tutelados entre el Caso de la fábrica de Chorzów y el de los rehenes en Irán, nos damos cuenta de que en el enfoque de protección hay diferencias sustanciales. En efecto, cuando se trata de la protección y salvaguardia de personas, las medidas cautelares adquieren mayor fuerza y eficacia y los argumentos jurídicos se flexibilizan o tienen una mayor elasticidad, no así cuando se trata de bienes materiales o pecuniarios —como dinero o infraestructura— que siempre queda para resolverse en la resolución de fondo.

Para remachar la idea, los Casos EEUU contra Irán (rehenes) y Nicaragua contra EEUU (acciones militares y paramilitares) coinciden en que el bien jurídico principal a tutelar era la vida e integridad física de personas, a diferencia del Caso de la fábrica Chorzów en el que se trataba de bienes inmuebles —expropiaciones—, lo cual nos lleva a razonar que en cierta forma el Tribunal Internacional de Justicia también ha salvaguardado derechos fundamentales del ser humano como lo haría el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o bien cualquier tribunal regional sobre derechos humanos.

Ahora bien, esa amenaza inmediata a la vida e integridad física de personas en nada constituye un juicio preliminar sobre el fondo, de manera que reconocer la urgencia y tomar las medidas y ajustes necesarios en ningún modo prejuzga el proceso principal, ni perjudica el trámite del contencioso. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo ha entendido así, declarando ese órgano interamericano que, efectivamente, la tutela cautelar no prejuzga sobre la pretensión de la decisión final.

En la *litis*, como dato interesante reproducido en otras jurisdicciones, el Tribunal ha decidido y adoptado medidas conservatorias no sólo con la composición normal, sino también permitiendo, en algunos casos participar a los jueces *ad hoc* para que tomen parte en las deliberaciones, no siendo incompatible tal procedimiento con el carácter de urgencia de las medidas conservatorias.

No obstante lo dicho, la Corte de La Haya deja abierta en sus dictados una pequeña fisura en favor de las decisiones cautelares

“inmediatas” tendientes a evitar la sucesión de daños irreparables por motivos graves y urgentes, cuando señala que las mismas no requieren para su decisión de la presencia del juez *ad hoc*; lo cual, así lo creemos, habla en favor de disminuir en la acción cautelar todo resabio de origen contractualista. Pero también habla en contra de esta tendencia la pérdida de potestad que, desde 1931 sufrió el Presidente de la Corte de La Haya en favor del Plenario⁷³ para indicar medidas conservatorias o cautelares, lo que de suyo indica la necesidad de que la acción cautelar internacional quede sujeta a debate entre las partes. Cabría observar, sin embargo, que una cosa es el tratamiento de medidas cautelares en asuntos dominados por la estructura relacional entre los Estados y otra, necesariamente, la que ha de corresponder a temas que, como el de los derechos humanos, resultan de un tránsito desde la citada visión jurídica internacional autónoma hacia otra de carácter heterónomo e institucional, restrictiva de la voluntad absoluta y paritaria de los Estados⁷⁴.

Esa visión de carácter heterónomo e institucional que va más allá de lo paritario, se podría estar gestando a partir de los asuntos asociados al resguardo y protección de los seres humanos independientemente de otras razones o disputas de naturaleza material. En otras palabras, la *ratio materiae* vinculada al Derecho Internacional de los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario podría estar cohesionando una postura orgánica especial cual es la inherente a la garantía de protección de personas y grupos humanos ante una instancia universalmente reconocida. El caso de las medidas precautorias dictadas en febrero del 2003 referidas a los mexicanos condenados a pena capital en Estados Unidos es un ejemplo de la subsidiaridad entre sistemas o jurisdicciones internacionales, habida cuenta de que el gobierno de los Estados Unidos no ha reconocido la jurisdicción y

⁷³ Nieto Navia indica que en 1931 fue modificado el Reglamento de la Corte y el artículo 57 del nuevo, más explícito, eliminó el poder que el anterior daba al Presidente para indicar medidas en ausencia de los jueces, poder que se había contemplado por cuanto la Corte, no obstante su nombre, *permanente*, se reunía ocasionalmente. El Presidente podría, en cambio, convocarla para adoptar medidas si no estaba reunida. Tomado de “Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Teoría y praxis”. Libro conmemorativo *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte I.D.H., Rafael Nieto Navia Editor, San José, Costa Rica, 1994, p. 375.

⁷⁴ Aguiar, Ob. Cit., *Apuntes sobre...*, pp. 31-32.

competencia de la Corte IDH⁷⁵; empero, sí es parte de las obligaciones que resultan de la jurisdicción del Tribunal de La Haya.

México presentó una demanda ante la CIJ en diciembre de 2002 contra Estados Unidos por haber violado el derecho humano a la información consular en el caso de 54 mexicanos en espera de fecha de ejecución. El máximo órgano judicial de Naciones Unidas ordenó medidas provisionales de no ejecutar a tres de esas personas. Las audiencias públicas sobre el fondo de ese asunto, celebradas en La Haya en diciembre de 2003, darían paso a una sentencia aproximadamente en el primer semestre del 2004, que consolidaría esa protección teniendo como presupuesto los dos antecedentes *LaGrand* y *Breard*. Sin embargo, el 17 de noviembre de 2003 el Tribunal Supremo de Estados Unidos rechazó el asunto del inmigrante mexicano Osvaldo Torres Aguilera, condenado a muerte en el estado de Oklahoma por asesinato en 1993 (este era uno de los 54 mexicanos condenados a pena capital). El caso fue a debate internacional (Tribunal de La Haya) por posible violación de los derechos que concurren a cualquier persona amparados a la Convención de Viena de 1963 de notificar a las autoridades consulares cuando un extranjero es condenado a muerte. Torres Aguilera solicitó una apelación de su condena, alegando que cuando fue arrestado las autoridades estadounidenses no le informaron de sus derechos de asistencia consular. Después de que un juez federal y un tribunal de apelaciones también rechazaron su caso con anterioridad, el Tribunal Supremo rehusó intervenir en el caso contra el inmigrante mexicano sin ofrecer explicaciones al respecto. No obstante el juez Paul Stevens, uno de los más progresistas en el máximo tribunal estadounidense, destacó la preocupación de que “la mayoría de los extranjeros desconocen las cláusulas de la Convención de Viena (y, al parecer, también muchos fiscales locales)”. Es de observar que antes de lo sucedido con Torres

⁷⁵ Lamentablemente, al no ser parte Estados Unidos de la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no recae sobre ese Estado la opinión consultiva solicitada por México, emitida el 17 de septiembre de 2003 (OC/18) sobre la condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados, ni la opinión consultiva solicitada también por México, emitida el 1 de octubre de 1999 (OC/16), la que instituyó un derecho humano a la información consular, siempre que un nacional de un Estado miembro de la Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas de 1963 sea arrestado en un Estado parte de la misma. La opinión consultiva fue adoptada por unanimidad de sus siete magistrados, determinando además, que el incumplimiento del Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio le genera responsabilidad internacional. Sobre esta última opinión, cfr. Corte IDH, OC-16/99, “El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del proceso legal. Interpretación de diversos tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos (solicitada por México)”, de 1 de octubre de 1999.

Aguilera, en enero del 2003, el gobierno de México presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para que Estados Unidos postergue la ejecución de 54 inmigrantes mexicanos, mientras se investiga si se violaron sus derechos consulares. El juez Stephen Breyer, también miembro del ala progresista de la Corte estadounidense indicó que la Corte Suprema debía esperar a que la Corte Internacional de Justicia emita sus deliberaciones sobre esos 54 casos de condenados a muerte en Texas, Arizona, Arkansas, California, Florida, Nevada, Ohio y Oregón. En Estados Unidos la pena de muerte fue restablecida por la Corte Suprema en 1976 y desde ese año han sido ejecutadas 870 personas. Desde entonces se aplica en 38 de los 50 estados de la Unión Americana⁷⁶.

En lo que toca a la *fase probatoria* en el Tribunal Internacional de Justicia, ésta se ha interpretado aludiendo a que llega hasta el fin de procedimiento escrito, salvo alguna decisión especial que determine un plazo para la presentación de documentos nuevos previsto por el artículo 52⁷⁷ del Estatuto. Si después de ese momento se presentaran documentos nuevos, se presume el consentimiento cuando la otra parte, tras haber recibido copia de los documentos, no manifiesta oposición. Ahora bien, si el otro Estado se opusiere, el Estatuto permite al Tribunal rechazar los documentos extemporáneos, sin obligarle a conocerlos.

Sobre la *acumulación de causas*, ocurre con frecuencia en los procesos ante el Tribunal cuando dos Estados hacen causa común pudiendo incluso designar un sólo juez *ad hoc* como si de una sola parte se tratase. El Tribunal acumula las instancias introducidas por las demandas de los gobiernos cuando el objeto del litigio es común a todos.

Por otro lado, el Tribunal ha considerado que un arreglo o negociación extrajudicial entre las partes es independiente de la adopción de las medidas conservatorias, y las sigue considerando necesarias por razones jurídicas aun cuando se aplique el arreglo o negociación en cuestión. En el Caso de las Zonas Francas de la Alta Saboya y del País de Gex, las Partes acordaron con anticipación su decisión de mantener el *statu quo* antes de llevar el caso al Tribunal. Ahora bien, si la acción cautelar llegara a la jurisdicción del Tribunal,

⁷⁶ Vid. DRL: www.nacion.com/ln_ee/2003/noviembre/17/ultima-la16.html, reproduce cable noticioso de la agencia EFE.

⁷⁷ Este artículo señala: “Una vez recibidas las pruebas dentro del término fijado, la Corte podrá negarse a aceptar toda prueba adicional, oral o escrita, que una de las partes deseara presentar, salvo que la otra dé su consentimiento”.

en circunstancias de urgencia, tendría prelación sobre cualquier otro asunto.

Como referencias finales en este apartado, diremos que la Corte podrá indicar medidas total o parcialmente distintas de las solicitadas o medidas que daban ser tomadas o cumplidas por la misma parte que haya formulado la demanda (Art. 75.2 del Reglamento). El rechazo de una demanda de indicación de medidas provisionales no será obstáculo para que la parte que las haya solicitado pueda presentar en el mismo asunto una nueva demanda basada en hechos nuevos, situación que se reproduce en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

La Corte de La Haya puede revocar o modificar en todo momento antes del fallo definitivo del asunto, cualquier decisión relativa a medidas provisionales si un cambio en la situación lo justifica. La Parte que proponga la revocación o modificación deberá indicar fehacientemente el cambio en la situación; esto obviamente conlleva dar oportunidad a las Partes de presentar observaciones al respecto (Vid. Art. 76 del Reglamento).

2.6 Las providencias, dentro de éstas, la ordenanza de medidas precautorias

El artículo 48⁷⁸ del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia faculta a éste para dictar las providencias necesarias para dar mejor curso al proceso. La aplicación de este artículo ha sido muy amplia, ha rebasado en ocasiones el formalismo inherente a todo proceso judicial, en aras del principio de efectividad. El Tribunal ha adoptado providencias para fijar los plazos procesales, nombrar peritos y señalar sus remuneraciones, acordar la suspensión del procedimiento sobre el fondo una vez presentada la excepción preliminar, unir la excepción al fondo del asunto, aceptar el desistimiento, *indicar medidas conservatorias*, excluir asuntos del registro del Tribunal, invitar a las partes a que suministren informaciones, excluir documentos presentados como pruebas, pronunciarse sobre la designación de jueces *ad hoc*, etc. Importa señalar que el Tribunal a este tipo de providencias no les otorga o concede fuerza de cosa juzgada.

⁷⁸ El artículo 48 del Estatuto reza literalmente lo siguiente: “La Corte dictará las providencias necesarias para el curso del proceso, decidirá la forma y términos a que cada parte debe ajustar sus alegatos, y adoptará las medidas necesarias para la práctica de pruebas”.

El juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Cançado Trindade señala, que "... por haber dejado la CIJ, por más de cinco décadas, de precisar los efectos jurídicos de la indicación de sus propias medidas provisionales, tal indefinición generó incertidumbres en la teoría y la práctica sobre la materia, conllevando al incumplimiento, por los Estados demandados, de medidas provisionales por ella indicadas en los últimos años"⁷⁹; y añade que, "fue necesario esperar más de medio siglo para que, en reciente sentencia del 27.06.2001, la CIJ finalmente llegase a la conclusión de que las medidas provisionales por ella indicadas son vinculantes"⁸⁰.

El mismo autor⁸¹ observa que "a pesar de las incertidumbres que circundaron la materia, la jurisprudencia internacional buscó, a lo largo

⁷⁹ Transcribimos textualmente sus citas: "Por ejemplo, las medidas provisionales indicadas (el 08.04.1993) en el Caso de la Aplicación de la Convención contra el Genocidio (Bosnia-Herzegovina versus Yugoslavia (Serbia y Montenegro)) dejaron de ser cumplidas por el Estado demandado y no mejoraron la situación en la región. K. Oellers-Frahm, "Anmerkungen zur einstweiligen Anordnung des Internationalen Gerichtshofs im Fall Bosnien-Herzegovina gegen Jugoslawien (Serbien und Montenegro) vom 8 April 1993", 53 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1993, pp. 638-656. Es para mí sorprendente que se haya intentado explicar o justificar tal incumplimiento de las medidas provisionales por parte de Yugoslavia, la cual, si las cumpliera, estaría siendo "inconsistent with its claim of lack of responsibility for the acts complained of"; S. Oda, "Provisional Measures. The practice of the International Court of Justice", *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of R. Hennings* (eds. V. Lowe y M. Fitzmaurice), Cambridge, University Press/Grotius Publ., 1996, pp. 555-556. Añade Cançado Trindade que esta visión es estatocéntrica de la materia, lamentablemente autorizada por el *interna corporis* de la CIJ. Otros ejemplos residen en las medidas provisionales indicadas por la CIJ en los Casos Breard (Paraguay versus Estados Unidos, el 09.04.1998) y LaGrand (Alemania versus Estados Unidos, el 03.03.1999), que tampoco fueron cumplidas por el Estado demandado, afectando por tanto a la reputación de éste último como a la autoridad de la CIJ. Ch. Tomuschat, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", 281 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Hague*, 1999, pp. 415-416".

⁸⁰ Cfr. International Court of Justice, LaGrand case, Press Release 2001/16-bis, del 27.06.2001, pp. 1, 4-6 y 9-10. Obsérvese que la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue el primer tribunal internacional en afirmar la existencia de un derecho individual a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal; cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva n. 16 (OC-16/99), del 01.10.1999, Serie A, n. 16, pp. 3-123, paras. 1-141. Esta histórica opinión consultiva revela el impacto del Derecho internacional público, específicamente al haber sido la Corte Interamericana el primer tribunal internacional en advertir que el incumplimiento del artículo 36 (1) (b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 se daba en perjuicio no sólo de un Estado Parte sino también de los seres humanos en cuestión (tal como también lo acaba de admitir, con posterioridad, la CIJ en el supracitado Caso LaGrand).

⁸¹ Cançado Trindade, Antonio, Ibíd., *Prólogo...*, Serie E., No. 3, p. Viii.

de los años, la *naturaleza jurídica* de las medidas provisionales, de carácter esencialmente preventivo, indicadas u otorgadas sin perjuicio de la decisión final en cuanto al fondo de los casos respectivos. Dichas medidas pasaron a ser indicadas u ordenadas por los tribunales internacionales contemporáneos⁸², además de los nacionales⁸³. Su uso generalizado en los planos tanto nacional como internacional ha llevado a una corriente de la doctrina contemporánea a considerar tales medidas como equivalentes a un verdadero *principio general del Derecho*, común a virtualmente todos los sistemas jurídicos nacionales, y convalidado por la práctica de los tribunales nacionales, arbitrales e internacionales⁸⁴.

Para finalizar esta sección, procede advertir que el Tribunal de La Haya ha rehusado en ciertos casos indicar medidas precautorias. En el Caso del Mar Egeo negó las medidas en razón de que Grecia no podía demostrar perjuicio irreparable a sus derechos en disputa y en la Orden de 29 de julio de 1991, en el Caso del Passage through the Great Belt⁸⁵, también negó las medidas, porque no habría pérdida económica actual para Finlandia y la decisión de la Corte saldría antes de que aquella pérdida se produjera.

2.7 El papel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

Una vez adoptadas⁸⁶, el Tribunal comunica su decisión al Secretario General de las Naciones Unidas, para que éste las transmita al Consejo

⁸² Cfr. Bernhardt, Rudolf (ed.), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 1994, pp. 1-152.

⁸³ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *Batalla por las Medidas Cautelares*, 2ª ed. ampliada, Madrid, Civitas, 1995, pp. 25-385.

⁸⁴ Cfr. Collins, Lawrence, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", 234 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1992) pp. 23, 214 y 234.

⁸⁵ Cfr. Decaux, Emmanuel: "L'affaire du passage par le Grand-Belt" (Finlande c. Danemark) Demande en indication de mesures conservatoires. Ordonnance du 29 juillet 1991. En *Annuaire Français de Droit International*. XXXVII, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique CNRS, Paris, 1991.

⁸⁶ Una vez indicadas, el Tribunal mantiene un levísimo control sobre las mismas, específicamente sobre su ejecución, reservándose, eso sí, la posibilidad de solicitar información a las partes acerca de la puesta en la práctica de las medidas dictadas.

de Seguridad⁸⁷. En concreto el artículo 77 del Reglamento de la Corte dispone: “Cualquier medida indicada por la Corte de acuerdo con los Artículos 73 y 74 de este Reglamento, y cualquier decisión tomada por la Corte de acuerdo con el párrafo 1 del Artículo 76 de este Reglamento, serán comunicadas inmediatamente al Secretario General de Naciones Unidas para su transmisión al Consejo de Seguridad, de acuerdo con el párrafo 2 del Artículo 41 del Estatuto”.

En el Caso de la Anglo-Iranian Oil Co., el Tribunal accedió a la petición, pero el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no pudo tomar medida alguna para poner en práctica las medidas preparadas. Esta fue una de las primeras dificultades que afrontó la Corte por la reacción iraní a las medidas provisionales indicadas⁸⁸. En el segundo Caso “Compañía Interhandel”, el Tribunal consideró que no había urgencia alguna y, por tanto, rechazó la petición. Rosenne a la sazón dice: “Como esta facultad es excepcional, el Tribunal es muy estricto acerca de la insistencia en la observancia de las normas procesales correspondientes. No dará instrucciones a las partes de abstenerse de medidas capaces de perjudicar el objeto del litigio a no ser que se invoque específicamente su facultad de adoptar medidas cautelares”⁸⁹.

La responsabilidad de obligar a los Estados viene conferida expresamente al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por el artículo 24 de la Carta de la O.N.U. Dispone este artículo:

1. A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa en nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad.
2. En el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Los poderes otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de dichas funciones quedan definidos en los capítulos VI, VII, VIII y XII.
3. El Consejo de Seguridad presentará en la

⁸⁷ Se trata de tener informado al Consejo de Seguridad de la ONU acerca de las posibles situaciones que podría acarrear la ordenanza en situaciones que podrían convertirse en una amenaza para la paz internacional, o bien, podría suponerse que se comunica a ese órgano en caso de incumplimiento.

⁸⁸ Cfr. M.S. Rajan, *United Nations and Domestic Jurisdiction*, Bombay, Calcuta, Madras, Orient Longmans, 1958, pp. 339 y 442 n. 2.

⁸⁹ Rosenne, Shabtai, *El Tribunal...*, ob. cit., p. 132.

Asamblea General para su consideración informes anuales y, cuando fuere necesario, informes especiales.

Por último, el Tribunal tiene el criterio de que su función es dar por aceptada la buena fe de las Partes y no tomar medidas que puedan exacerbar un conflicto ya iniciado. Además, la Corte podrá solicitar información de las partes sobre cualquier cuestión relativa a la puesta en práctica de las medidas provisionales que haya indicado⁹⁰.

2.8 Aplicación de las medidas cautelares en los emblemáticos Casos “Anglo Iranian Oil Co.” y “Compañía Interhandel”.

a. Anglo Iranian Oil Co.

Las tensiones entre Irán y el Reino Unido acerca de las actividades de la Anglo Iranian Oil Company se prolongaron a lo largo de muchos años. La concesión originaria fue otorgada por el gobierno persa en 1901. Al cabo de la Primera Guerra Mundial, el gobierno planteó diversas quejas, entre ellas que la compañía no prestaba atención a los intereses nacionales del país. En 1932 el conflicto alcanzó virulencia. Para el año 1933 se negoció un nuevo convenio de concesión entre Irán y la Compañía por medio del Consejo de la Sociedad de Naciones, al que el Reino Unido había planteado el caso, y, en 1949, un acuerdo complementario destinado a incrementar los beneficios persas en la concesión no fue ratificado por el parlamento de Irán. La situación se agravó en 1951 cuando el parlamento persa nacionalizó la industria petrolera en todo el país. El gobierno británico adoptó medidas de envío de fuerzas armadas para la defensa de los nacionales residentes en Irán. Más adelante decidió llevar el conflicto al Tribunal de La Haya, demandando a Irán con fecha 26 de mayo de 1951, fundada en la jurisdicción obligatoria.

A raíz de los anteriores acontecimientos, los hechos se hicieron cada vez más graves, al punto de temerse la destrucción de las instalaciones de la compañía. Consecuentemente, el 22 de junio de 1951, el gobierno británico planteó al Tribunal una *petición urgente de medidas provisionales de protección* con el fin de garantizar a la compañía la integridad de sus instalaciones. El gobierno persa negó inmediatamente que el Tribunal tuviera jurisdicción para tratar esta petición y no compareció a la vista oral, ni nombró siquiera su juez *ad hoc*. El 5 de

⁹⁰ Cfr. Art. 78 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia.

julio de 1951, el Tribunal, convencido de que tenía competencia para ello, dictó un auto accediendo a la solicitud británica. Este auto no fue ejecutado por Irán y, en septiembre, el Reino Unido llevó al Consejo de Seguridad la cuestión de su cumplimiento.

El gobierno persa designó a su agente y también a un juez *ad hoc*, pero, en lugar de exponer sus alegatos de fondo, planteó excepciones dilatorias. En sentencia de 22 de julio de 1952, el Tribunal consideró que carecía de jurisdicción sobre un gran número de puntos, la mayor parte de carácter técnico. Sin embargo, en el curso de la explicación de sus razones hubo de afrontar una perspectiva de conflicto que venía dificultando las relaciones jurídicas entre las partes⁹¹.

El argumento esgrimido por Irán para rechazar la autoridad de las decisiones cautelares del Tribunal de La Haya, fue el referido al carácter de ordenanza o resolución que revisten los pronunciamientos judiciales cautelares internacionales, desprovistos para Irán de fuerza de cosa juzgada inherente a las sentencias. A propósito de este criterio, la fuerza jurídica obligatoria de las medidas conservatorias no puede buscarse en razones de orden formal; de suyo, su razón de ser está apegada al carácter teleológico de urgencia y gravedad para evitar daños irreparables.

Se puede extraer de este caso a modo de conclusión que, los Estados, cualquiera que sea, están en el deber de asumir de buena fe las ordenes de medidas provisionales emanadas de tribunales internacionales, por virtud de que ellas *per se* no están dirimiendo el fondo del asunto, simplemente están aprovisionando una situación que ha surgido. Además, uno de los compromisos internacionalmente reconocidos es el de *pacta sunt servanda*, independientemente de la ideología, la estructura o sistema político, sus convicciones morales o religiosas, y el tipo o elaboración del Derecho en el Estado.

b. Compañía Interhandel

También en el Caso de la Compañía Interhandel, tenemos un buen ejemplo de los orígenes de las medidas cautelares. Los hechos comienzan en 1942; los Estados Unidos, de acuerdo con el Acta de Comercio con el enemigo, se apropiaron de casi todas las acciones de la General Aniline and Film Company, con base en el hecho de que pertenecía o era controlada por la I. G. Farbenindustrie de Frankfurt,

⁹¹ Rosenne, ob. cit., *El Tribunal Internacional...*, p. 250 ss.

Alemania. Hasta 1940, efectivamente, esta empresa controlaba a la citada compañía constituida en Suiza y llamada Interhandel, pero el gobierno suizo alegó que en 1940 Interhandel rompió relaciones con la compañía alemana, de manera que la General Aniline se hizo suiza y por tanto neutral, deduciéndose que sus bienes no podían ser confiscados como propiedad del enemigo.

Hay que considerar que hacia el fin de la Segunda Guerra Mundial, la propiedad de los alemanes en Suiza había sido bloqueada como consecuencia de un convenio entre la Confederación Helvética y los aliados occidentales, pero la oficina de compensación helvética aceptó el punto de vista de que la Interhandel era una empresa suiza y sus bienes no fueron bloqueados.

Terminada la guerra, un convenio en 1946 disponía el desbloqueo de los bienes suizos en los Estados Unidos y vino a plantear el carácter suizo o alemán de la compañía Interhandel. No se consiguió llegar a un arreglo y en 1948 se entabló procedimiento contra la decisión gubernamental ante los tribunales norteamericanos. Uno de los obstáculos a la demanda era la negativa suiza de aportar ciertos documentos de base, por alegar que constituía una violación al Derecho suizo.

En el curso de los contactos diplomáticos entre los dos gobiernos, los Estados Unidos informaron a Suiza, prematuramente, de que la Interhandel había perdido el pleito en las instancias norteamericanas, y en consecuencia el 2 de octubre de 1957 Suiza planteó una demanda internacional gestionando al gobierno norteamericano la devolución de los bienes de Interhandel. Al día siguiente, Suiza solicitó la adopción de medidas provisionales de protección requiriendo al gobierno de los Estados Unidos que no dispusiera de los bienes y especialmente no pusiera a la venta las acciones que se reclamaban como de propiedad helvética. Los Estados Unidos alegaron inmediatamente que ésta era una cuestión de su competencia interna, de acuerdo con la reserva introducida al efecto en su aceptación de la jurisdicción obligatoria.

La vista oral en torno a la cuestión de las medidas provisionales se celebró del 12 al 14 de octubre de 1957 y el 16 de noviembre se informó al Tribunal Internacional de Justicia que la Corte Suprema de los Estados Unidos había dictado ese mismo día (pero bastantes horas después de la conclusión de la sesión del Tribunal) un auto anulando la condena de las pretensiones del gobierno norteamericano con respecto a la Interhandel y ordenando la reanudación de este procedimiento.

Por tanto, la Corte Suprema informó al Tribunal Internacional de que en modo alguno podía Estados Unidos proceder a la venta de las acciones. En tales circunstancias, considerando el Tribunal que no mediaba urgencia alguna, por medio de un auto del 24 de octubre de 1957, consideró que no eran precisas las medidas provisionales de protección.

Estados Unidos presentó dentro de sus excepciones dilatorias que el Tribunal Internacional carecía de jurisdicción y que la demanda de Suiza era inadmisibile, porque la compañía no había agotado las instancias judiciales internas antes de presentar la demanda en La Haya, aceptando el Tribunal la excepción de inadmisibilidad rechazándose la demanda. Tras nuevos litigios ante los tribunales internos norteamericanos, ambos gobiernos llegaron a un acuerdo amistoso⁹².

2.9 Asuntos Breard y LaGrand

Como antecedente a los asuntos Breard y LaGrand, el Tribunal Internacional de Justicia, en el marco de la protección de los derechos humanos, aceptó el 20 de marzo de 1993 de Bosnia-Herzegovina una demanda contra la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), fundamentada en el artículo IX de la Convención contra el Genocidio, acusando a este último Estado de haber vulnerado normas de Derecho internacional, en concreto la Convención de 9 de diciembre de 1948.

Ferrer Lloret⁹³ manifiesta que El Tribunal se consideró competente *prima facie* para dictar medidas provisionales dentro del ámbito *ratione materiae* delimitado por dicha Convención, entendiendo que Yugoslavia había ratificado esa Convención en 1948 y que tanto Bosnia-Herzegovina como la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) habían sucedido en las obligaciones convencionales de Yugoslavia, al menos en lo que se refiere a esta Convención, sin perjuicio de la resolución definitiva de esa cuestión en la Sentencia sobre ese caso.

Mediante ordenanza de 8 de abril de 1993, el Tribunal decidió por unanimidad que la República Federal de Yugoslavia debía adoptar todas las medidas necesarias para prevenir la comisión del crimen de

⁹² Datos tomados de la obra de Rosenne, ob. cit., pp.264-266.

⁹³ Cfr. Ferrer Lloret, Jaume, *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Editorial Tecnos, Universidad de Alicante, Madrid, 1998, p. 348.

genocidio⁹⁴. Tanto Ferrer Lloret como Ramón Chornet⁹⁵ señalan que las medidas cautelares no fueron respetadas por la República Federal de Yugoslavia. Eso provocó que el Tribunal el 13 de septiembre de 1993 adoptara una nueva orden sobre medidas cautelares, limitándose a reafirmar las medidas provisionales dictadas en su decisión del 8 de abril del mismo año, insistiendo en su carácter obligatorio, cuyo incumplimiento podría constituir una especie de sanción moral contra la parte que las ha incumplido⁹⁶.

Este caso que trataba del genocidio, es decir, exterminio sistemático de un grupo étnico con tintes raciales y religiosos⁹⁷, terminó con una sentencia de fondo del Tribunal, afirmando el órgano judicial el carácter *erga omnes* de las obligaciones contenidas en la Convención de 1948, por lo que los Estados Partes han de cumplirla no sólo en sus territorios sino también en el territorio de terceros Estados, indiferentemente que los actos de genocidio se hayan cometido en el marco de un conflicto armado ya sea éste internacional o civil⁹⁸.

Este caso, con ribetes de protección colectiva de los derechos humanos de impedir la “limpieza étnica”, podría decirse que es la antesala de los casos inmediatamente admitidos y sustanciados sobre derechos humanos individuales (demandas de Estados) de los condenados a pena capital en los Estados Unidos (Breard, LaGrand y los 54 presidiarios mexicanos en EEUU).

⁹⁴ Cfr. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures*, Order of 8 April 1993. ICJ Reports 1993.

⁹⁵ Cfr. Ramón Chornet, C “Nota sobre la Orden de 8 de abril de 1993 de la CIJ en el conflicto Bosnia-Herzegovina”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. X (1994), 301-321.

⁹⁶ *Applicabilité de la convention pour la prévention et la repression du crime de genocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)*. Ordonnance du 13 septembre 1993. ICJ Reports 1993.

⁹⁷ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional establece en su artículo 6 lo que se entiende por genocidio, está orientado hacia aquellos actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

⁹⁸ Sentencia de 11 de julio de 1996.

La práctica y el desarrollo de su jurisprudencia han venido a confirmar la amplia competencia que tiene el TIJ en aplicación del Derecho internacional asumiendo jurisdicción sobre el contenido de convenciones y tratados en diversas materias, entre las que se hallan cuestiones relativas a genocidio y protección consular, pero que en el fondo contienen aspectos relativos a derechos fundamentales, como el derecho a la vida, el debido proceso, las garantías judiciales y consulares, etc. Se entiende que el ingreso del Tribunal de La Haya en terrenos cuyo asunto versaba sobre cuestiones tocantes a genocidio se dio en el marco de la inexistencia, hasta ese momento, del Tribunal Penal Internacional de naciente formación, órgano basado en una competencia sujeta a la responsabilidad penal internacional⁹⁹ en crímenes como genocidio, lesa humanidad, crimen de agresión y crímenes de guerra¹⁰⁰.

El papel del Tribunal Internacional de Justicia en lo que atañe a medidas provisionales se ha puesto en entredicho, con la negativa de algunos Estados de respetar algunos requerimientos. Los asuntos *Breard* y *LaGrand* son dos ejemplos donde, si no fracasaron las medidas, se arriesgó el rol protagónico y vinculante del tribunal internacional, y por ende, la normativa y los principios del Derecho internacional.

Aún con la existencia de esa gran preocupación vinculada con la relativa eficacia de las órdenes y sentencias del Tribunal Internacional de Justicia¹⁰¹, es importante expresar que para el mundo contemporáneo tener a disposición instancias universales de defensa de derechos y protección de bienes y personas, es un avance y a la vez una contención, sobre todo para aquellas naciones que son reacias en suscribir y ratificar convenciones de carácter universal y regional, y aceptar sus correspondientes órganos jurisdiccionales. En efecto, hay reticencia de algunos Estados desarrollados (v.gr., EEUU) de aceptar jurisdicciones regionales quedando como último recurso acudir a La Haya. Quizás ésa fue la intención de Paraguay y México en los casos

⁹⁹ Vid. Art. 25 del Estatuto de la CPI.

¹⁰⁰ Vid. Art. 5 del Estatuto de la CPI.

¹⁰¹ Existen manifestaciones de incumplimiento de medidas provisionales decididas por la Corte en al menos ocho casos en que no resultaron aplicables: *Anglo Iranian*, *Competencia en materia de Pesquerías*, *Ensayos Nucleares*, *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán*, *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, el asunto relativo a la aplicación de la *Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio*, además del Caso *Breard* y del Caso *LaGrand*.

relacionados con nacionales de esos Estados, así como de Alemania respecto del Caso LaGrand.

a. El Caso Breard (Paraguay c. Estados Unidos)

Para profundizar en el tema de los derechos fundamentales en sede de La Haya, el Caso Breard es ilustrativo y suscitó, en su momento, gran controversia internacional, tras el flagrante desacato de una orden expresa del TIJ que exigía a Estados Unidos detener el proceso de ejecución.

El gobierno de Paraguay presentó una demanda contra los Estados Unidos en razón de la violación a la Convención de Viena de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares. Paraguay fundamentó la competencia de la Corte de La Haya en el párrafo primero del artículo 36 de su Estatuto y el artículo 1 del Protocolo Facultativo sobre la Resolución Obligatoria de Controversias, concerniente a la reglamentación de las obligaciones de los diferendos que acompañan la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

En 1992, las autoridades del Estado de Virginia tenían prisionero a un natural de la República de Paraguay (M. Angel Francisco Breard), quien fue acusado, juzgado y declarado culpable de homicidio voluntario y condenado a pena capital en 1993 por la jurisdicción de Virginia. El problema se da cuando las autoridades de ese Estado de la Unión Americana no cumplen con el párrafo primero del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que enuncia el derecho del Estado del cual es nacional el condenado de ser informado de tal decisión. En otras palabras, el Estado de Virginia tenía que comunicar a los funcionarios consulares paraguayos las condiciones de detención y advertirle por medio idóneo –correo– la reclusión y condenatoria.

Las autoridades de Virginia nunca negaron que no informaron a Breard de sus derechos consulares. Cuando los funcionarios paraguayos tuvieron conocimiento de la violación del tratado de 1963, la causa ya había pasado por los tribunales de apelación del Estado. En apoyo al recurso de Paraguay los gobiernos de Argentina, Brasil, Ecuador y México presentaron un Informe conjunto *amicus curiae* que subraya la importancia de la asistencia consular de acuerdo con el Convenio de

Viena y destacan la necesidad de buscar una solución eficaz ante las violaciones del tratado en Estados Unidos¹⁰².

Al acercarse la fecha de ejecución, efectivamente, Paraguay solicitó al TIJ que emitiera una decisión para que no se llevara a cabo la ejecución, dada la violación de los derechos consulares. Siendo Estados Unidos y Paraguay signatarios del Protocolo Facultativo, estaban obligados a cumplir con toda decisión que adoptara la Corte de La Haya en ese tipo de conflictos.

Para el año 1998 (7 de abril) los representantes de ambos países presentaron los respectivos alegatos ante el TIJ. Paraguay alegó que la violación al artículo 36 del Convenio de Viena había contribuido directamente a la pena de muerte de Breard y que la solución adecuada era que Virginia lo procesara de nuevo. Por su parte, los Estados Unidos sostuvieron que la CIJ no tenía competencia en causas penales de EEUU y que las autoridades estadounidenses ya habían enviado “disculpas” al gobierno de Paraguay. De esa forma EEUU minimizó la importancia de los derechos consulares de los extranjeros en ese país.

La providencia unánime de medidas provisionales se dio el 9 de abril de 1998¹⁰³, ordenando el TIJ a los Estados Unidos que “tomaran todas las medidas a su alcance para aplazar la ejecución de Breard mientras la Corte Internacional adoptara una decisión definitiva sobre la propia violación del tratado”¹⁰⁴.

¹⁰² El Informe *Animus Curiae* señala que el Departamento de Estado de los Estados Unidos interviene rápida y enérgicamente cuando se priva de sus derechos consulares a ciudadanos estadounidenses detenidos en el extranjero. Como ejemplo, el informe citaba el texto de un telegrama del Departamento de Estado al Gobierno de la República Árabe de Siria, en que Estados Unidos protestaba por la denegación de asistencia consular a dos ciudadanos americanos detenidos.

¹⁰³ El juez estadounidense Stephen M. Schwebel, no obstante estar investido de la figura de Presidente, no participó en el procedimiento que se sustanció en este caso. En opiniones separadas se indicó que “una disculpa no ayuda a un acusado”, y añadieron categóricamente los jueces que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares debe ser cumplido en todo el mundo. Incluso el Vicepresidente de la Corte que actuaba en tanto que Presidente en este caso, dirigió una carta al gobierno de Estados Unidos el 2 de marzo de 1999, indicando “Ejerciendo la presidencia de la Corte en virtud de los artículos 13 y 32 del Reglamento de la Corte, y actuando de acuerdo con las disposiciones del párrafo 4 del artículo 74 de dicho reglamento, llamo por la presente la atención del gobierno sobre la necesidad de actuar de manera que toda ordenanza de la Corte sobre la demanda en indicación de medidas provisionales pueda tener efectos deseados” (vid. párrafo 11 de la ordenanza de 3 de marzo de 1999).

¹⁰⁴ Textualmente en idioma francés dijo: “Les Etats-Unis doivent prendre toutes les mesures dont ils pour que M. Ángel Francisco Breard ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente instance n’aura pas été rendue, et doivent porter à la connaissance de la Cour toutes les mesures qui auront été prises en

En los últimos días que precedieron a la ejecución se presentaron nuevos recursos ante la Corte Suprema de los EEUU basados en la ordenanza del TIJ. No obstante, el gobierno pidió a la Corte que no concediera el aplazamiento de la ejecución, puesto que la asistencia de funcionarios consulares no habría cambiado el resultado de los procedimientos penales¹⁰⁵. A las 19:35 horas del día 14 de abril, la Corte Suprema dictó finalmente sentencia sobre el asunto *Breard*¹⁰⁶, menos de dos horas antes del momento fijado para la ejecución. La resolución, aprobada por 6 votos a favor y 3 en contra, desestimaba todos los recursos. A las 22:30 horas Ángel Francisco Breard fue ejecutado mediante inyección letal.

Para Amnistía Internacional, opinión que compartimos:

Los compromisos internacionales deben cumplirse de buena fe y las autoridades de un país no pueden autoeximirse de esas obligaciones aduciendo trabas en su legislación interna. No puede invocarse la existencia de normas nacionales de rango constitucional, legislativo o reglamentario para evitar o atenuar el cumplimiento de preceptos internacionales. Estos son los principios generales del derecho de gentes en la jurisprudencia, junto con el principio de que no pueden utilizarse las resoluciones judiciales internas como obstáculo para el cumplimiento de obligaciones internacionales. Estos principios se afirman en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, firmada por Estados Unidos en 1970¹⁰⁷.

b. Caso LaGrand (Alemania c. Estados Unidos)

Los hermanos LaGrand, de 35 y 37 años respectivamente fueron juzgados por un Tribunal de Arizona, que los reconoció culpables del homicidio del director de una oficina bancaria, siendo condenados a

application de la présente ordonnance”. Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis D’Amérique). Ordonnance du 9 avril 1998.

¹⁰⁵ Las autoridades de Estados Unidos siempre afirmaron que el Estado de Virginia tenía el derecho legal de proceder a la ejecución, aunque hubo preocupación por el hecho de que a ciudadanos estadounidenses se les pudiesen socavar los derechos consulares (Nota de Madeleine Albright al Gobernador Gilmore de Virginia).

¹⁰⁶ La Corte Suprema determinó que la Constitución de los Estados Unidos prohíbe procesos entablados por gobiernos extranjeros contra Estados de la Unión Americana. En DRL: <http://www.amnistia.org.py/pena2.html>

¹⁰⁷ Véase DRL: <http://www.amnistia.org.py/pena2.html>

muerte y ejecutados el 24 de febrero –uno de ellos– y el 3 de marzo –el otro–.

Como bien señala Torrecuadra García-Lozano,

El caso no tendría mayor relevancia desde el punto de vista jurídico internacional, si no fuera porque la ejecución de los hermanos LaGrand tuvo lugar contraviniendo una ordenanza de la Corte Internacional de Justicia –en adelante CIJ–, que, recordemos, es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas. En efecto, Alemania, Estado del que ambos condenados eran nacionales, acudió a la CIJ para demandar a los Estados Unidos porque en este asunto –igual que ocurriera el pasado año con el ciudadano paraguayo A.F. Breard–, las autoridades estadounidenses ni habían informado a los detenidos del derecho de asistencia consular que les ampara en aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, ni habían notificado la detención al Estado del que eran nacionales los presuntos homicidas, tal y como prescribe el citado texto convencional¹⁰⁸.

Este caso es particularmente interesante ya que se asemeja el tipo de asuntos tramitados por los tribunales internacionales de derechos humanos, particularmente aquellos casos substanciados por la Comisión IDH y por la Corte IDH, conexos con los sentenciados a pena capital en Trinidad y Tobago, Jamaica y los mismos Estados Unidos (medidas cautelares de la Comisión).

En efecto, antes de la ejecución del segundo hermano en Phoenix, Arizona, el TIJ utilizó un procedimiento no muy usual, como fue fundamentar las medidas provisionales ex officio bajo el fundamento del artículo 75.1 del Estatuto del alto tribunal¹⁰⁹, debido a la exigencia de las circunstancias, en el sentido de que Alemania fundamentaba objetivamente la extrema urgencia en la actuación del órgano jurisdiccional en virtud de que la ejecución estaba fijada para el día siguiente en que ese Estado solicitó tales medidas. Las medidas provisionales las adoptó el Tribunal sin escuchar previamente las

¹⁰⁸ Cfr. Torrecuadra García-Lozano, Soledad, “El incumplimiento de las ordenanzas sobre medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia: El Caso LaGrand”, en *Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 98. 2000. El trabajo está publicado en versión digital. Vid. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/98>.

¹⁰⁹ El Tribunal Internacional de Justicia justificó la utilización por primera vez en su historia del artículo 75.1 del Estatuto para indicar las medidas provisionales sin contar con la audiencia a las partes a raíz de la extrema urgencia exigida por la situación, y debido a que Alemania a falta de información consular no había podido someter el asunto en tiempo útil.

opiniones de las partes implicadas en el proceso, lo que fue un gran avance en el estrado judicial internacional.

El controvertido tecnicismo procesal consistió en que una demanda interestatal en sede de La Haya, aun en las que se solicite se indiquen medidas provisionales, el procedimiento prescribe una audiencia a la parte demandada. En este caso, Estados Unidos alegó que no había podido presentar sus argumentos, siendo que Alemania era el Estado demandante. Obviamente hubo una ruptura, gestándose una decisión inaudita, por cuanto el caso entrañaba garantías a un individuo, similar a la posición que hubiera adoptado cualquier tipo de tribunal de derechos humanos. Ciertamente la urgencia no daba para llevar a cabo ese acto procesal. Ese fue uno de los puntos que debatió el juez Schwebel acompañando la posición del gobierno de los Estados Unidos. No obstante, se consideró el espíritu del artículo 41 del Estatuto del TIJ, del cual se desprende la discrecionalidad de la Corte para la indicación de medidas, y las pautas del procedimiento a seguir en cada caso concreto, en función de las circunstancias particulares del asunto que se esté conociendo.

Acompañando la ordenanza, el juez japonés Shigeru Oda, quien suscribió la ordenanza por razones humanitarias, señaló algunos aspectos adicionales, tales como que el Tribunal no es de apelaciones y no puede actuar como tal, estimando que la CIJ es una instancia judicial destinada a resolver diferencias relativas a los derechos y obligaciones de los Estados “(...) y en esta ocasión no nos encontramos ante una de ellas”. En otras palabras insinuó que la Corte no debía intervenir en esas materias (derechos humanos). Estimó, por razón de especialidad, que la pena de muerte era contraria al artículo 6 del Pacto de Nueva York de 1966 de Derechos Civiles y Políticos, lo que no era una materia que debía determinar el TIJ, haciendo indirectamente clara alusión a que debió corresponderle al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Estimó que el Caso LaGrand no debería ser un precedente en la historia de la Corte¹¹⁰.

Los efectos de las medidas provisionales fueron insatisfactorios. La llamada de atención del Tribunal sirvió muy poco puesto que el resultado obtenido por la ordenanza fue el mismo del asunto *Breard*: tanto las autoridades del Estado de Virginia como las del Estado de Arizona hicieron oídos sordos a la ordenanza del Tribunal.

¹¹⁰ Declaración del Juez Oda a la ordenanza de 3 de marzo de 1999 del Tribunal Internacional de Justicia.

Parece que el asunto no quedó ahí, ya que el 9 de enero del 2003 el Estado de México introdujo ante la CIJ una instancia¹¹¹ equivalente a los Casos expuestos Breard y LaGrand de medidas cautelares contra Estados Unidos de América precisamente por violación del artículo 36¹¹² de la Convención de Viena sobre relaciones consulares del 24 de abril de 1963, cuyo efecto inmediato fue la ordenanza de indicación de medidas precautorias del 5 de febrero de 2003 a favor de Avena y otros 54 prisioneros mexicanos condenados a pena capital en EEUU.

3. Sistema interamericano de derechos humanos de las Naciones Unidas

Se ha de hablar de *Sistema* de Derechos Humanos de Naciones Unidas por virtud de que, en el plano de los mecanismos convencionales, está compuesto por tres Comités, el *Comité de Derechos Humanos* bajo el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el *Comité Contra la Tortura* bajo el artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y el *Comité para la eliminación de la Discriminación Racial* bajo el artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Por la relevancia de la jurisprudencia sobre medidas provisionales interesa estudiar el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura.

3.1 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966,

¹¹¹ En uso de los artículos 41 y 48 del Estatuto de la Corte y 73,74 y 75 de su Reglamento.

¹¹² *Artículo 36. Comunicación con los nacionales del Estado que envía:*

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado.

conoce denuncias interestatales justamente bajo el cobijo de ese Pacto, y denuncias individuales en virtud del Protocolo Facultativo también a dicho Pacto. Debido a su extensa cobertura, se le ha considerado uno de los mecanismos convencionales más extendidos para el examen de denuncias individuales por abarcar un significativo número de Estados en el orbe.

Es un órgano de la ONU independiente y especializado¹¹³. En cuanto a su ámbito de acción, la competencia del Comité para conocer denuncias no es obligatoria para los Estados Partes en el Pacto, sino tan sólo para los Estados que ratifican el Protocolo.

Tanto el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tienen facultades para tomar medidas cautelares de carácter provisional en casos urgentes, aunque la práctica parece indicar que el procedimiento de la Comisión regional es más ágil al respecto, aun cuando el Comité nombre un Relator Especial.

La facultad del Comité de Derechos Humanos está regida por el artículo 86 de su Reglamento, que dice textualmente: “El Comité podrá, antes de transmitir sus opiniones definitivas sobre la comunicación al Estado Parte interesado, informar a ese Estado si estima conveniente la adopción de medidas provisionales para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación alegada. En tal caso, el Comité informará al Estado Parte interesado de que tal expresión de su opinión sobre las medidas provisionales no implica ningún juicio sobre el fondo de la comunicación”.

En los informes del Comité constan algunos antecedentes sobre la aplicación de este artículo. En el caso de un refugiado cuya extradición había sido solicitada, el Comité instó al país de refugio en el sentido de que el refugiado no debe ser entregado ni devuelto al país “X” mientras la denuncia estaba bajo consideración. El Comité reiteró dicha advertencia al recibir las observaciones del Estado Parte impugnando tanto la admisibilidad como el fundamento de la denuncia¹¹⁴.

¹¹³ Este Comité está compuesto por dieciocho expertos independientes, electos por una Asamblea de los Estados Partes en el Pacto, se reúne tres veces al año en las sedes de las Naciones Unidas de Ginebra y Nueva York. El Comité puede ser considerado como un mecanismo reconocido internacionalmente para la protección de los Derechos Humanos. La competencia del Comité *ratione materiae* es amplia, comprende todos los derechos reconocidos en el Pacto, pero no incluye derechos reconocidos en otros instrumentos.

¹¹⁴ O.E. c. S., Comunicación No 22/1977, decisiones p. 7.

El Comité también ha mostrado preocupación por las condiciones de detención de presos cuando el denunciante, generalmente un familiar, hace notar la precaria salud del detenido. En casos de esta naturaleza el Comité ha adoptado decisiones interinas pidiendo información concreta sobre la salud del interesado, y ha solicitado se le otorgue atención médica adecuada, aunque esa acción no siempre ha sido calificada formalmente como una medida cautelar.

El Comité también ha pedido, en decisiones interinas, información sobre el lugar de detención de la víctima cuando este dato es desconocido. Las medidas interinas sólo pueden ser adoptadas durante el período de sesiones del Comité, constituyendo una limitación muy importante en la eficacia de este mecanismo. El Comité sesiona tres veces por año, generalmente por períodos de sesiones de dos o tres semanas¹¹⁵. Este escenario difiere de la facultad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para resolver situaciones urgentes, sea aplicando directamente medidas cautelares o solicitando a la Corte medidas provisionales en casos de jurisdicción *ex ante* o en proceso ante el órgano judicial. Potestad asumida, incluso cuando no esté la Comisión en período de sesiones (a cargo del Presidente), haciendo del mecanismo un instrumento más ágil que el del Comité.

A continuación traeremos a colación un asunto ventilado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En este caso, se muestra el procedimiento aplicado singularmente por invocación de la adopción de medidas cautelares en favor de un convicto solicitado en extradición por los Estados Unidos. Para mayor claridad del caso, consideramos pertinente relatar con detalle las circunstancias jurídicas y materiales que rodearon el expediente.

Se trata del Caso No. 486/1992, de K. C. contra Canadá¹¹⁶, a propósito de la invocación del artículo 86 del Reglamento del Comité de Derechos Humanos.

El Comité de Derechos Humanos, convocado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptó el 29 de julio de 1992 una decisión sobre admisibilidad, la cual se reproduce a continuación.

¹¹⁵ O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Ira. Edición, Comisión Andina de Juristas, con auspicio de la Fundación Friedrich Naumann y el IIDH, San José, Costa Rica, 1988, p. 461.

¹¹⁶ Comité de Derechos Humanos, decisión de 29 de julio de 1992, aprobada en el 45 período de sesiones.

Antecedentes:

K.C. es ciudadano estadounidense, nacido en 1952, recluso en una penitenciaría de Montreal y expuesto a la extradición a los Estados Unidos. Sostiene que es víctima por parte del gobierno de Canadá de la violación al artículo 6 en relación con los artículos el 26 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Resumen de los hechos expuestos por el autor:

El 27 de febrero de 1991, el autor fue detenido en Laval, Quebec, por robo, cargo del cual se confesó culpable. Mientras estaba detenido las autoridades judiciales recibieron de los Estados Unidos una solicitud de extradición con arreglo al Tratado de Extradición de 1976 entre Canadá y los Estados Unidos.

El autor estaba siendo requerido al mismo tiempo por la justicia en el Estado de Pennsylvania por dos cargos de homicidio premeditado relacionados con un incidente ocurrido en Filadelfia en 1988. Si se le declara culpable, el autor podría ser condenado a la pena de muerte.

De conformidad con la solicitud de extradición del gobierno de los Estados Unidos y con arreglo al Tratado de Extradición, el Tribunal Superior de Quebec ordenó la extradición del imputado a los Estados Unidos.

Canadá abolió la pena de muerte en 1976, salvo en el caso de ciertos delitos militares. Asimismo, la facultad de pedir seguridades de que no ha de imponerse la pena de muerte corresponde, en ese caso, al Ministro de Justicia con arreglo a la sección 25 de la Ley de Extradición de 1985.

En lo que respecta al curso de los procedimientos contra el autor, se declara que el 13 de septiembre de 1991 se presentó un recurso de *habeas corpus* en su nombre; en esta ocasión representado por un abogado. La solicitud fue denegada por el Tribunal Superior de Quebec. El representante del autor apeló ante la Corte de Apelaciones de Quebec el 17 de octubre de 1991.

El abogado de K.C. pidió al Comité de Derechos Humanos la adopción de medidas provisionales de protección dado que la extradición del autor a los Estados Unidos privaría al Comité de su jurisdicción para considerar la comunicación, y al autor de la posibilidad de adoptar otras medidas sobre su comunicación.

En cuanto a la pretensión del recluso:

El autor afirma que la orden de extradición contra él viola los artículos 6 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; adicionalmente sostiene que la forma en que se pronuncian las penas de muerte en los Estados Unidos generalmente supone discriminación contra las personas negras. Dice además que se viola el artículo 7 del Pacto en tanto que, si se concede la extradición y se le condena a muerte, se vería expuesto al “fenómeno de los que están en capilla”, esto es, años de reclusión en condiciones sumamente duras, en espera de la ejecución.

Alegato del Canadá:

El 30 de abril de 1992, el Estado Parte informó al Comité que el autor aún cuenta con recursos pendientes ante los tribunales canadienses, que obviamente están a su disposición. Señala que el caso está sometido ante el Tribunal de Apelaciones de Quebec, y si su decisión fuera desfavorable para el autor, éste podría apelar ante el Tribunal Supremo de Canadá. Y si la decisión de éste último también fuera desfavorable, aún podría solicitar al Ministro de Justicia que pida seguridades, conforme al Tratado de Extradición entre Canadá y los Estados Unidos (v.gr., en la eventualidad de que en Estados Unidos lo encontraran culpable y por tanto se pronunciara la pena de muerte, ésta no se daría o impondría, por condicionamiento de seguridades solicitadas por Canadá). Por su parte la decisión del Ministro puede ser objeto de revisión en el Tribunal Superior de Quebec para los recursos de *habeas corpus*, y es posible apelar nuevamente ante el Tribunal de Apelaciones de Quebec y ante el Tribunal Supremo de Canadá. También se puede solicitar su revisión a la División Procesal del Tribunal Federal, y apelar luego ante el Tribunal Federal de Apelaciones y el Tribunal Supremo de Canadá.

Resume el Estado que, en consecuencia, la reclamación de K.C. carece de fundamento puesto que no ha agotado los recursos disponibles en el Canadá y aún cuenta con varias oportunidades para seguir impugnando su extradición¹¹⁷.

¹¹⁷ Cfr. Naciones Unidas, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Asamblea General. Documentos Oficiales. Cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/47/40). Comunicación No. 486/1992, K.C. contra el Canadá (decisión de 29 de julio de 1992, aprobada en el 45° período de sesiones).

El anterior es un lúcido ejemplo de la posibilidad jurídica y material que otorgan las medidas provisionales en asuntos no resueltos por instancias internas (no agotamiento de los procedimientos) que dispone una persona en un Estado como Canadá con una serie de dispositivos de garantía. En este caso el Comité de Derechos Humanos con su capacidad decisoria pudo influir positivamente para accionar los mecanismos jurídicos canadienses.

En el Caso de Gilbert Samuth Kandu-Bo, Khemalai Idrissa y diez personas más contra Sierra Leona¹¹⁸, el Comité de Derechos Humanos recordó que el Relator Especial del Comité había pedido al gobierno de Sierra Leona, de conformidad con el artículo 86 del Reglamento, que suspendiera la ejecución de los peticionarios mientras la comunicación estuviera siendo examinada por el Comité; ello por existir preocupación de ser ejecutados por un pelotón de fusilamiento en las afueras de Freetown el 19 de octubre de 1998, como efectivamente ocurrió.

El Comité envió una petición urgente al Estado, por conducto de la Misión Permanente en Nueva York, mediante la cual se le pedía proporcionar, a más tardar el día 29 de octubre de 1998, aclaraciones sobre las circunstancias que rodearon la ejecución de los peticionarios. El Comité no recibió información alguna del Estado Parte, expresando su indignación por el hecho de que las autoridades del Estado no atendieron las peticiones del Comité de adoptar medidas provisionales de protección de conformidad con el artículo 86 del Reglamento del Comité.

La actitud puesta de manifiesto por el Estado de Sierra Leona fue más lamentable porque se refería a casos que implicaban pena capital que se habían planteado debidamente al Comité y que éste tenía competencia para examinar, y porque se adoptó en el contexto del examen de los primeros casos presentados al Comité respecto de ese Estado, desde que le entrara en vigor el Protocolo Facultativo, cuestión que sucedió el 23 de noviembre de 1996.

Este es un típico caso donde el Estado, a pesar de los compromisos adquiridos en virtud de la ratificación del Pacto de 1966 y su Protocolo Facultativo incumple las obligaciones impuestas por esos instrumentos. Las consecuencias fueron: a) recordar al Estado los compromisos adquiridos, b) deplorar que no haya proporcionado aclaraciones, c)

¹¹⁸ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 841/1998: Sierra Leona. 04/11/98. CCPR/C/64/841/1998, dada en el 64º Período de Sesiones, 1998.

instar al Estado a garantizar por todos los medios que no se repitan situaciones análogas, d) instar al Estado a presentar un Informe sin demora, y e) pedir al Secretario General enviar la decisión al gobierno de Sierra Leona.

El Caso K.C contra Canadá de anterior observación es similar al sustanciado por el Comité en el que medió la figura de medidas provisionales por orden de deportación del Sr. C. (se omitió el nombre) contra Australia¹¹⁹. El Sr. C., iraní internado en prisión de Port Phillip en Melbourne, afirmó ser víctima de violación de los artículos 7 y 9 (2), junto con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. Tras la presentación de la comunicación (23 de noviembre de 1999), el 2 de diciembre de ese mismo año se transmitió una petición de medidas provisionales que tenían por objeto suspender la orden de deportación del autor mientras el Comité examinaba su caso.

El Sr. C. basó su alegato en el temor fundado de persecución religiosa en Irán por pertenecer al grupo cristiano asirio ante su detención por las autoridades de migración por violación de la legislación interna (Ley de migración de 1958) como extranjero sin permiso de entrada en espera de expulsión. Las rigurosas leyes australianas establecían que era imposible su liberación provisional de prisión mientras no se pronunciase la condición de refugiado. En otras palabras, no era posible liberar a una persona a menos que se la expulsase de Australia o se le concediese el permiso de entrada. El autor pasó en prisión desde 1992 y continuaba en ella pasado el año 1999 en franco deterioro de su salud mental, como luego se demostró. Aunque las medidas cautelares fueron infructuosas, en la resolución de fondo el Comité consideró que los hechos violaron el artículo 7 y los párrafos 1 y 4 del artículo 9 del Pacto. Asimismo, el Comité de conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte estaba en la obligación de proporcionar al autor un recurso efectivo. Dada la lesión, se compelió al Estado a pagar una indemnización adecuada. En cuanto a la proyectada deportación, el Estado debería abstenerse de deportar el autor a Irán, así como, evitar en el futuro violaciones análogas.

La conclusión que se extrae de este caso es de desazón por la falta de eficacia del instrumento cautelar por el escaso peso ejercido por el Comité de Derechos Humanos respecto del gobierno australiano, Estado que tiene en vigor en su ordenamiento interno, disposiciones

¹¹⁹ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 900/1999: Australia. 13/11/2002, CCPR/76/D/900/1999.

en materia migratoria a todas luces contrarias a la proporcionalidad y razonabilidad por ejercer criterios de prisión preventiva sin dilucidar prontamente el status migratorio, en este caso particular del Sr. C., sea otorgando permiso de entrada o expulsándolo a un tercer país. Lo positivo consiste en que la decisión del Comité de Derechos Humanos indicó lesión y comprometió al Estado a no enviar al Sr. C. a su país de origen –Irán– por los daños irreparables que ello hubiese conllevado, además del pago de una indemnización.

Es importante indicar que cuando el Comité solicita medidas provisionales a un Estado, dicho Estado, según la práctica no está obligado a satisfacer la solicitud. Igualmente cuando concluyen las investigaciones acerca de una queja, y se adopta una decisión, a ésta se le denomina “criterios” sobre el caso. Sus “criterios” se hacen públicos, pudiendo declarar que el Estado en cuestión ha violado el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, declaración que puede ser política y moralmente muy embarazosa para el Estado que atrae la atención de los medios de comunicación internacionales, ejerciendo presión internacional.

En otra petición¹²⁰ Jouni E. Länsman y otros contra Finlandia, el Comité sustanció un asunto interesante relacionado con una etnia finlandesa que alegaba daño al medio ambiente y su hábitat, como consecuencia de la construcción de carreteras y tala de árboles en áreas destinadas al pastoreo, en concreto a la cría de renos, labor ancestral de los pastores *Muotkatunturi*, catalogados como pueblo indígena o tribal independiente. En efecto, demostraron haber agotado los recursos internos de que disponían e incoaron comunicación ante el Comité de Derechos Humanos pidiendo medidas provisionales de protección según el artículo 86 del Reglamento, haciendo hincapié en la violación al artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, así como al Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas.

El 15 de noviembre de 1995 se pidió al Estado (Finlandia) se abstuviera de adoptar acciones que pudieran causar un daño irreparable al medio que, según los autores, es vital para su cultura y su subsistencia. Además se le pidió al Estado que, si no estimaba conveniente la adopción de medidas provisionales de protección en las circunstancias del caso, informara en tal sentido al Relator Especial

¹²⁰Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 671/1995: Finlandia. 22/11/96, CCPR/58/D/671/1995.

sobre nuevas comunicaciones, exponiéndole las razones en que se apoyaba.

En exposiciones posteriores, los autores advirtieron que la Oficina de la Alta Laponia de la Junta Forestal Central comenzó actividades de tala cortando alrededor de 1000 m³ de madera, de un total programado de 13.000 m³, reiterando al Comité la necesidad de accionar el artículo 86 de medidas provisionales. El problema se produjo cuando otro grupo de la etnia *sami* envió nota manifestando que ellos se dedicaban a la actividad maderera por lo que no deberían ser objeto de trato desigual.

El punto lo vino a poner el Estado el 15 de diciembre de 1995, argumentando que las medidas provisionales de protección se deben dictar con carácter restrictivo y solamente en los casos graves de violaciones de los derechos humanos, cuando la posibilidad de que se produzcan daños irreparables es real, como sucede cuando está en juego la vida o la integridad de la víctima. A juicio del Estado la comunicación no revelaba circunstancias que indicaran la posibilidad de daños irreparables.

El Comité determinó que no estaba en situación de concluir que las actividades realizadas y programadas constituían una negación del derecho de los autores a disfrutar de su propia cultura. Sin embargo, dejó abierta la posibilidad de un nuevo examen al señalar que ante una posible o futura aprobación de planes de tala en mayor escala que los ya aprobados, y siempre que se demostrara que los efectos de los mismos serían graves, cabría la posibilidad de examinar si ello constituye una violación del derecho de los autores a disfrutar de su propia cultura en el sentido del artículo 27 del Pacto.

El Comité tuvo presente que había otras actividades igual de nocivas como la explotación de canteras. En todo caso, advirtió al gobierno que todas esas actividades vistas conjuntamente podrían estar menoscabando el derecho del pueblo *sami* a disfrutar de su propia cultura en situación progresiva de exterminio del hábitat.

En un caso equivalente al anterior¹²¹, los miembros de la Comunidad Rehoboth Baster (Namibia)¹²², representada por su capitán¹²³ J.G.A. Diergaardt y otras autoridades, presentaron comunicación al Comité de Derechos Humanos al afirmar ser víctimas de violación de los artículos 1,14,17, apartados a) y c) del artículo 25, y artículos 26 y 27 del Pacto.

Según la comunicación presentada en 1989, la Comunidad aceptó bajo presiones políticas la transferencia temporal de sus poderes legislativos y ejecutivos en la persona del Administrador General del Territorio del África Sudoccidental a fin de dar cumplimiento a la Resolución 435 (1978) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Alegan que el efecto de esa transferencia expiró el día anterior a la independencia de Namibia y que de pleno derecho el 20 de marzo de 1990 estaba con fuerza jurídica en el territorio de Rehoboth. No obstante, aducen que ese nuevo gobierno no reconoció la independencia de los territorios, o volverlos al *statu quo* ante la Comunidad ni sus leyes ancestrales, expropiando todas las tierras de la Comunidad por obra de la aplicación del anexo 5 de la naciente Constitución.

El Tribunal Supremo de Namibia en 1993 reconoció el *locus standi* de la Comunidad, lo que para el abogado del pueblo *Baster* significaba el reconocimiento como pueblo por derecho propio, rechazando ese mismo Tribunal en 1995 la reclamación de la Comunidad en relación con los bienes comunales. En 1996 el Tribunal Supremo desestimó el recurso de apelación dándose por agotados todos los recursos de la jurisdicción interna.

En la denuncia solicitan al Comité medidas provisionales de protección (artículo 86 del Reglamento), exigiendo que no se produzcan

¹²¹ Cfr. Comunicación No. 760/1997: Namibia. 06/09/2000. CPR/69/D/760/1997, Anexo, Dictamen del Comité de Derechos Humanos emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 69º período de sesiones.

¹²² Según el párrafo 2.1 de la Comunicación No. 760/1997: “Los miembros de la Comunidad Rehoboth Baster son descendientes de colonos indígenas *khoi* y *afrikaans* que residían en un principio en la Ciudad del Cabo pero que se trasladaron a su actual territorio en 1872. Se rigen por sus ‘leyes paternas’ en las que se prevé la elección de un capitán y se consagran los derechos y deberes de los ciudadanos. En la actualidad, pertenecen a la comunidad unas 35.000 personas y el terreno que ocupan (al sur de Windhoek) tiene una superficie de 14.216 km². En esta zona, los *Baster* han desarrollado su propia sociedad, cultura, lengua, economía, gracias a la cual han financiado en gran parte sus propias instituciones, como escuelas y centros comunitarios”.

¹²³ Forma de denominar al líder, en quien se deposita el poder de Gobierno.

expropiaciones, compras ni ventas de tierras comunitarias, que no se cobren arrendamientos y que no se impida pastar a los rebaños en las tierras comunitarias mientras el Comité esté estudiando la comunicación.

El 23 de junio de 1997, el relator especial, si bien no pidió medidas provisionales, solicitó al Estado Parte información y observaciones a la denuncia. Bajo nuevas circunstancias, el 25 de abril de 1999, el abogado de la Comunidad denunció que se les había cortado el suministro de agua y reiteró la solicitud en lo referente a medidas provisionales de protección. No hay constancia de que se haya extendido alguna orden de medidas provisionales, aunque sí hay evidencia de que el Comité entró directamente a resolver el fondo de la controversia concluyendo, entre otras razones que: a) antes de la entrada en vigor para Namibia del Protocolo Facultativo (1995) ya habían ocurrido expropiaciones de esos territorios (1976), b) que corresponde a los tribunales nacionales determinar los hechos en el marco de la interpretación de las leyes nacionales, c) que las tierras utilizadas no son de hecho para el uso exclusivo de pastoreo para los miembros de la Comunidad. En lo que respecta al derecho de participar en los asuntos públicos no se comprobó que a los individuos de la Comunidad se les menoscabara dicho derecho. El Comité consideró violatorio que los miembros de la Comunidad *Baster* fueran obligados a comparecer siempre en idioma inglés, lengua oficial a partir de la independencia; de suyo el voto de mayoría indicó que tenían derecho a utilizar su lengua materna, el *afrikaans*.

En este caso se expresa que la ordenanza de medidas provisionales no sale del seno del Comité sino que surge de una decisión individual del Relator Especial, quien tiene discrecionalidad de ordenarlas o no, lo que le resta fuerza vinculante al órgano. Se observa, también, en la jurisprudencia del Comité, a falta de respuestas oportunas y eficaces de los Estado Partes, sobre todo los de África, un ánimo excesivamente oficioso de entrar a resolver el fondo del asunto. Como ejemplo, veamos el siguiente caso:

Sobre la inoperancia e impotencia del Comité en el dictado de comunicaciones y medidas cautelares es simbólico el Caso Katombe L. Tshishimbi (víctima) presentado por la Sra. Agnès N’Goya contra Zaire (República Democrática del Congo)¹²⁴. Este asunto trata sobre

¹²⁴Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 542/1993: República Democrática del Congo. 16/04/96, CCPR/56/D/542/1993.

el desconocimiento del paradero del señor Tshishimbi, militar de carrera. Su esposa alega que un grupo de paramilitares llamados los “búhos” (*hiboux*) leales al Presidente Mobutu Sese Seko lo detuvieron arbitrariamente y finalmente fue secuestrado la noche del 28 de marzo de 1993. Desde ese día su familia, sus parientes y sus colegas no tienen noticias de él, aunque según la prensa belga estaba detenido en las dependencias del Servicio Nacional de Inteligencia, sitio habitual de malos tratos.

En este caso, como en otros de secuestro, a falta de información fidedigna es inútil agotar procedimientos internos. El Abogado del señor Tshishimbi pidió al Comité que aplicara medidas provisionales de protección de conformidad con el artículo 86 del Reglamento. El Comité comunicó al Estado Parte que aclarara las circunstancias del secuestro, que suministrara información sobre el paradero y el estado de salud, y además, solicitó al Estado Parte en la comunicación del 21 de mayo de 1993 que no adoptara ninguna medida que pudiera causar un daño irreparable a la presunta víctima.

El Estado no suministró información alguna dentro del plazo fijado. Tampoco el Estado parte respondió al segundo envío del expediente de 11 de noviembre de 1993. En la fase de admisibilidad de la comunicación, el Comité manifestó preocupación por la falta de cooperación demostrada por el Estado Parte. De ningún modo el Estado Parte envió información específica sobre los recursos efectivos de que disponía la autora de la comunicación en esas circunstancias. El Comité consideró que podía examinar la comunicación en virtud del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Nuevamente, el Comité reiteró su solicitud al Estado Parte de que suministrara información detallada sobre el paradero del Sr. Tshishimbi y señalara si estaba amparado por la amnistía anunciada por el nuevo gobierno en el verano de 1994. La respuesta fue la misma, el silencio.

Ante estas situaciones queda implícita la transgresión del principio de buena fe y el incumplimiento de los plazos previstos por ocultamiento de información y poca disposición del Estado para cooperar. El Estado Parte nunca reaccionó a la solicitud formulada en mayo de 1993 por el Relator Especial de que se adoptaran medidas cautelares de protección. Hasta el 1 de marzo de 1996 no se había suministrado ninguna información al Comité.

El Comité de Derechos Humanos dispuso que la República Democrática del Congo no protegió con eficacia el derecho del Sr.

Tshishimbi a la libertad y a la seguridad personales, por lo que infringió el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto; asimismo, que el hecho de llevarse a la víctima e impedirle tener contacto con su familia y con el mundo exterior constituye un trato cruel e inhumano que infringe el artículo 7 del Pacto. Finalmente, el Comité instó al Estado Parte a: a) investigar detenidamente las circunstancias del secuestro y detención ilegal del Sr. Tshishimbi; b) enjuiciar a los responsables de su secuestro y detención ilegal; y c) ofrecer una reparación adecuada al Sr. Tshishimbi y a su familia por las violaciones de que han sido objeto sus derechos. El Estado Parte está obligado a garantizar que no se produzcan violaciones similares en el futuro¹²⁵.

La impresión que queda en lo tocante a los comentados casos abriga la idea de la escasa agilidad y fuerza que tiene el Relator Especial y el Comité de Derechos Humanos para la obtención de medidas provisionales oportunas. La decisión no parece revestirse de fuerza obligatoria, más bien se deja al Estado la opción de informar, siempre que lo estime oportuno, sobre la conveniencia de adopción de medidas provisionales. Esa escasa efectividad hace del Comité de Derechos Humanos una instancia poco atractiva y realmente subsidiaria puesto que los quejosos anteponen instancias mayormente efectivas como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la recién creada jurisdicción regional africana de protección de los derechos humanos, instancias que si otorgan mayor beneficio y probabilidad de cumplimiento. Adicionalmente, el lenguaje excesivamente diplomático empleado en la redacción del artículo 86 del Reglamento le resta capacidad de eficacia al Comité frente a los Estados.

No obstante esas críticas, hemos de decir que es un buen espacio y complemento para aquellos Estados y sus ciudadanos que están desprovistos de sistemas regionales, por lo que resulta un órgano apropiado para interponer denuncias individuales, ciertamente lento en su accionar, por su composición, por su periodicidad de sesiones y por los amplios plazos. Goza de una virtud que otros sistemas regionales no tienen: por regla, en las investigaciones realizan visita *in situ* para observar el contexto y las condiciones de los quejosos.

¹²⁵ Cfr. Párr. 7 de la Comunicación No. 542/1993.

3.2 Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes¹²⁶ en su artículo 17 crea un Comité contra la Tortura, compuesto por diez expertos en materia de derechos humanos.

De la lectura de la Convención no hay norma que faculte al Comité contra la Tortura para adoptar medidas provisionales, más bien, las obligaciones que dimanen del Tratado en lo concerniente a medidas necesarias están directamente vinculadas al Derecho interno de los Estados. Así pues, tenemos en la Convención un par de artículos relativos a medidas a adoptar por los Estados, tal como el artículo 2 (1) que señala: “Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”. Esto se complementa con el artículo 5 (2): “Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguna de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo”.

Aun sin vestigio de disposiciones que faculten a este Comité contra la Tortura a adoptar medidas cautelares, se ha considerado importante incluir este apartado debido a que un sinnúmero de denuncias sobre medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos están justamente relacionadas con la Tortura y sus efectos menores, los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Por ejemplo, un caso ventilado por este órgano de Naciones Unidas, es el de Sr. K.N., nacional de Sri Lanka¹²⁷, que solicitó asilo en Suiza¹²⁸. El autor¹²⁹ alegó que su devolución forzada a Sri Lanka

¹²⁶ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, la comunicación entró en vigor el día 26 de junio de 1987, de conformidad con su artículo 27.

¹²⁷ Cfr. inter alia, Sr. L.O. nacional Ghanés contra Canadá. Comunicación No. 95/1997, U.N.Doc. CAT/C/24/D/95/1997 (Decisión: Canadá. 05/09/2000). Este caso toca los mismos temas de solicitud de asilo, deportación, condición de refugiado. El Comité determinó que no había agotado los recursos internos y declaró inadmisibile el caso.

¹²⁸ Cfr. Naciones Unidas, Comité contra la Tortura. Comunicación No. 94/1997: Switzerland. 20/05/98. CAT/C/20/D/94/1997 (Jurisprudence).

¹²⁹ Término utilizado o acuñado singularmente por el Comité contra la Tortura para todas aquellas personas que elevan queja ante su instancia. En acatamiento

por parte de Suiza constituiría una violación del artículo 3 de la Convención.

El autor señaló que era tamil y cristiano. Vivía en la provincia septentrional de Jaffna. Indicó además, que en 1990 durante la guerra entre las “Fuerzas Indias de Mantenimiento de Paz” y los Tigres Tamiles, fue obligado a trabajar para los Tigres. El autor fue detenido por el ejército indio y luego puesto en libertad. En 1995, cuando las fuerzas armadas de Sri Lanka reconquistaron Jaffna, según su dicho, lo estaban buscando a él y a su hermano. En ese año huyó a Kilinochi, ciudad controlada por los Tigres y en 1996 huyó a Roma dado que el ejército de Sri Lanka lo fue a buscar en tres ocasiones según versión de su padre (carta enviada). De Roma pasó a Suiza, y allí la Oficina Federal para los Refugiados rechazó la solicitud de que se le reconociera la condición de refugiado. En 1997 se le ordenó salir de Suiza, recurriendo ante la Comisión de Apelación.

Entre sus alegatos ante el Comité contra la Tortura, el autor dijo que estaba en peligro grave de ser detenido y torturado en Sri Lanka por las fuerzas de seguridad en caso de ser devuelto.

El 18 de noviembre de 1997 el Comité, actuando por conducto del Relator Especial, transmitió comunicación al Estado Parte invitando a presentar comentarios y solicitando no expulsar al autor mientras el Comité estuviese examinando su comunicación. El Estado suizo, el 19 de enero de 1998, informó al Comité que había adoptado las medidas necesarias para suspender la expulsión del autor. Si bien el Estado reconoció la importancia de las medidas necesarias de protección para garantizar que una persona pueda disponer de un recurso efectivo ante el Comité de conformidad con el artículo 22 de la Convención, el Estado señaló que en la Convención no se prevé la posibilidad de solicitar medidas provisionales y que el párrafo 9 del artículo 108 del Reglamento del Comité contra la Tortura es sólo una norma de procedimiento. Según el Estado Suizo, la presentación de una comunicación individual al Comité es y debe seguir siendo un recurso excepcional, no la continuación automática una vez agotados los recursos de la jurisdicción interna, lo que podría afectar el carácter subsidiario del procedimiento de las comunicaciones.

Suiza añadió que el Comité sólo debe aplicar el procedimiento previsto en el párrafo 9 del artículo 108 cuando exista *prima facie* un

de todas las traducciones en idioma español relativas a su jurisprudencia, nos inclinaremos por el mismo concepto.

riesgo importante y grave de que una persona sea sometida a tortura o trato cruel si es deportada. El Estado expresó su preocupación por el hecho de que el Comité solicitó que se suspendiera la expulsión de 9 de los 16 casos relativos a Suiza (antecedentes a este caso), aduciendo que la excepción se había convertido en regla, apuntando que el gobierno suizo examinaba seriamente la situación caso por caso.

El Comité hubo de determinar si el interesado correría personalmente peligro de ser torturado en el país al que regresaría. En consecuencia, la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos en un país no constituye en sí mismo razón suficiente para determinar que una persona correría peligro de ser torturada. En este caso, el Comité no obtuvo pruebas suficientes para determinar que personalmente el autor era objeto de persecución por las autoridades de Sri Lanka con fines de represión, mas parecía que era una de las personas que se sentían atrapadas entre las dos partes en lucha en la guerra civil.

Por tanto, el Comité estimó que no existía riesgo previsible, real y personal de que la persona fuera a ser sometida a tortura. El Comité contra la tortura, actuando en virtud del párrafo 7 del artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, estimó que los hechos examinados no indicaban una violación del artículo 3 de la Convención.

En otra Comunicación, Sr. X contra Países Bajos¹³⁰, un ciudadano zairense informó que estaba a la espera de ser deportado de Holanda, alegando que esa medida violaría el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Según los hechos el autor afirma ser simpatizante del movimiento político *Union pour la Démocratie et le Progrès Social* (UDPS). En 1992 fue detenido junto con otras personas durante una manifestación masiva y retenido durante varios días, afirmando ser golpeado con una cuerda trenzada con alambre. En 1993 lo volvieron a detener mientras colocaba carteles para la UDPS. La solicitud de asilo político fue rechazada por el Secretario de Justicia de los Países Bajos aduciendo que nada demostraba que el Sr. X fuera considerado un opositor político importante y sus actividades eran marginales. Además se estimó que el autor no había demostrado que corría peligro de ser detenido y torturado si regresaba a su país.

¹³⁰ Naciones Unidas, Comité contra la Tortura. Comunicación No. 36/1995: Netherlands. 08/05/96. CAT/C/16/D/36/1995 (Jurisprudence).

El autor en la denuncia afirmó que su regreso forzoso al Zaire equivaldría a una sentencia de muerte, en razón de sus actividades políticas, solicitando al Comité pedir al gobierno de los Países Bajos que adoptara medidas provisionales de protección y que dicha persona no fuese objeto de expulsión mientras el Comité estuviera examinando su comunicación¹³¹.

Ante el pedido, el Estado Parte reconoció el 22 de enero de 1996, que el autor había agotado los recursos internos y no planteó objeción alguna a la admisibilidad de la comunicación y, señaló que el Sr. X no sería expulsado mientras la comunicación estuviera pendiente ante el Comité.

El Comité señaló que estaba dispuesto a considerar que en la primera detención en el Zaire el Sr. X fue maltratado, tomando nota de que en la segunda visita el autor no afirmó haber sido torturado. Por último, el Comité determinó que los períodos de detención fueron cortos, que no era un opositor político activo y que nada indicaba que el “autor” iba a ser buscado por las autoridades de su país. En consecuencia, el Comité consideró que el “autor” no había fundado su alegación de correr peligro de ser torturado si volvía al Zaire.

Un caso donde se alegaron medidas provisionales en el seno del Comité contra la Tortura lo constituyó el Caso de Mr. J.A.V. (Suecia)¹³². El autor de la queja, ciudadano colombiano, en su comunicación de 22 de julio de 2002, afirmaba que su deportación a Colombia constituiría una violación por parte de Suecia del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes. La Comisión, al darle traslado de la queja al Estado sueco pidió, con arreglo al párrafo 1 del artículo 108 de su reglamento, que no se procediera a la expulsión del autor a Colombia en tanto el Comité estuviera examinando la queja. No obstante ese pedido, el Estado Parte informó el 30 de octubre de 2002 que no estaba en condiciones de acceder a la petición del Comité, pues la medida de expulsión del autor estaba ya ejecutándose cuando su gobierno recibió su solicitud de medidas cautelares.

El autor de la queja afirmaba que era miembro del movimiento Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), así como de

¹³¹ Cfr. párr. 3.2 de la Comunicación No. 36/1995.

¹³² Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Mr. J.A.G.V c. Suecia, Comunicación No. 215/2002: Sweden, U.N. Doc. CAT/C/31/D/215/2002 (2003) (Jurisprudence).

la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), sosteniendo que había sido detenido y torturado en varias ocasiones a lo largo de la década de los noventa por agentes de la policía colombiana. Señala que logró salir de Colombia con pasaporte falso, ya que era buscado por la policía, y que llegó a Suecia con una identidad distinta a la suya, el 25 de marzo de 1998. Solicitó un permiso permanente de residencia bajo otra identidad. Sin embargo con esa identidad fue detenido por ser sospechoso en un caso de narcotráfico en el país que lo estaba recibiendo. Su verdadera identidad fue divulgada durante las investigaciones policiales. El 24 de septiembre de 1998, el Tribunal del Distrito de Solletuna condenó al autor de la queja a seis años de prisión y a su expulsión del territorio del Estado Parte, al encontrarlo responsable de un delito de narcotráfico. Recurrió ante el Tribunal de Apelación de Svea, el cual, mediante la decisión del 26 de febrero de 1999 rechazó el recurso. Después de ingresar a prisión y otorgársele la libertad condicional el 23 de julio de 2002, solicitó asilo bajo su verdadera identidad, el que fue rechazado por la Junta de Migración, considerando que había pedido asilo cuando ya había sido sentenciado a la expulsión del territorio sueco. La Junta de Apelación de Extranjería sueca también rechazó el recurso el 20 de noviembre de 2000.

Es interesante anotar que el autor el 17 de julio de 2002 sometió una queja pidiendo medidas provisionales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la cual fue retirada días después. Sobre este punto, en la deliberación del Comité, éste decidió que la comunicación era admisible porque la queja ante el TEDH efectivamente fue retirada antes de ser examinada por dicho órgano, por consiguiente consideró que el apartado a) del párrafo 5 del artículo 22 de la Convención no impedía el examen de la comunicación.

En opinión del Estado sueco, no resultaba lógico que alguien que solicita protección ponga en riesgo sus relaciones con el nuevo país cometiendo un delito, y que además el delito fue cometido dentro de los tres meses siguientes a su llegada a Suecia. Agregó que conforme a las investigaciones policiales, el autor adquirió la cocaína en Colombia, antes de abandonar el país, y que dicho narcótico fue transportado a Suecia por un cuñado. En opinión del Estado Parte, lo anterior no reflejaba la conducta genuina de un solicitante de asilo. Adicionalmente el Estado adujo que el autor no había aportado ninguna prueba de sus supuestas actividades políticas en Colombia, más bien el autor era perseguido en Colombia por robos, y ante las autoridades suecas no dio nunca detalles sobre los supuestos

actos de tortura que sufrió, ni sobre los períodos ni lugares de las detenciones.

Contradiendo lo anterior, el autor señaló que de conformidad con la legislación sueca, si una organización internacional solicita medidas cautelares, la ejecución de la medida de expulsión debe detenerse. Agregó que su abogado alertó a las autoridades del Estado Parte acerca de las medidas cautelares que había solicitado al Comité y que el procedimiento de expulsión no terminaba hasta que el extranjero es aceptado por las autoridades del país al que se le envía; por consiguiente invocó que la expulsión pudo ser suspendida cuando hizo escala en Madrid.

Sin embargo, el Comité constató que se habían agotado los recursos internos, evaluó según las consideraciones y las pruebas, que la existencia de un cuadro de persistentes violaciones manifiestas, patentes o masivas a los derechos humanos en un país no es suficiente o no es un motivo en sí para determinar que una persona particular se halla en peligro de ser sometida a tortura al volver a ese país. El Comité estimó que la información proporcionada por el autor no contenía motivos sustanciales para creer que éste corría personalmente peligro de ser sometido a tortura a su regreso a Colombia, y concluyó que la deportación por parte de Suecia no constituía una violación por el Estado Parte del artículo 3 de la Convención.

También es motivo de satisfacción que el reconocimiento de la adopción de medidas provisionales se ha dado en forma unilateral por parte de los Estados. Así, por ejemplo, en el 25º Período de Sesiones, noviembre de 2000, el Comité acogió complacido el tercer informe periódico del Canadá. Indicó en esa ocasión: “El Comité también acoge con beneplácito las seguridades que ha dado el Estado Parte de que considerará con seriedad las solicitudes que formule el Comité para la adopción de medidas provisionales en los casos individuales presentados de conformidad con el artículo 22...”¹³³.

Como se ha planteado, el Comité no tiene herramienta alguna para pedir a los Estados la adopción de medidas provisionales, son los mismos Estados bajo el alero de sus obligaciones de adoptar medidas necesarias, los que, de forma autónoma, reconocen en su jurisdicción interna la figura cautelar, comunicando su decisión particular al Comité contra la Tortura. Este planteamiento dista mucho de la fuerza cautelar

¹³³ Cfr. Párr. 56, Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Canadá 22/11/2000. A/56/44, paras. 54-59. (Concluding Observations/Comments).

que tiene su homólogo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, órgano que en su Reglamento (Art. 86) las tiene planteadas como procedimiento expreso y permanente.

Otra de las conclusiones que se extrae consiste en afirmar que el Comité contra la Tortura sin tener tipificada o positivada norma alguna sobre medidas cautelares en su Reglamento, recibe con cierta constancia casos en dónde se invoca su aplicación, cuestión que debe llamar a reflexión a ese órgano de las Naciones Unidas en el sentido de abrir algún proceso de diálogo con los Estados para instaurarlas e incorporarlas en su cuerpo normativo.

Normalmente, como se ejemplificó, la mayoría de las veces se piden medidas cautelares a ese Comité en el marco de procesos de expulsión o deportación, las que son casi siempre denegadas por tratarse de alegatos poco fundados o que han sido edificados bajo premisas que encuadran en conductas de delito común.

En cuanto a la obligatoriedad de adopción de las medidas y su real eficacia en caso de incumplimiento por parte del Estado, las normas relativas al Sistema de Naciones Unidas, como ocurre con el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, apenas señalan, por vía de ejemplo, que “el Consejo de Seguridad... podrá instar a las partes... a que cumplan con las medidas... que juzgue necesarias o aconsejables” (Art. 40 de la Carta de San Francisco). Igual acontece con el sistema americano que hace mención a la invocación de la Asamblea General de la OEA, para que decida con voto o sin voto de censura un caso –Informe– relacionado con incumplimiento de un Estado. No obstante, en este último Sistema, la fuerza jurídica de las decisiones es mayor, por virtud de que sus fallos son acometidos por un órgano jurisdiccional internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal internacional de naturaleza regional. En consecuencia, el Informe y llamado de la Asamblea General de la OEA es poco usual en caso de incumplimiento de un Estado.

4. Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundidos en Tribunal Europeo de Derechos Humanos

4.1 El sistema se ha reformado

El 1 de noviembre de 1998 entró en vigor el Protocolo núm. 11 (adoptado el 11 de mayo de 1994) que reformó el mecanismo de protección instaurado por la Convención Europea para la Protección de

los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptada el 4 de noviembre de 1950 en la ciudad de Roma¹³⁴, y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Justamente con el Protocolo núm. 11 el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³⁵ comenzó a funcionar el 1 de noviembre de 1998, continuando en funciones durante un año más (hasta el 31 de octubre de 1999) la Comisión Europea de Derechos Humanos con el objeto de instruir los casos declarados admisibles por ella antes de la entrada en vigor de dicho Protocolo.

Petzold indica que:

La creación de un Tribunal único, llamado a reemplazar los órganos de control existentes, fue preconizada en marzo de 1985 por la delegación suiza, ante la Conferencia Ministerial Europea sobre Derechos Humanos. (...) Quizás más importante aún fue el convencimiento casi general de que había llegado el momento de reemplazar el mecanismo de control del Convenio por un sistema plenamente judicial, en particular suprimiendo la competencia del Comité de Ministros del Consejo de Europa para decidir los asuntos que no se llevan ante el Tribunal¹³⁶.

Hemos de indicar que el estudio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto a su organización y estructura, procedimiento interno de los asuntos (general, de admisibilidad, etc.), sus competencias, resoluciones, entre otros, son temas reconocidos de fundamental importancia que en esta investigación interesan mas no profundizaremos en ellos. Aquí nos detenemos para señalar que los

¹³⁴Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3,5,8 y 11, mayo de 1963, 20 de enero de 1966, 19 de marzo de 1985 y 28 de noviembre de 1996, respectivamente. Para ser más precisos, el Protocolo no. 2 autorizó al Tribunal a dictar opiniones consultivas; el no. 9 permitió a los demandantes individuales la posibilidad de llevar su caso ante el Tribunal, con la necesaria reserva de ratificación por el Estado demandado y de la aceptación por un Comité que actuaba como filtro, el que ha quedado derogado. Los protocolos nos. 1, 4, 6 y 7 añadieron nuevos derechos y libertades a los consagrados inicialmente por el Convenio. Los protocolos nos. 3, 5, 8 y 11 son reformas, los tres primeros refieren a la organización de las instituciones creadas por el Convenio y al procedimiento ante ellas, el último reestructuró el mecanismo de control, fundió los dos órganos Comisión y Tribunal en uno solo.

¹³⁵El Tribunal está compuesto por un número de jueces igual al número de Estados contratantes (actualmente cuarenta). No hay ninguna restricción en cuanto al número de jueces de una misma nacionalidad. Los jueces actúan en el Tribunal a título individual y no representan a ningún Estado.

¹³⁶Cfr. Petzold, Herbert, "El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos". En *Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio*, Vol. II, 1ª ed., Corte IDH, Unión Europea, pp. 1265-1269, 1998, p. 1266.

damos por entendidos con el objeto de dar paso a nuestra unidad de interés, el comportamiento de las medidas provisionales en ese sistema de protección.

Con la reforma, la Convención de Roma quedó igualmente desprovista de un mecanismo de medidas precautorias. Ciertamente, ésa no fue concluyentemente una enmienda del Protocolo núm. 11. Con la abolición de la Comisión, el Tribunal concentró todas las prerrogativas jurisdiccionales, incluidas aquéllas que tenía el Comité de Ministros del Consejo de Europa, manteniéndose en el Reglamento del Tribunal (*Rules of the Court*)¹³⁷ la atribución que venía ejercitando el órgano, nos referimos al incidente de medidas adecuadas o precautorias, mecanismo que ha sido medianamente utilizado en el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos¹³⁸.

Entonces, para hablar de medidas provisionales tenemos que decir que la puesta en vigor del Protocolo núm. 11, no afectó el sustrato cautelar que venía ejerciendo la Comisión y el Tribunal, sólo que ahora a cargo centralmente del Tribunal. Con la concentración de funciones instructivas y jurisdiccionales, la admisibilidad, los requisitos de forma y fondo, la averiguación de hechos y, por supuesto, las medidas cautelares corresponden ahora al Tribunal.

Se enfatiza que la Convención Europea de Derechos Humanos no contenía ni contiene previsión normativa para aplicar –ordenar– medidas provisionales¹³⁹. No obstante, antes de la entrada en vigor del Protocolo núm. 11, el artículo 36 del Reglamento Interior de la Comisión Europea de Derechos Humanos¹⁴⁰ atribuía a este órgano el derecho de indicarle a las partes cualquier tipo de medida cuya adopción fuese deseable para el interés de las mismas. Asimismo,

¹³⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Reglamento adoptado en Estrasburgo en el año 1998, en vigor desde el 1 de noviembre de 1999.

¹³⁸ Afirmamos que el mecanismo ha sido utilizado medianamente, en virtud de que las condiciones sociopolíticas europeas difieren sustancialmente de los peligros a que suelen ser sometidas personas y grupos humanos de personas en el continente americano. Sin lugar a duda, las medidas precautorias en Europa, o muchas de ellas, fueron encausadas hacia recursos (peticiones) cuyos procesos obraban hacia una inminente expulsión.

¹³⁹ Vid. el trabajo de Norgaard y Kruger, “Interim and conservatory measures under the european system of protection of human rights”, en *Progress in the Spirit of Human Rights*, Engel: Strasbourg, 1988.

¹⁴⁰ Artículo 36, Comisión: “La Comisión o, si no estuviera reunida, el Presidente, podrá indicar a las partes cualquier medida provisional...”.

el artículo 36 del Reglamento¹⁴¹ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establecía que el Presidente del Tribunal podía indicarle a las partes cualquier medida aconsejable para que la adoptasen en caso de que hubiera habido petición por una parte, por la Comisión o por cualquier otra persona interesada¹⁴². Este texto reglamentario se rescató y se aplica por intermedio del artículo 39¹⁴³ del actual Reglamento del TEDH.

El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha observado que el artículo 39 del Reglamento tiene un potencial importante respecto de la ejecución de órdenes de expulsión. El órgano de las Naciones Unidas lo ha manifestado de la siguiente forma:

El artículo 39 del Reglamento del Tribunal puede resultar un complemento especial de una petición presentada ante el Tribunal, especialmente cuando existe una deportación pendiente de ejecutarse o una orden de expulsión en contra del peticionario. En peticiones basadas en los artículos 2 y 3 relativas a personas con necesidad de protección internacional que están a punto de ser devueltas, las medidas provisionales podrían consistir en solicitar al Estado en cuestión no ejecutar la orden de expulsión hasta que se haya realizado una determinación de la admisibilidad y el fondo de la petición¹⁴⁴.

¹⁴¹ Artículo 36, Tribunal: “Hasta la constitución de la Sala, el Presidente del Tribunal podrá, a petición de una parte, de la Comisión, del demandante o de cualquier otra persona interesada o por propia iniciativa, indicar a las Partes las medidas provisionales que deban ser adoptadas...”.

¹⁴² Cfr. Carrillo, Arturo, “Memorándum: Fundamentos jurídicos de las atribuciones de la Corte”, dirigido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, representando a Americas Watch, escrito (mimeo) de fecha 27 de julio de 1990, con ocasión del Caso Bustíos Rojas.

¹⁴³ El artículo 39 del TEDH que entró en vigencia en noviembre de 1998, establece:

1. La Cámara o, de ser apropiado, su Presidente podrán, a solicitud de una de las partes o cualquier otra persona involucrada, o por iniciativa propia, indicar a las partes la adopción de medidas provisionales que considere oportunas con miras al interés de las partes o para la conducción apropiada del procedimiento en trámite.

2. Se deberá dar aviso de estas medidas al Comité de Ministros.

3. La Cámara podrá solicitar información a las partes sobre cualquier asunto en conexión con la ejecución de las medidas provisionales que ha indicado”.

¹⁴⁴ Vid. Hoja informativa de ACNUR, “El artículo 39 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Medidas Provisionales)”, en DRL: www.acnur.org/biblioteca/pdf/2368.pdf

Aunque se diga que el artículo 39 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituye un buen instrumento para ser utilizado, la práctica del Tribunal, como será documentado más adelante, infiere que ha sido empleado únicamente en casos en que pueda ocurrir un daño irreversible basados usualmente en el artículo 2 o en el artículo 3 del Convenio Europeo como muy bien lo documenta ACNUR.

Decíamos que si bien la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales no otorgó facultades a la Comisión y al Tribunal Europeos de Derechos Humanos para solicitar u ordenar medidas precautorias o cautelares¹⁴⁵, la práctica hizo necesario introducir ese instrumento procesal en los Reglamentos de ambos organismos, quedando esta cuestión claramente zanjada en la jurisprudencia a partir del Caso Cruz Varas y otros contra Suecia, sentencia de 20 de marzo de 1999, cuando el Tribunal expresó: “debe destacarse que el [antiguo] artículo 36 tan sólo tiene el carácter de norma reglamentaria... Ante la ausencia de una disposición referente a medidas provisionales en el Convenio Europeo, una decisión con base en el artículo 36 no puede considerarse como fuente de una obligación jurídica de parte del Estado contratante”(párr. 98).

Ciertamente la sentencia en ese caso definió el rol y ámbito de las medidas provisionales en el espacio europeo, al afirmar el Tribunal en el párrafo 103 de la misma sentencia “la adopción de medidas bajo el artículo 36 (actual artículo 39) se da bajo circunstancias muy excepcionales. En ellas resultan útiles para casos de expulsión (o extradición) y dan aviso que (...) se le podría ocasionar un daño irreparable al peticionario en caso de que se ejecute la expulsión y, además, que existen buenas razones para pensar que su expulsión podría dar lugar a una violación del artículo 3 del Convenio Europeo”.

¹⁴⁵ Hasta hace poco, la jurisprudencia del Tribunal en relación con la facultad precautoria reglamentaria indicaba que la adopción de medidas provisionales no tenía el efecto legal de una sentencia o resolución emitida por el Tribunal. El artículo 36 (hoy 39) era considerado como una disposición no parte del Convenio Europeo. Esta posición fue expresada en el Caso Cruz Varas y otros contra Suecia, sentencia de 20 de marzo de 1999, demanda No. 15.567/89, en un caso referido a un solicitante de asilo cuya solicitud había sido denegada y cuya devolución a Chile estaba en trámite. En ese caso, la antigua Comisión Europea solicitó al gobierno sueco que no enviara de regreso al peticionario; sin embargo, el Gobierno no dio cumplimiento a la solicitud. Al respecto, el Tribunal no encontró que se hubiera dado una violación al artículo 3 o al artículo 25.1 (actualmente 34) del Convenio Europeo por el mencionado incumplimiento del Estado.

Pese a ese marco de interpretación restrictiva la práctica indica que este instrumento procesal se ha incorporado en los Reglamentos del TEDH y de la Corte IDH, y que las mismas se han decretado en varias ocasiones tanto en América como en Europa¹⁴⁶. Incluso, a propósito de comentarios vertidos sobre el sistema europeo de derechos humanos, el antiguo juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Fix-Zamudio, estimaba que era factible que dichas providencias aumentasen de manera considerable en el futuro próximo si se tomaba en cuenta que esta Convención ha sido ratificada en la actualidad por treinta y nueve países, entre ellos la Federación Rusa, algunos integrantes de la Comunidad de Estados Independientes y los de Europa Oriental¹⁴⁷.

Para dicha del sistema europeo y, de modo prudente y juicioso, cuando ocurrió la fundición de ambos órganos se conservaron las garantías aseguratorias de las personas.

Aun cuando existió y sigue existiendo la posibilidad de invocar medidas provisionales, cabe anotar que el tema cautelar en el sistema europeo ha sido marginal. Esto no impide afirmar que ha sido el sistema que tiene mejores mecanismos de control y eficacia, principalmente cuando las decisiones se llevaron a estrados del Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano que se dedicó a supervisar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal y que adopta medidas como la suspensión o la expulsión de un Estado remiso.

Pese a esta apreciación sobre la marginalidad cautelar, hay que abonar quizá el hecho de que, con el ingreso de nuevos Estados, las medidas provisionales pueden ser en el futuro un mecanismo útil en el ámbito europeo habida cuenta del tipo de violación que conocerá el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en asuntos que de alguna manera se perfilarían en equivalentes a los ventilados en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ferrer Lloret sobre este particular asegura que se van a añadir violaciones a la vida, integridad física o la libertad y seguridad del ser humano. En concreto indica:

Es cierto que por regla general el TEDH no se ha ocupado de tales violaciones, pero teniendo en cuenta que en los últimos años un numeroso grupo de Estados de la Europa del Este han ratificado el

¹⁴⁶ Cfr. por ejemplo, Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido, de 28 de mayo de 1985; Caso Soering vs. Reino Unido, de 7 de julio de 1989; Caso Vilvarajah y otros vs. Suecia, de 20 de marzo de 1991; Caso Mamatkulov y Abdurasulovic vs. Turquía, de 6 de febrero de 2003, entre otros.

¹⁴⁷ Vid. Fix-Zamudio, Héctor, cit., "Prólogo a la Serie E: Medidas Provisionales", No. 1, p. Vi.

Convenio y han aceptado los mecanismos de control así como otros Estados que se habían mostrado reticentes hasta hace poco tiempo (por ejemplo, Turquía), la actuación del órgano judicial en este ámbito de la protección de los derechos humanos puede convertirse en una práctica no inusual en los próximos años¹⁴⁸.

A diferencia del la Corte Interamericana, el Tribunal Europeo normalmente ha recibido demandas interestatales¹⁴⁹. Sin embargo, el sistema comenzó a dar paso a las demandas individuales, cuya sustanciación, cuando existió la Comisión, finalizaban con un Informe de ese órgano ante el Comité de Ministros, o bien se llevaba el asunto al TEDH siempre que poseyera competencia de acuerdo con las declaraciones de aceptación previstas en el artículo 46 del Convenio.

Para el Presidente en funciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Luzius Wildhaber, el órgano seguirá en transformaciones, principalmente en estrecha relación con las jurisdicciones nacionales, correspondiéndole un carácter subsidiario. En lo que incumbe a los derechos fijados en el Convenio de Roma, el alto juez expresó que en asuntos relativos a infracciones al derecho a la vida, garantizado en el artículo 2 del Convenio, o el que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes (Art.3), no ha sido posible aportar en el grado deseado¹⁵⁰.

El Tribunal europeo se ha abocado fundamentalmente a estudiar el procedimiento o tutela judicial efectiva, mas, por ejemplo, la sustanciación de asuntos sobre derechos como la vida han sido accesorios por virtud de que el Tribunal, en palabras del mismo juez Presidente, se ha convertido en una especie de “cuarta instancia” subsidiaria examinando y revisando el procedimiento nacional. Para muestra, Wildhaber ante la enorme carga de casos que le ingresan al órgano judicial internacional, expresó ante los miembros del Tribunal constitucional español: “las autoridades nacionales están próximas a los acontecimientos, y de que una jurisdicción internacional, cuya competencia se extiende a cuarenta y tres Estados que agrupan una población de 800 millones de habitantes, se encuentra pura y

¹⁴⁸ Vid. Ferrer Lloret, J, *Responsabilidad Internacional...*, ob. cit. p. 60.

¹⁴⁹ Básicamente, violaciones a los derechos humanos consistentes en actos de tortura y privación arbitraria de la libertad. Casos Grecia (1967) y Turquía (1982).

¹⁵⁰ Discurso “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para el futuro” de Luzius Wildhaber, Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante miembros del Tribunal Constitucional español, 7 de junio de 2002, Madrid, España.

simplemente en la imposibilidad física de funcionar como un tribunal de hechos”¹⁵¹.

La renuncia a funcionar como un tribunal que examine hechos, sucesos y arbitrariedades de las autoridades de un Estado en particular, implicaría un fuerte impacto negativo en la función cautelar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Variar los cometidos esenciales de tribunal inmediato y garantista, por un supra tribunal europeo de control de constitucionalidad y de derechos fundamentales tal como lo desliza en su intervención el juez Wildhaber, al estilo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, afectaría, a nuestro juicio, la posibilidad de acceso de los individuos y las organizaciones por virtud de que los filtros de admisibilidad serían mayormente rigurosos, no habría un proceso de investigación de los hechos, las causas serían en alzada, depositando las jurisdicciones nacionales la revisión de los asuntos resueltos en los Tribunales Constitucionales, materia que, ciertamente, no comprende todos los contenidos de la disciplina de los derechos fundamentales.

El Juez Presidente deja patente que el principio de apreciación del TEDH implica que se tomen medidas apropiadas en un abanico de soluciones compatibles con los derechos humanos ofrecidas a las autoridades nacionales¹⁵².

4.2 El incidente cautelar como recurso ante la inminente expulsión

El énfasis que ha privado o más bien privó en la adopción de medidas provisionales para salvaguardar la integridad de las personas, lo constituyó el tema de la extradición y el asilo; es decir, evitar la expulsión hacia otro país mientras se revisaban minuciosamente los hechos y, en general, las causas que rodeaban la situación¹⁵³.

¹⁵¹ Vid. Discurso, cit.

¹⁵² Vid. el discurso citado.

¹⁵³ Cfr. por ejemplo, Ali versus Suiza, de 5 de agosto de 1998, sobre internamiento administrativo de un extranjero para su expulsión; B.B. versus Francia, de 7 de octubre de 1998, sobre amenaza de reenvío de un ciudadano de la República del Congo (ex Zaire) enfermo de SIDA a su país de origen, donde no podría beneficiarse de un tratamiento médico apropiado; Hatami versus Suecia, de 9 de octubre de 1998, sobre la decisión de expulsar hacia Irán a un iraní, expulsión suspendida y después anulada tras la concesión de un permiso de residencia permanente; en este caso, el arreglo amigable del asunto hizo decaer el procedimiento.

Se trató en el fondo de la manera de buscar un equilibrio de garantía de ciertos derechos¹⁵⁴ a las personas que estaban en una situación límite de solicitud de extradición por un tercer Estado o de expulsión según las leyes migratorias de los respectivos Estados europeos.

Son asuntos ligados, en buena medida, a los derechos de los extranjeros y más particularmente al derecho de asilo. Éste ha sido uno de los temas de importancia en la práctica judicial del sistema europeo, instituyéndose la instancia supranacional de Estrasburgo como la última posibilidad de recurso, después de agotados los remedios internos.

Se había sentado en el apartado anterior la importancia que representó la Sentencia Cruz Varas c. Suecia, de 20 de marzo de 1999 a partir de la cual el TEDH venía entendiendo que la solicitud de medidas cautelares no constituía una obligación jurídica para el Estado, si bien el Estado que no da curso favorable a la medida solicitada se arriesga después a ser condenado por vulneración del artículo 3 del Convenio. No obstante esa observación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su recién Sentencia Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía, de 6 de febrero de 2003 (que se encuentra recurrida ante la Gran Sala), concluyó que Turquía había vulnerado este derecho, garantizado por el artículo 34¹⁵⁵ del Convenio, por hacer caso omiso a la solicitud del Tribunal de suspender cautelarmente una extradición e impedir así el ejercicio efectivo del derecho de recurso de los demandantes extraditados a Uzbekistán. Evidentemente con esta última Sentencia, el “eje de gravedad” en torno al tema cautelar en el espacio europeo gira en grado pasando de un criterio restrictivo de la figura

¹⁵⁴ Respeto a la vida, prohibición de la tortura y de tratamientos inhumanos y degradantes, respeto de la vida privada y familiar, prohibición de la pena de muerte, derecho a un proceso judicial independiente, al debido proceso legal, entre otros.

¹⁵⁵ La relación entre el artículo 39 del Reglamento y el artículo 34 del Convenio Europeo, el cual establece que las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho, ha sido tratado por el Tribunal en varios casos. En este sentido, se destaca el Caso Conka contra Bélgica (no. 51564/99), decisión de admisibilidad de 13 de marzo de 2001 y sentencia de 5 de febrero de 2002, relativo a cuatro solicitantes de asilo cuyas peticiones habían sido rechazadas y que fueron deportados a pesar de las medidas provisionales adoptadas por el Tribunal, con base en el artículo 39 del Reglamento, poco antes de su deportación. En la decisión de admisibilidad, el Tribunal confirmó la naturaleza no vinculante de las medidas del artículo 39 y reiteró su postura expresada en el Caso Cruz Varas. No obstante concluyó que: “Tomando en consideración la práctica consistente de respetar tales medidas, las cuales se adoptan únicamente en situaciones excepcionales, actuar de tal manera difícilmente parece compatible con “una cooperación de buena fe con el Tribunal en casos que el Estado en cuestión lo juzga posible y razonable” (Cit., Sentencia Cruz Varas, párrs. 100 y 103).

a uno de mayor horizonte y aceptación. Si se observa, por ejemplo, el contenido del citado Caso Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía¹⁵⁶, el THDH hace una extensa relación y examen de los instrumentos y de la jurisprudencia sobre medidas cautelares adoptadas en otros sistemas internacionales de protección, como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹⁵⁷, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas¹⁵⁸, la Corte Internacional de Justicia¹⁵⁹ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶⁰. El TEDH también analizó su propia práctica en relación con el artículo 39 de su Reglamento Interno, así por ejemplo en el caso de cita, relativo a cuestiones precautorias en casos de extradición, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió:

107. Eu égard aux considérations ci-dessus, la Cour déclare qu'il découle de l'article 34 que, d'une part, un requérant a droit à l'exercice efficace de son droit de recours, au sens de l'article 34 *in fine* –c'est à dire qu'un Etat contractant ne doit pas empêcher la Cour de procéder à un examen efficace de la requête– et, d'autre part, un requérant qui invoque une violation de l'article 3 de la Convention a le droit de bénéficier d'un examen efficace du point de savoir si une extradition ou une expulsion envisagée constituerait une violation de l'article 3. Une indication donnée par la Cour, comme dans les cas d'espèce, en vertu de l'article 39 de son règlement, permet à celle-ci d'examiner efficacement une requête et de s'assurer de l'efficacité de la protection prévue par la Convention, et ultérieurement au Comité des Ministres de

¹⁵⁶Cfr. Cour Européenne des Droits de L'Homme, Première Section, Affaire Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie (Requêtes nos 46827/99 et 46951/99), Arrêt, Strasbourg, 6 février 2003.

¹⁵⁷Se citan los Casos Glen Ashby c. Trinidad y Tobago, decisión de 26 de julio de 1994 sobre un caso relativo a extradición vinculado con al ejecución de la pena capital; y el Caso Dante Piandiong, Jesús Morillos y Archie Bulan c. Filipinas, decisión de 19 de octubre de 2002 sobre una comunicación asociada con un proceso de expulsión.

¹⁵⁸Aquí se relaciona el Caso Roxana Núñez Chipana c. Venezuela, decisión de 10 de noviembre de 1998, ciudadana peruana residente en Venezuela a quien se pretendía extraditar; y el Caso T.P.S. c. Canadá, decisión de 16 de mayo de 2000, relativo a la extradición de un ciudadano indio residente en Canadá.

¹⁵⁹Se cita el Caso Actividades militares y paramilitares (Nicaragua c. Estados Unidos); el Caso sobre la Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia); y el Caso LaGrand (Alemania c. Estados Unidos).

¹⁶⁰Hay una extensa relación jurisprudencial: Chunimá c. Perú, Loaysa Tamayo c. Perú, James y otros c. Trinidad y Tobago, Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en República Dominicana, Álvarez y otros c. Colombia, Hilaire, Constantine, Benjamín y otros c. Trinidad y Tobago.

surveiller l'exécution de l'arrêt final. Une telle mesure permet ainsi que l'Etat concerné puisse s'acquitter de son obligation de se conformer à l'arrêt final de la Cour, lequel est juridiquement contraignant en vertu de l'article 46 de la Convention¹⁶¹.

Se señala claramente que el Tribunal otorgó directamente carácter vinculante a las medidas provisionales con base en el artículo 34 del Convenio Europeo. Así España en este momento tiene la disyuntiva del Caso Olachea Cahuas¹⁶². Referente a esto, el TEDH solicitó a España que suspendiera la extradición hacia el Perú del demandante, acordada por la Audiencia Nacional el 18 de julio de 2003, para ser juzgado por terrorismo. La Audiencia Nacional tuvo en cuenta para pronunciarse a favor de la extradición, la nota verbal remitida por la Embajada del Perú en la que se garantizaba que el demandante no sería sometido a tratos inhumanos o degradantes, y que no se le condenaría a cadena perpetua, pena aplicable al delito por el que se reclamaba la extradición. El demandante, presunto miembro de la organización terrorista Sendero Luminoso, que había sido detenido en España, solicitó al TEDH la aplicación del artículo 39 de su Reglamento, alegando riesgo de malos tratos en el país de destino. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos solicitó a España, el 6 de agosto de 2003, que suspendiera temporalmente la extradición hasta tanto no decidiera sobre el fondo del asunto. No obstante, el demandante fue extraditado al día siguiente. La cuestión crucial en el trámite abierto para que las partes formulen alegaciones es si el no respeto de la indicación del Tribunal sobre la suspensión cautelar de la extradición vulnera el compromiso adquirido por parte del Estado al ratificar el Convenio de no poner trabas al ejercicio eficaz del derecho de todo demandante a presentar su demanda ante el TEDH. En este caso, España puede caer en la conducta de vulneración del artículo 3 del Convenio.

Las medidas provisionales en el espacio europeo, tienen entonces, básicamente como punto de fondo la problemática de los derechos de los extranjeros, cuestión que hubo de sustanciarse así desde que la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos¹⁶³ instruía los casos.

¹⁶¹ Affaire Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie (no. 46827/99 y no. 46951/99), Arrêt 6 février 2003, Ídem, párr. 107.

¹⁶² Cfr. Tribunal Constitucional de España, *Memoria Anual del 2003*, Anexo IV, Caso relativo a Olachea Cahuas, en DRL: www.tribunalconstitucional.es/memoria2003/memo2003anexo004.html

¹⁶³ El proceso se sustanciaba en el procedimiento anterior ante un órgano cuasi-jurisdiccional: la Comisión Europea de Derechos Humanos que se manifestaba sobre la existencia de una violación al Convenio y su satisfacción equitativa,

En efecto, el modelo que se siguió desde el Caso Soering¹⁶⁴ y desde el comentado Caso Cruz Varas, consistió en acreditar que la extradición de una persona hacia un país donde no existían garantías suficientes o bien que la persona pudiese ser objeto de negativa de derechos o de aplicación de tratos contrarios a lo establecido en la Convención europea, no era un sujeto extraditable.

Las situaciones merecían analizar indicadores seguros e indubitables de que aquella acción de envío o expulsión no iba a afectar o tener efectos contrarios para los demandantes de medidas precautorias, y que repercutiera negativamente en relación con el artículo 3 de la Convención Europea. Para verificar esa probabilidad, la Comisión –ahora el Tribunal– analizó, antes que nada, los indicios razonables, serios y convincentes de tal naturaleza que pudieran forjar evidencia de posibles malos tratos, no bastando meros temores o conjeturas.

Sobre este punto Heredia Puente y Fábrega Ruíz señalan: “La primera idea que debemos tener es que, aunque la expulsión, en principio, no atenta contra lo establecido en el Convenio, de forma excepcional puede manifestarse contraria al mismo. Y esto es así, si

mediante un informe que, salvo que fuese elevado el asunto al Tribunal, se sometía a un órgano político: el Comité de Ministros del Consejo de Europa que se encargaba de adoptar la decisión definitiva además de verificar la ejecución de la misma. Con el nuevo sistema, la Sala del Tribunal pronuncia la sentencia y acuerda si procede una satisfacción equitativa, reservándose el Comité de Ministros únicamente la tarea de supervisar la ejecución de la sentencia (Art. 46.2 Convenio EDH). No obstante, excepcionalmente cabe la posibilidad de elevar en un plazo de 3 meses la sentencia pronunciada por la Sala del Tribunal a la Gran Sala compuesta por 17 Jueces (Arts. 30 y 43 CEDH). Cuando esto ocurra, un colegio de 5 Jueces decidirá por tercera vez y por mayoría si ocurren circunstancias excepcionales para declarar admisible la demanda (Art. 43). Si ésta es rechazada, la sentencia dictada por la Sala del Tribunal se convierte en definitiva procediéndose a su ejecución (Art. 44.2). Al contrario, si la demanda es admitida, la Gran Sala volverá a conocer del asunto sobre el que se pronunciará mediante sentencia definitiva (Art. 44.1).

¹⁶⁴ El TEDH aceptó el riesgo concreto en el Caso no. 14.038/88, *Soering c. Reino Unido*, decisión del 7 de julio de 1989, Serie A, No. 161. Por el contrario, estimó que no se violaba el artículo 3 del Convenio por no existir prueba de riesgo real en los Casos nos. 13163/87, 13164/87, 131165/87, 13447/87 y 13448/87, *Vilvarajah et alias c. Reino Unido*, decisión de 30 de octubre de 1991. En esta demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos los demandantes pidieron, en primer lugar, que la propia Comisión solicitase al gobierno británico, en aplicación del artículo 36 de su Reglamento interno, la paralización de las órdenes de expulsión. Alegaron además, que en su calidad de jóvenes tames de sexo masculino, tenían fundados temores de sufrir persecuciones y tortura, y que podían ser objeto de una ejecución arbitraria, o de penas o tratos inhumanos o degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en caso de ser devueltos a Sri Lanka. Consideraron, por último, que su devolución vulneraba el artículo 13 del Convenio.

de alguna manera pone en peligro derechos protegidos en el mismo, en concreto los establecidos en los artículos 3 y 8 del Convenio”¹⁶⁵.

De importancia capital ha sido la información sobre la situación política vigente en el país de destino, la fuerza e independencia de las instituciones o administración de justicia del Estado nacional, o si existen milicias, grupos irregulares u otras formaciones análogas.

Los mismos Heredia y Fábrega dicen:

Se requiere no una situación cualquiera de riesgo, sino que ésta sea excepcional. Para ello habrá que valorar la situación objetiva del país –a través de informes gubernamentales de reconocida solvencia–, así como el riesgo concreto que pueda afectar al individuo en cuestión. Aunque en este aspecto la Comisión ha sido severa, ha aceptado que el riesgo de ser procesado por razón de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, puede ser suficiente para que la expulsión o devolución conculque el artículo 3 del Convenio¹⁶⁶.

En lo tocante al artículo 8 del Convenio de Roma en los casos de expulsión lo que se trata de tutelar es el derecho a la vida privada y familiar. En otras palabras, cuando la expulsión está precedida de la afectación de la vida familiar del expulsado y de su familia, sólo estaría justificada si existiera una necesidad imperiosa. Supone lazos intensos y reales, cohabitación y dependencia financiera. Incluye a la familia matrimonial, como a la natural o paramatrimonial¹⁶⁷.

4.3 Algunos comentarios sobre casos relevantes

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha substanciado medidas provisionales en algunos casos. Recordamos el Caso Cruz

¹⁶⁵ Cfr. Heredia Puente, Mercedes y Fábrega Ruiz, Cristóbal, *Medidas cautelares en el Derecho de Extranjería. Internamientos, expulsiones y otros aspectos del derecho de extranjería español*, Editorial Colex, Madrid, España, 1997, p. 113.

¹⁶⁶ Heredia y Fábrega, *Medidas cautelares...*, Ob. Cit., p. 113.

¹⁶⁷ Cfr. TEDH, Caso Berrehab contra Holanda (no. 107330/84), Sentencia de 21 de junio de 1988, mediante el cual el TEDH consideró que existe vida familiar entre un padre divorciado y su hija, aunque no tenga custodia, si existen relaciones muy estrechas, que no pueden romperse con el fin de proteger el mercado de trabajo, a no ser que hubiera una necesidad imperiosa, y que sea proporcionada al objetivo perseguido. También en el Caso Beldjoudi contra Francia (no. 12083/86), Sentencia del 26 de marzo de 1992, el tribunal consideró que la expulsión afectaba la vida familiar si los miembros de la familia se han integrado en la sociedad del Estado expulsante.

Varas contra Suecia¹⁶⁸, el Caso Bonisch contra Austria¹⁶⁹ y el Caso Soering contra Reino Unido¹⁷⁰. Cada uno de ellos los veremos con mayor detalle a continuación.

El Caso Soering, coincidente con el Caso Cruz Varas¹⁷¹, trataba de una extradición a los Estados Unidos, de un ciudadano alemán detenido en Inglaterra. El denunciante alegaba que la extradición a los EEUU, donde se le iba a juzgar por doble homicidio, podría decantarse, incluso, por la pena capital, por haberse cometido los hechos en un Estado que mantiene en su legislación estatal la pena de muerte, con lo cual violaba su derecho a no ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes según el artículo 3 del Tratado de Roma. La Comisión pidió al gobierno de Inglaterra que no extraditara a Soering hasta que la Comisión pudiese examinar con mayor amplitud la solicitud. Asimismo, cuando la Comisión envió el caso al Tribunal Europeo, el Presidente del Tribunal pidió también al gobierno británico no extraditarlo hasta que terminaran los procedimientos ante el tribunal.

La aplicación del artículo 36 por parte de la Comisión Europea de Derechos Humanos se dio bajo el supuesto de la existencia de daño irreparable o cuyos resultados podrían ser irremediables para la víctima. Así en el Caso Cruz Varas, donde la hipótesis de expulsión o extradición del sujeto significaba la inminencia de su entrega al Estado que le requería (Estados Unidos), con la probabilidad de que dicho Estado, le diera un tratamiento contrario a lo consignado en los artículos 2 y 3 de la Convención Europea, supuso la apertura de las medidas, aunque al final el Tribunal desestimó todos los recursos en la instancia supranacional, determinando que no había violación a ningún artículo de la Convención Europea¹⁷².

¹⁶⁸ Cfr. CEDH, *Affaire Cruz Varas et Autres c. Suède*, Arrêt du 20 mars 1991. *Serie A: Arrêts et décisions*, Vol. 1991, 20. *Publications de la Cour Européenne des droits de l'homme*. Strasbourg, 1991.

¹⁶⁹ Cfr. TEDH, *Bonisch c. Austria*, Decisión del 6 de mayo de 1985, Serie A, No. 92, párr. 5. *Publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Estrasburgo, 1992.

¹⁷⁰ Cfr. TEDH, *Soering c. Reino Unido* (no. 14038/88), Decisión del 7 de julio de 1989, Serie A, No. 161. *Publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Estrasburgo, 1989.

¹⁷¹ Cfr. también, TEDH, *Vijayanathan y Pusparajah c. Francia* (no. 17550/90), Decisión de 27 de agosto de 1992, Serie A, No. 241. *Publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Estrasburgo, 1992.

¹⁷² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el Caso Cruz Varas, opinó, respecto de la recomendación de medidas por la Comisión contra Suecia que, como la Convención Europea sobre Derechos Humanos no contiene

En el Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido¹⁷³, el Tribunal Europeo, por primera vez, consideró que las medidas tomadas por un Estado (en el Caso del Reino Unido) en el ámbito de su política de inmigración (inclusive de carácter penal, como pena accesoria de expulsión), podían, en determinadas circunstancias, violar el derecho garantizado en el artículo 8 de la Convención europea. Contrario a esto, en una resolución posterior, la Comisión declaró admisible que a un ciudadano colombiano, que estaba bajo amenaza de expulsión de Francia, condenado por tráfico de drogas, se le otorgaran medidas cautelares, por haber alegado correr riesgo de muerte a su llegada a Colombia por así disponerlo un importante cartel de traficantes¹⁷⁴.

También el Tribunal ha inadmitido o rechazado peticiones de medidas provisionales. En los Casos Andric, Majic, Pavlovic, Maric, Andrijic, Juric, y Pranjko todos versus Suecia¹⁷⁵, sobre el derecho a no recibir malos tratos así como sobre la aplicación de una expulsión colectiva hacia Croacia, tal inadmisión fue evidente. Lo fue en tanto la decisión de expulsión fue precedida de un examen objetivo y razonable de la situación particular de cada uno de ellos, con demandas y argumentación individuales, así como una decisión particular con base en los antecedentes y los riesgos de cada individuo. El TEDH inadmitió el recurso basado en la expulsión colectiva. Respecto de los malos tratos, el TEDH consideró que no había riesgo en la expulsión a Croacia o a la parte croata de Bosnia-Herzegovina, salvo que fueran trasladados a una zona de Bosnia donde no hubiera población mayoritariamente croata. Por otro lado, la orden de expulsión debió de suspenderse mientras los extranjeros recibieran tratamiento psiquiátrico obligatorio¹⁷⁶.

disposiciones específicas para que los órganos de la Convención apliquen medidas provisionales, el hecho de que el Gobierno Sueco no hubiera atendido las "recomendaciones" de la Comisión no implicaba violación de la Convención.

¹⁷³ Cfr. TEDH, Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido (no. 9214/80), Decisión de 28 de mayo de 1985.

¹⁷⁴ Cfr. TEDH, H.L.R. contra Francia, (no. 24573/94), Decisión sobre admisibilidad de 2 de marzo de 1995 y Sentencia de 29 de abril de 1997.

¹⁷⁵ Cfr. TEDH, Andric (no. 45917/99), Majic (no. 45918/99), Pavlovic (no. 45920/99), Maric (no. 45922/99), Andrijic (no. 45923/99), Juric (no. 45924/99), y Pranjko (no. 45925/99), todos versus Suecia, Decisión de 23 de septiembre de 1999.

¹⁷⁶ Cfr. Inter. alia, JED versus Reino Unido (no. 42225/98), del 2 de febrero de 1999, sobre el derecho a no sufrir tratos inhumanos a consecuencia de la expulsión de un ciudadano de Costa de Marfil, que fue considerada por el Tribunal como inadmisibles porque no se había demostrado la existencia de un riesgo real de sufrir tales tratos inhumanos. También fue considerada inadmisibles la demanda en base

Como símil al Sistema Interamericano, toda petición de medidas provisionales era dirigida a la Comisión (ahora al Tribunal); si ésta no estaba reunida en su período de sesiones, la solicitud llegaba al Presidente o quien actuara como Presidente en ejercicio. El artículo 36 del Reglamento de la Comisión señalaba que las medidas siempre estaban limitadas a una situación de protección en el tiempo (interinidad o provisionalidad), no creando situaciones jurídicas consolidadas. Si la decisión de medidas cautelares era dada por el Presidente o quien actuara en su ejercicio, al igual que en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dicha resolución era revisada por los restantes miembros de la Comisión Europea¹⁷⁷.

El actual artículo 39 del Reglamento del Tribunal señala que una de las Salas, o cuando fuere apropiado el Presidente, podrá, a petición de una de las partes o de algunas otras personas interesadas o por moción propia, indicar a las partes alguna medida provisional que considere deba ser adoptada en interés de las partes o de la adecuada conducción de los procedimientos. Asimismo, el numeral añade, deberá de informar de la adopción de las medidas al Comité de Ministros. También la Sala podrá pedir información a las partes sobre las materias que tengan conexión con la puesta en ejecución de las medidas provisionales que se indiquen.

A nuestro juicio la norma va por la senda procesalista de aseguramiento del proceso principal al estilo del Tribunal Internacional de Justicia. La desaparición de la Comisión conlleva consecuencias de seguimiento de la respuesta de los Estados a la adopción de las medidas que se requieran. El papel de seguimiento y solicitud de información posterior, observaciones a los informes de los Estados y nuevas averiguaciones, evidentemente tendrá que corresponderle al órgano jurisdiccional, cuestión que antes solía hacer la Comisión, tal como ocurre en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Lo que sí se nota a partir de 1998, fecha de instalación del nuevo Tribunal Europeo, es la apertura de las medidas cautelares hacia otro

al derecho a un proceso justo de expulsión porque en el caso concreto tuvo la posibilidad de solicitar el control jurisdiccional sobre la decisión gubernativa.

¹⁷⁷ En el Caso Cruz Varas y otros contra Suecia, en el apartado 54, la Comisión señaló: "If the decision is taken by the President or Acting President, the indication will be limited until the Commission next sits." Publications of the European Court of Human Rights. Series A: Judgments and Decisions. Vol. 201. Case of Cruz Varas and others v. Sweden. Decision of 29 August 1990.

tipo de protección, ya no sólo de las personas, dirigido a la salvaguarda de los artículos 2º y 3º de la Convención, sino hacia el aseguramiento de otros derechos como los contratos de construcción de edificios, la efectividad del juez mercantil, el derecho de propiedad, es decir, cuestiones tales como equipo y maquinaria, concretamente restitución de equipo¹⁷⁸.

Un caso donde hubo yuxtaposición de una normativa a otra y de respuesta orgánica en evolución, fue el Caso de Athanassoglou y otros contra Suiza¹⁷⁹ relativo a los derechos de extensión de licencia para la operación de una Planta Nuclear (Beznau II). Los peticionarios, doce ciudadanos suizos, alegaban que se estaba violando sus derechos a la vida y sus derechos al respeto de su integridad psíquica garantizados por los artículos 2º y 8º de la Convención europea. Entre el 27 de agosto y el 10 de septiembre de 1999 los peticionarios solicitaron unas medidas cautelares bajo la regla 39 del Reglamento del Tribunal en prevención de que la planta nuclear Beznau II no debía funcionar por el tiempo que estuviera en trabajos de mantenimiento y reparación y hasta que el Tribunal emitiera un fallo al respecto. El 13 de octubre de 1999 el Pleno o Gran Sala decidió (por 16 votos y una abstención) no aplicar la regla del artículo 39 en ese caso.

Normalmente, el artículo 36 del Reglamento Interno se aplicó en casos donde las alegaciones eran de tal naturaleza que existía certeza en grado de probabilidad de que la persona estaría siendo conducida a quedar sujeta a tratamientos contrarios a lo que señala la Convención Europea, siendo aquí donde las medidas precautorias tienen mayor fundamento. Ello, obviamente, va concatenado a los efectos que pueda tener la causa que se sigue en el Estado receptor de la extradición o expulsión¹⁸⁰.

No hay duda de que el mecanismo que hubo de contener el artículo 36, ahora 39, del Reglamento de la Corte es de gran importancia. Este precepto autorizaba a la Comisión y autoriza hoy al Tribunal a solicitar al Estado que adopte las medidas necesarias para un normal proceso. Se

¹⁷⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tercera Sección, Case of Morel v. France. (Application no. 34130/96), Sentencia de 6 de junio de 2000, Estrasburgo, Francia. Vid. en: <http://hudoc.echr.coe.int>

¹⁷⁹ Cfr. TEDH, Judgment case of Athanassoglou and others v. Switzerland (Application no. 27644/95), Sentencia de 6 de abril de 2000, Estrasburgo, Francia. Vid. en: <http://hudoc.echr.coe.int>

¹⁸⁰ Cfr. por ejemplo, TEDH, Nasri versus Francia (no. 19465/92), Sentencia de 13 de julio de 1995, publicada en la Serie A, No. 324. *Publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Estrasburgo, 1995.

trata del efecto de una verdadera providencia cautelar, que busca evitar la supervivencia de un daño irreparable e irremediable. En la práctica, dada la extrema parsimonia con que la Comisión aplicó el mecanismo, funcionó apenas para los casos donde fueron invocadas violaciones de los artículos 2º y 3º de la Convención Europea de Derechos Humanos y del artículo 1º del Protocolo No. 6. Asimismo, como se ha citado, se aplicó con suficiencia en las cuestiones de inminente expulsión o extradición hacia un país donde la persona correría riesgo de sufrir daños contrarios a las disposiciones convencionales.

5. Breve balance

En cualquier sistema o jurisdicción las medidas provisionales han sido dictadas en función de las necesidades de protección, siempre que se cumplan los presupuestos típicos y básicos de extrema gravedad y urgencia y para evitar daños irreparables, o bien para asegurar bienes y no hacer ilusoria la sentencia de fondo.

El instituto cautelar es una verdadera garantía, aunque en ocasiones, las menos, puesta a prueba, sin cumplimiento estatal adecuado o sin acatamiento de la ordenanza o resolución, en desafío al órgano judicial internacional que la dictó.

La nota preventiva hace del instrumento un paliativo importante en el curso de un juicio. No obstante, los matices con que han sido adoptadas difieren un tanto, como lo hemos apuntado líneas atrás. Su mayor o menor fuerza puede derivarse del origen normativo que las respalda, visión positivista sin duda.

La base convencional de las medidas provisionales requeridas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no deja lugar a vacilación sobre su obligatoriedad, como sí ha ocurrido en otros tribunales internacionales¹⁸¹. Las medidas dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen una base tan sólo reglamentaria, en equivalencia al escenario de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con las denominadas “medidas cautelares”.

Las “indicadas” por el Tribunal Internacional de Justicia han sido motivo de controversia y debate en cuanto al alcance y a la aplicación. En el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas su éxito ha sido menor por lo difuso que resulta para los Estados ese mecanismo

¹⁸¹ Sobre todo en el Sistema de las Naciones Unidas y sus dos Comités, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura.

universal en aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, sistema que no tiene un desarrollo normativo derivado y un tribunal constituido. Aun así, ha sustanciado casos exitosos, sobre todo, para aquellos nacionales que no tienen acceso a una estructura judicial regional.

El juez Presidente de la Corte IDH, sobre estos aspectos nos dice: “...No puede, por tanto, pretender extender al sistema interamericano de protección la polémica doctrinal acerca del alcance de los efectos jurídicos de las medidas provisionales en el sistema europeo de protección o las “indicadas” por la Corte de La Haya: las medidas provisionales de protección ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen, en razón de su base convencional, un carácter indudablemente obligatorio”¹⁸².

Todos los sistemas de protección han tenido sendos éxitos, en mayor o menor grado, en la salvaguarda de derechos, bienes y personas, aunque también serios problemas de aplicación, cuando se ha tratado de condenas a pena capital: así, en los Casos de Trinidad y Tobago en el Sistema Interamericano, Sierra Leona en el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, LaGrand y Breard (EEUU) en el Tribunal Internacional de Justicia y las deportaciones o expulsiones de Europa para ser aplicadas condenas a pena capital. En este común denominador, los sobresaltos y los incumplimientos se han dado por el roce de la legislación penal interna con los incidentes y órdenes de las decisiones jurisdiccionales internacionales.

Lo que sí queda claro es que la naturaleza jurídica de las medidas y su aplicación han salvado y tutelado vidas; y ha obligado a los Estados a brindar protección, a realizar investigaciones y a asegurar bienes y personas.

¹⁸²Cfr. Cançado Trindade, Antonio: “Prólogo del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Serie E: Medidas Provisionales*, No. 2, *Compendio: Julio 1996-Junio 2000*. Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 2000.