

LA INFLUENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA CAUTELAR DE LA CIJ: REESCRIBIENDO LOS LÍMITES DE LA PROTECCIÓN*

VÍCTOR LISANDRO ELÍAS**

Resumen: Dentro de sus facultades, la Corte Internacional de Justicia tiene la capacidad de dictar medidas provisionales para preservar los derechos sometidos a litigio. Sin embargo, su jurisprudencia demuestra el dictado de medidas provisionales respecto de situaciones no sometidas a su jurisdicción cuando los derechos humanos se encuentran en juego. Tal accionar puede considerarse como una expansión ilegítima de su competencia, o bien como el ejercicio de los poderes inherentes a la función jurisdiccional. En dicha dicotomía los derechos humanos juegan un rol fundamental y han marcado la diferencia, redefiniendo el alcance de la competencia cautelar.

Palabras clave: medidas provisionales – derechos humanos – poderes inherentes – corte internacional de justicia

Abstract: Within its powers, the International Court of Justice has the ability to order provisional measures to preserve the rights subject to litigation. However, case law demonstrates the issuing of provisional measures in respect of situations not under its jurisdiction when human rights are at stake. Such position can be considered as an illegitimate expansion of its jurisdiction or as the exercise of the judicial function inherent powers. In this dichotomy human rights play a key role and have made the difference, redefining the scope of the interim competence.

* Recepción del original: 10/09/2015. Aceptación: 20/12/2015.

** Estudiante de Abogacía (UBA). Quisiera expresar mi profundo agradecimiento a la profesora Natalia Luterstein y su equipo docente, quienes impulsaron, a través del curso "Sujetos y Jurisdicciones", el primer borrador del presente artículo. Asimismo agradezco especialmente a los/as profesores/as Marcos Kotlik, Pablo Colmegna, Paula Vernet y Belén Gracia, cuyos comentarios y críticas fueron indispensables para el logro de esta publicación.

Key words: provisional measures – human rights – inherent powers – international court of justice

I. INTRODUCCIÓN

Los tribunales internacionales tienen, a menudo, la facultad expresa de dictar medidas provisionales en las disputas que pudieran ser sometidas a su jurisdicción.¹ Estas medidas provisionales son órdenes emitidas en el marco de un procedimiento incidental² con el fin de mantener el *status quo ante* frente a la potencial vulneración de los derechos que serían sometidos a litigio, bajo la existencia, *prima facie*, de jurisdicción.³ En el derecho internacional se suele designar a las medidas provisionales de diversas formas: medidas provisionales de protección, medidas cautelares, medidas precautorias, medidas interinas, medidas urgentes de protección.⁴ Esta diferencia terminológica se relaciona con el aspecto en el cual hacen hincapié, el órgano o persona que las emite o bien sus características y efectos. Para evitar confusiones, utilizaré el término "medidas provisionales" para referirme a todo este conjunto de medidas que comparten similares requisitos para su procedencia.⁵

1. A modo de ejemplo ver: Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Art. 41; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos), Art. 63, inc. 2); Protocolo Adicional a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 27 inc. 2); Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, art. 25 inc. 1); Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, Art. 31; Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Art. 51, inc. a); Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Art. 47.

2. Cfr. ROSENNE, Shabtai, *The Perplexities of Modern International Law*, Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p.73.

3. Cfr. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Las medidas provisionales en el Derecho Internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 65 y ss.

4. Cfr. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Obligatoriedad y eficacia de las medidas provisionales en la jurisdicción internacional*, Buenos Aires, SGN, 2008, p. 68.

5. Para un análisis extenso sobre este punto ver Capítulo Segundo en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. S., *Obligatoriedad y eficacia de las medidas provisionales en la jurisdicción internacional*, Buenos Aires, SGN, 2008.

Mucho se ha discutido en la doctrina respecto de si la facultad de los tribunales de emitir esta clase de medidas debe necesariamente tener su origen en una fuente convencional, o bien puede surgir de una norma consuetudinaria, o de un principio general de derecho.⁶ Por otro lado, cierta doctrina ha señalado que la autoridad para dictar medidas provisionales proviene de la capacidad inherente de los tribunales internacionales de adoptar todas aquellas medidas obligatorias tendientes a determinar pacíficamente el derecho de los sujetos que sometieron la causa a litigio⁷. En este sentido, estos autores señalan que todo el sistema jurisdiccional carecería de sentido si los jueces no pudieran proteger el objeto del litigio ante un posible daño irreparable que perjudique el fondo de la cuestión y, por lo tanto, las medidas provisionales pueden ser dictadas aún en ausencia de una norma expresa que habilite al tribunal para hacerlo.⁸ Asimismo, no solo se ha cuestionado la capacidad para emitir estas medidas, sino también si las mismas son jurídicamente vinculantes para los Estados, o meramente declarativas⁹. Sin embargo, esta cuestión parece ya zanjada por la jurisprudencia de numerosos tribunales internacionales.¹⁰

Es por ello que el objeto del presente trabajo no será realizar un exa-

6. Cfr. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *ob. cit.*, *Obligatoriedad...* p. 79.

7. Cfr. *Ibid.*, p. 112; SHELTON, Dinah L., "Form, function, and the powers of International Courts", en *Chicago Journal of International Law*, n° 9, 2009, p. 548; OELLERS-FRAHM, Karin, "Expanding the competence to issue Provisional Measures - Strengthening the international judicial function", en *German Law Journal*, n° 12, 2011, p. 1281.

8. Cfr. COLLINS, Lawrence, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 234, 1992, p. 215.

9. Cfr. SHELTON, Dinah L., *ob. cit.*, p. 549; Cfr. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Obligatoriedad...*, p. 295.

10. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso LaGrand (Alemania Vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 3 de marzo de 1999, párr. 22; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú", orden de medidas provisionales, resolución del 14 de agosto de 2000, cons. 14; CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Mamatkulov y Askarov contra Turquía", Gran Sala, sentencia del 4 de febrero de 2005, párr. 125; CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos vs. Libia", orden de medidas preliminares, 004/2011, párr. 11; TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR, "Caso de la Planta de MOX (Irlanda vs. Reino Unido)", orden de medidas provisionales, 3 de diciembre de 2001, párr. 63; CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES, "Tokios Tokelés v. Ucrania", orden de medidas provisionales, 1 julio de 2003, párr. 4.

men respecto del carácter vinculante de las medidas provisionales, sino del origen de la capacidad de los tribunales internacionales para emitirlos. Mediante el análisis comparativo de la jurisprudencia, se intentará poner en evidencia que, al menos en materia de derechos humanos, la capacidad de emitir medidas provisionales de carácter obligatorio se erige como una función inherente de la jurisdicción de los tribunales. Asimismo se demostrará que tal capacidad no se encuentra estrictamente limitada al objeto central del litigio, como en otras áreas del derecho internacional, y que ello se encuentra justificado en un requisito adicional: la protección de la persona.

II. LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES Y SUS FUNCIONES INHERENTES

Por lo general, los poderes de los tribunales internacionales son determinadas por los mismos Estados creadores, quienes le otorgan un propósito: solucionar pacíficamente mediante una decisión vinculante las disputas sometidas a su jurisdicción, dentro de los límites de su competencia.

Del mismo objetivo, el cual en la actualidad se fundamenta en la obligación de los Estados de recurrir a medios pacíficos de solución de controversias,¹¹ derivan ciertos atributos inherentes a la independencia e imparcialidad de la administración de justicia.¹² Por tales, debe entenderse a aquellos poderes que, incluso cuando no son expresamente conferidos, deben presumirse de la naturaleza misma del tribunal.¹³ Así, estas capacidades han sido reconocidas, a modo de ejemplo, en la Corte Internacional de Justicia,¹⁴ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,¹⁵ la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶ y el Tribunal Internacional

11. CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, Art. 2.3.

12. *Cfr.* SHELTON, Dinah L. *ob. cit.*, p. 545.

13. *Cfr.* CARON, David D., "Interim Measures of Protection: Theory and Practice in Light of the Iran-United States Claims Tribunal", en *ZaöRV*, v. 46, 1946, p. 476.

14. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA "Caso sobre los Ensayos Nucleares" (Australia vs. Francia), 20 de diciembre de 1974, párr. 23.

15. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Alenet de Ribemont v. Francia* (interpretación del fallo del 01/02/1995), sentencia del 24 junio de 1996, párr. 17.

16. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*, Fon-

del Derecho del Mar,¹⁷ entre otros.

El reconocimiento de estos poderes inherentes podría generar ciertas dudas, muy válidas, respecto de la interpretación de los instrumentos constitutivos por parte de los tribunales internacionales y su capacidad para emitir medidas provisionales. Sin embargo, tal capacidad encuentra su fundamento en que, como claramente desarrolló el ex juez WEERAMANTRY, la función de los tribunales internacionales es la de tomar los pasos necesarios para alcanzar una decisión en concordancia con el principio de igualdad de las partes,¹⁸ y por ende es inherente a la autoridad del tribunal, y auxiliar al poder jurisdiccional la capacidad de emitir disposiciones incidentales para asegurar que el objeto principal del litigio se preserve intacto hasta la decisión final.¹⁹ De ello se desprende que, como bien señala nuevamente Weeramantry, la capacidad inherente de emitir medidas provisionales, más allá de cualquier base normativa, se encuentra justificada por una necesidad práctica, asimismo fundada en una serie de principios rectores como ser la igualdad de las partes, la efectividad, y el amplio y universal reconocimiento de los poderes que gozan las cortes como parte inherente de su jurisdicción.²⁰

Esto es de particular importancia, ya que nos permite demostrar la posibilidad que tienen ciertos tribunales de dictar medidas provisionales, aun cuando no ha sido autorizado por su instrumento constitutivo,²¹ y que, por ende, la adopción de una clausula expresa por parte de los instrumentos constitutivos parecería ser meramente declarativa.²²

do, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 47.

17. TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR, "Caso del M/V "SAIGA" (No. 2) (San Vicente y las Granadinas vs. Guinea)", sentencia del 1 de julio de 1999, declaración del Juez Nelson.

18. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA "Caso de la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio" (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Orden de Medidas Provisionales del 13 de septiembre de 1993, opinión separada del Juez Weeramantry, pp. 399 a 400.

19. *Ibid.*

20. *Cfr. Ibid.*

21. *Cfr.* PASQUALUCCI, Jo M., "Interim Measures in International Human Rights: Evolution and Harmonization", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol 38, 2005, p. 14.

22. PESCATORE, Pierre, "Les Mesures Conservatoires et les Référéés", 1994, citando en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Las medidas provisionales en el Derecho Internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 59.

A continuación se analizarán las jurisdicciones que, a mi criterio, son de mayor importancia para el presente análisis y que, en principio, apoyarían en su mayoría la tesis planteada.

III. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

En el presente apartado se realizará un recorrido jurisprudencial respecto de las medidas provisionales. Se partirá por los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y como sus tribunales ha abordado la cuestión de las medidas provisionales. Con ello se pretende observar la importancia de estas medidas en la protección de los derechos humanos, y sobre todo las personas. Posteriormente se abordará la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (en adelante la "CIJ"), para entender como ha impactado la necesidad de protección de las personas en la modalidad y alcances de las medidas provisionales para este tribunal tan representativo.

III.A. Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos

Como bien ha enfatizado González Napolitano, "cabe señalar la importancia de las medidas provisionales en los sistemas de protección de derechos humanos, las cuales se utilizan con un fin tutelar, para salvaguardar la vida humana y evitar daños irreparables en los derechos de las personas".²³ Dentro de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, el primer tribunal en reconocer la capacidad de dictar medidas provisionales fue la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la "Corte IDH").

Si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la "CADH") contiene una cláusula expresa que no da lugar a dudas respecto del poder para establecer medidas provisionales de carácter obligatorio para las partes, cuya previsión se inspiró en el Estatuto de la

23. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *ob. cit.*, *Obligatoriedad...* p 64.

CIJ,²⁴ la misma Corte IDH se ha encargado desde su primer precedente en dejar en claro que su capacidad asimismo proviene de su carácter de órgano judicial y los poderes que de ese carácter derivan.²⁵ Incluso, en la jurisprudencia de la Corte IDH se ha dejado bien en claro que las medidas provisionales no solo tienen un carácter cautelar en el sentido de que preservan una relación jurídica, sino fundamentalmente tutelar en la medida que buscan evitar daños irreparables a las personas.²⁶

Por otro lado debe tenerse en cuenta que la CADH habilita solamente a la Corte IDH para ordenar medidas provisionales. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH"), órgano cuasi-judicial del sistema interamericano, se ha atribuido en su reglamento la capacidad de ordenar medidas cautelares, aun cuando no se encuentra expresamente habilitada para ello. Esto se inspiró en la práctica similar adoptada en el marco del Sistema Europeo de Derechos Humanos, donde la potestad cautelar tuvo su origen en la jurisprudencia y reglamentos de sus órganos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales.²⁷

Sin desconocer que la CIDH no es un órgano jurisdiccional, no puede negarse su participación clave en el sistema interamericano, toda vez que es la habilitada, junto a los Estados, para someter casos ante la Corte IDH. En este sentido es interesante el hecho de que en el sistema interamericano se ha convalidado la capacidad de la CIDH para adoptar medidas cautelares, ya que incluso ante el incumplimiento de estas por parte del Estado la misma CIDH puede solicitar medidas provisionales ante la Corte IDH para asegurar el resguardo de los derechos humanos en juego.²⁸

24. Cfr. PASQUALUCCI, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 295.

25. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Fondo, Sentencia del 29 de julio de 1989, párr. 45.

26. Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS "Caso Herrera Ulloa respecto Costa Rica". Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 07 de setiembre de 2001, cons. 4; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Asunto B. respecto de El Salvador". Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2013, cons. 5; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Asunto Flores y Otra en relación con el Caso Torres Millacura y Otros vs. Argentina". Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2013, cons. 3.

27. REY CANTOR, Ernesto & REY ANAYA, Ángela M., *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Temis, 2003, p. 158

28. Cfr. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por

Sin embargo, la claridad con la que el sistema interamericano aclara estos conceptos no se repite dentro de los demás sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el "TEDH") sin duda ha dado un gran impulso a la discusión respecto de la capacidad de los tribunales internacionales de ordenar medidas provisionales cuando sus instrumentos constitutivos no establecen nada al respecto. Cabe destacar que, si bien no existe en el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales (en adelante el "Convenio Europeo") una cláusula expresa, hasta comienzos de la década de los '90 era práctica tanto del TEDH como de la COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (en adelante la "CEDH") indicar medidas provisionales o cautelares de protección.²⁹

La discusión en torno a las medidas provisionales en el sistema europeo comenzó en el *Caso Cruz Varas y otros contra Suecia*, cuando el TEDH declaró que la CEDH no tenía competencia para ordenar medidas provisionales.³⁰ Es importante tener en cuenta que la CEDH había codificado su práctica desde 1974 en la Regla de Procedimientos N° 36,³¹ por la cual se otorgaba la posibilidad de establecer estas medidas a modo discrecional para la protección de los derechos de las partes y el proceso. Sin embargo, el Tribunal concluyó que la práctica posterior conforme tal regla y los métodos interpretativos de la convención, no podrían extenderse hasta el supuesto de crear nuevos derechos que no fueron consentidos por las partes –los Estados– al momento de ratificar el Convenio Europeo.³²

Si bien esto pareciera ser una mancha negra en el historial, debe tenerse en cuenta que lo que estaba en juego en este caso era la capacidad

la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147° período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, art. 25.12.

29. Cfr. VAJIĆ, Nina., "Interim Measures and the Mamatkulov judgment of the European Court of Human Rights", en KOHEN, Marcelo G. (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict resolution through International Law*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 609.

30. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Cruz Varas y otros contra Suecia", Sentencia del 20 de marzo de 1991, párr. 98.

31. En la configuración del nuevo TEDH a raíz de la entrada en vigor en 1998 del Protocolo Adicional N° 11 se adoptó como la Regla de Procedimientos N° 39.

32. *Ibid.*, párr. 99 y 100.

de la CEDH de emitir tales medidas, es decir un órgano cuasi-judicial, y no la capacidad del mismo TEDH, al menos no directamente. El problema se agudizó en 1998, luego de la extensa reforma, cuando el nuevo TEDH emitió una decisión en el *Caso Čonka contra Bélgica*, sobre medidas provisionales pronunciada sobre la base de la Regla N° 39 del Tribunal, adhiriendo a su sentencia del *Caso Cruz Varas*.³³ De esta manera el TEDH confirmó su postura respecto de la fuente de las medidas provisionales: la norma convencional.

Esta posición fue finalmente modificada en una sentencia muy controvertida, donde el TEDH cambió radicalmente de visión. En el *Caso Mamatkulov y Askarov contra Turquía*, relativo a dos prisioneros que de ser extraditados a su país de origen podían ser sometidos torturas, el TEDH dispuso una medida provisional a los fines de salvaguardar a los individuos, la cual no fue respetada por Turquía. La Gran Cámara del TEDH decidió convalidar la medida provisional dispuesta bajo el principal fundamento de la efectividad del TEDH,³⁴ a la luz de los propósitos y objetivos del Convenio Europeo.³⁵ Afirmó que al haber aceptado los Estados la jurisdicción vinculante del TEDH, estos debían aceptar igualmente el ejercicio de jurisdicción necesario para llegar a una sentencia definitiva, toda vez que esta no puede ser separada del procedimiento incidental de la medida provisional.³⁶ Asimismo, y esto es de especial importancia para el dialogo interinstitucional en materia de derechos humanos, el TEDH tomó como referencia otras jurisdicciones internacionales, órganos cuasi-judiciales³⁷ y la interpretación sistémica,³⁸ como medio para fundamentar la capacidad de dictar tales medidas. Por otro lado, tuvo en cuenta la especial relevancia de los derechos protegidos por el Convenio Europeo, afirmando que el principio de la efectividad de los remedios para la protección de los derechos humanos es inherente al procedimiento ante el TEDH establecido por

33. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Čonka y las Liga de los Derechos del Hombre contra Bélgica", decisión del 13 de marzo de 1998, párr. 11.

34. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Mamatkulov y Askarov contra Turquía", Gran Sala, sentencia del 4 de febrero de 2005, párr. 125.

35. *Ibid.*, párr. 101.

36. *Ibid.*, párr. 123.

37. *Ibid.*, párr. 124.

38. *Ibid.*, párr. 111.

el Convenio.³⁹ Las consideraciones del TEDH tienen una gran similitud con la justificación que otorgara el juez Fitzmaurice en el *caso de Camerún Septentrional*,⁴⁰ en el sentido que sin estos poderes ninguna jurisdicción internacional podría llevar a cabo su propósito y objetivo.⁴¹

Si bien el TEDH no señaló expresamente que las medidas provisionales son de cumplimiento obligatorio, NINA Vajić, jueza de la Gran Sala en la sentencia bajo análisis, marcó que ello surge *de facto* del texto del fallo y su referencia a las reglas generales del derecho internacional, las decisiones de otros tribunales, y sobre todo en la naturaleza vinculante de las decisiones del TEDH.⁴² Lógicamente, como fuera señalado en la primera sentencia, el Convenio debe ser interpretado y aplicado de manera tal que las garantías consagradas resulten efectivas y no teóricas o ilusorias,⁴³ ya que un sistema que no resulte eficaz carecería de sentido.⁴⁴

Por su parte, el Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos presenta mayores problemas al momento de sustentar el poder inherente de las medidas provisionales, principalmente porque la jurisprudencia de la Corte Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante la "Corte Africana") cuenta con escasas sentencias.⁴⁵

El Protocolo Adicional a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos establece, con similar redacción a la CADH, la facultad de la Corte Africana de adoptar medidas provisionales.⁴⁶ Cabe subrayar que, al igual que la CEDH, la COMISIÓN Africana de Derechos humanos y de los Pueblos (en adelante la "Comisión Africana") ha mantenido la práctica de dictar medidas provisionales a través de sus reglas de procedi-

39. *Ibid.*, párr. 124.

40. Ver punto 3.1.d *supra*.

41. *Cfr.* VAJIĆ, Nina, ob. cit. p. 621.

42. *Cfr.* *Ibid.*, p. 618.

43. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Mamatkulov y Abdurasulovic vs. Turquía", sentencia del 6 de febrero de 2003, párr. 105.

44. VERNET, Paula, "Los alcances de la nueva jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos respecto de las medidas provisionales", *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), v. 21, 2005, p. 552.

45. Ver lista de casos y su estado en [<http://www.african-court.org/en/index.php/2012-03-04-06-06-00/cases-status1>].

46. Protocolo Adicional a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de una Corte Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Art. 27, inc. 2.

miento, sin embargo a diferencia de su par europeo, los casos en los que estas fueron respetadas han sido escasos.⁴⁷

A la fecha la Corte Africana ha ordenado 4 medidas provisionales.⁴⁸ En ellas ha señalado, citando la fuente convencional, que las medidas provisionales son establecidas con el objeto de impedir un daño irreparable a las personas.⁴⁹ Sin embargo, la primera de ellas presentó una particularidad. En su fundamento hizo alusión no solo a la función de evitar un daño irreparable con todos los requisitos convencionales, sino que también agregó, tal y como lo señalan las Reglas de Procedimiento del Tribunal,⁵⁰ que dichas medidas eran tomadas en el interés de la justicia.⁵¹

Dada la escasa jurisprudencia y doctrina al respecto, la cuestión no se encuentra lo suficientemente desarrollada como para arribar a conclusiones. A pesar de ello, parecería posible afirmar que los mismos argumentos esgrimidos por el TEDH sean transpolables a la Corte Africana, máxime cuando sus reglas de procedimiento reconocen que las medidas provisionales son inherentes no solo a la protección de los derechos de las partes, sino también a la administración de justicia.

Más allá de que los tribunales regionales en materia de protección de los derechos humanos identifican de forma expresa o tácita a las medidas provisionales como inherentes a la efectividad de su función, Jo M. Pasqualucci ha concluido acertadamente que la cuestión respecto del poder

47. Cfr. JUMA, Dan, "Provisional Measures under the African Human Rights System: the African Court's order against Libya", *Wisconsin International Law Journal*, n° 30, 2012, pp. 357-358.

48. Actualizado en [<http://www.african-court.org/en/>], última visita el 10 de septiembre de 2015.

49. CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos vs. Libia", orden de medidas preliminares, 004/2011, párr. 10; CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos vs. República de Kenya", orden de medidas preliminares, 006/2012, párr. 11; CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos vs. Libia", orden de medidas preliminares, 002/2013, párr. 8; CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Lohé Issa Konaté vs. Burkina Faso", orden de medidas preliminares, 004/2013, párr. 17.

50. Ver Regla de Procedimiento de la Corte Africana N° 51.

51. CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos vs. Libia", orden de medidas preliminares, 004/2011, párr. 10

inherente de una Corte para ordenar medidas provisionales ya no es un asunto controversial, dado que este poder es esencial en la protección de los derechos humanos.⁵²

Pero, ¿es posible que dicha interpretación, la cual pareciera surgir con naturalidad en los sistemas regionales, también haya sido adoptada por la CIJ?

III.B. La Corte Internacional de Justicia

La Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante la "CPJI") señaló en 1939 que, en lo que respecta a las medidas provisionales, es aplicable el principio universalmente aceptado que las partes deben abstenerse de tomar cualquier medida capaz de tener un efecto perjudicial en la ejecución de la decisión del tribunal, o cualquier acto que pueda agravar o extender la disputa presentada.⁵³

Años más tarde, su sucesora, la CIJ, reafirmó este principio en el *Caso de la Anglo-Iranian Oil Co.* Allí, la CIJ ordena que ambas partes deben abstenerse de realizar cualquier acción que pueda perjudicar el desempeño de la Corte en el fondo del caso, o agravar y/o extender la disputa.⁵⁴ Asimismo, en sentencias posteriores, la CIJ reiteró dicha postura respecto de las medidas provisionales.⁵⁵

De lo expuesto se observa que desde siempre la CIJ le ha dado un rol preponderante a las medidas provisionales. Sin embargo, a pesar de invocar "principios universalmente aceptados" la CIJ en sus inicios no es clara respecto del origen del poder para emitirlos. En el siguiente recorrido jurisprudencial de la CIJ se podrá observar como la protección de los derechos humanos dio impulso al desarrollo de las medidas provisionales en el

52. *Cfr.* PASQUALUCCI, Jo M., *ob. cit.*, p. 300.

53. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, "Caso de la Compañía Eléctrica de Sofía y Bulgaria", Orden medida interina de protección, serie A/B n° 79, p. 199.

54. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de la Anglo-Iranian Oil Co. (Irán vs. Reino Unido)", Orden de medida provisional, 5 de julio de 1951, pp. 93 y 94.

55. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de las Jurisdicciones Pesqueras (Reino Unido vs. Islandia)", Orden medida provisional, 17 de agosto de 1972, pp. 17 y 18; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de los Ensayos Nucleares", Orden de medidas provisionales, 22 de junio de 1973, p. 106; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso sobre la Aplicación de la Convención para la Sanción y Prevención del Crimen de Genocidio (Bosnia y Herzegovina vs. Yugoslavia)", Orden de medidas provisionales, 8 de abril de 1993, párr. 52.

marco de dicho tribunal, y asimismo el trato diferencial que se le ha dado a estos derechos por sobre otros objetos en disputa.

III.B.1. El legado de las disputas territoriales

Las disputas que tuvieron lugar en África luego del período de descolonización generaron una serie de conflictos armados entre los distintos grupos étnicos de los nuevos países independientes del continente. La resolución de estas disputas territoriales fue en ciertos casos llevada ante la CIJ, lo que creo un marco óptimo para el desarrollo de las medidas provisionales en un contexto donde las poblaciones de la zona se encontraban en riesgo.

En el *Caso de la Controversia Fronteriza*, Burkina Faso y Malí sometieron voluntariamente a la CIJ la delimitación de su línea fronteriza mediante un acuerdo especial.⁵⁶ Luego de iniciado el proceso, ante los múltiples conflictos armados a lo largo de la frontera, ambas partes solicitaron una orden de medidas provisionales a los fines de prevenir que el conflicto se agravara.⁵⁷ Si bien la Corte reconoció que el objeto del litigio eran los derechos soberanos de los Estados sobre los territorios en la frontera, determinó que era necesario el retiro de las tropas en la región para prevenir el daño actual y potencial a las personas y la propiedad en la zona, lo cual era de interés para ambos Estados.⁵⁸ Esto parecería significar que para la CIJ la existencia del daño irreparable a personas y bienes era suficiente fundamento para la determinación de medidas provisionales, aun cuando dicho daño no tuviera efectos propios en la determinación de la línea de la frontera.⁵⁹ La relevancia del *Caso de la Controversia Fronteriza* radica en que fue el primero⁶⁰ en el cual la corte utilizó las medidas provisionales

56. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de la Controversia Fronteriza (Burkina Faso/ República de Malí)", sentencia del 22 de diciembre de 1986, párr. 1.

57. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de la Controversia Fronteriza (Burkina Faso/ República de Malí)", orden de medidas provisionales, 10 de enero de 1986, párr. 29 y 30.

58. *Ibid.* párr. 21.

59. *Cfr.* HIGGINS, Rosalyn, "Interim Measures for the Protection of Human Rights", *Columbia Journal of Transnational Law*, n° 36, 1997, p. 102.

60. Cabe destacar que previamente en el célebre *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, la CIJ dispuso una medida provisional ordenando a Estados Unidos que detenga su actividad militar de bloqueo marino y minado en la zona. Pese a que Nicaragua planteó como uno de sus argumentos el derecho de los nicaragüenses

como un método de protección de los derechos humanos, aun cuando estos no eran el objeto central del litigio.⁶¹

Una década más tarde, la CIJ se enfrentó al *Caso de los Límites Marítimos y Terrestres entre Camerún y Nigeria*. Aquí retomó la postura adoptada en el *Caso de la Controversia Fronteriza*.⁶² Ante el avance de tropas Nigerianas sobre territorios de Camerún, la CIJ dispuso, a pedido de este último, una medida provisional por la cual estableció un cese de hostilidades y el reposicionamiento de las tropas previo a los enfrentamientos.⁶³ Una vez más, la CIJ puso el foco de la cuestión en los daños sufridos y los derechos humanos de la población en la región,⁶⁴ y no en el límite geográfico entre ambos Estados.

Aún más interesante es el *Caso relativo a Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en el Área Fronteriza*. Costa Rica realizó un pedido de medidas provisionales solicitando que se ordenara el cese inmediato de las actividades de dragado y construcción de un canal entre ambos países, y el retiro del personal militar en la región.⁶⁵ Costa Rica fundó su pedido en que la presencia de tropas nicaragüenses, para protección de los trabajadores, sin consentimiento del Estado implicaba una violación al principio de soberanía y constituía una amenaza al uso de la fuerza en los términos de la Carta de las Naciones Unidas.⁶⁶ Asimismo, agregó que dichas actividades estaban llevando a la deforestación de una selva tropical internacionalmente protegida.⁶⁷ Finalmente la CIJ ordenó el retiro del personal tanto civil como policial o militar, a los fines de proteger a la población de incidentes

a la vida, la paz y la seguridad, la CIJ no hizo alusión a ello, señalando simplemente que las circunstancias del caso ameritaban la orden de tales medidas.

61. BARNETT, Michelle, "Cambodia vs. Thailand: a case study on the use of provisional measures to protect human rights in international border disputes", *Brooklyn Journal of International Law*, n° 38, 2012, p. 283.

62. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "*Caso de los Límites Marítimos y Terrestres entre Camerún y Nigeria* (Camerún vs. Nigeria)", orden de medidas provisionales, 15 de marzo de 1996, declaraciones de jueces Mbaye y Ranjeva.

63. *Ibid.*, párr. 49.

64. *Ibid.*, párr. 42.

65. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "*Caso relativo a ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en el Área Fronteriza* (Costa Rica vs. Nicaragua)", orden de medidas provisionales, 8 de marzo de 2011, párr. 19.

66. *Ibid.*, párr. 31 y 55.

67. *Ibid.*, párr. 31.

que pudieran poner en riesgo la vida o la integridad física.⁶⁸ Sin embargo, respondió de manera distinta al otro argumento, señalando que no existían pruebas suficientes para determinar que la deforestación en cuestión produjera un daño irreparable.⁶⁹

Como se puede apreciar, la CIJ continuó con su postura de proteger los derechos humanos de la población aun cuando estos no eran el objeto de la disputa presentada. Debe resaltarse también que el último caso reseñado refleja la posición sentada por el tribunal respecto del riesgo de daño irreparable en los casos donde se encuentren en juego derechos humanos.

III.B.2. *Hacia una postura definitiva*

Hasta aquí se puede apreciar que si bien la CIJ ha señalado que la razón de ser de las medidas provisionales es preservar el *status quo*, no se ha referido al carácter inherente de la función jurisdiccional como su origen. En los casos de las disputas fronterizas dejó entrever con su postura que quizás este poder exista, aunque no otorgó mayores precisiones.

No fue hasta los casos *Bread* y *LaGrand* que se observó un mayor desarrollo de la Corte respecto del poder de dictar medidas provisionales.⁷⁰ En sus órdenes, la CIJ enfatizó que el poder de indicar medidas provisionales no solo tiene en miras preservar los derechos de las partes hasta tanto se emita una sentencia definitiva, sino que también presupone que los derechos de las partes sujetos a disputa no sufran daños irreparables durante los procesos judiciales, dado que la Corte debe ocuparse de que los derechos en litigio puedan ser conferidos a la parte vencedora.⁷¹ Esta postura se terminó de consolidar en el *Caso Avena y otros Nacionales Mexicanos*, con similar contexto fáctico.⁷²

68. *Ibid.*, párr. 75 y 76.

69. *Ibid.*, párr. 82.

70. A los fines de entender el contexto en que el la CIJ emitió sus órdenes es dable aclarar que dichos casos versaban sobre ciudadanos paraguayo y alemanes respectivamente condenados a muerte en los Estados Unidos.

71. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Paraguay Vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 9 de abril de 1998, párr. 35.; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso LaGrand (Alemania Vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 3 de marzo de 1999, párr. 22.

72. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso Avena y otros Nacionales Mexicanos (México vs. Estados Unidos)", Orden medida provisional, 5 de febrero de 2003, párr. 48.

Las decisiones adoptadas por la CIJ demuestran que las medidas provisionales, a pesar de tener sustento en una norma convencional, cumplen la función necesaria de preservar el derecho de los sujetos sometidos al litigio, lo que es ni más ni menos que el propósito de toda función jurisdiccional.⁷³

Cabe destacar que, a diferencia del argumento esgrimido por la CIJ en un caso previo,⁷⁴ en los casos traídos a colación la Corte sustentó su orden ya no meramente en los derechos interestatales, sino en la protección de la vida de personas condenadas a la pena de muerte, tomando en cuenta su capacidad de proteger la vida humana aunque otros derechos soberanos, en dichos casos el de la protección consular, se encuentran sometidos a disputa.⁷⁵

III.B.3. La efectividad de los derechos humanos como un requisito

Se observa en una serie de casos de la CIJ⁷⁶ que esta ha rechazado el dictado de medidas provisionales donde, si bien existía la posibilidad inminente de vulnerar los derechos sometidos a litigio, no había un riesgo de daño que no pudiera ser reparado, por lo que el Estado presuntamente trasgresor debía evaluar discrecionalmente la conveniencia de continuar con sus acciones frente a un potencial fallo desfavorable de la corte.

Si bien cierta doctrina analiza la posibilidad de que este procedimiento se convierta en un principio del derecho internacional,⁷⁷ la realidad es que

73. *Cfr.* SHAW, Malcom, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 1095.

74. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo al personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos vs. Irán), orden de medidas preliminares, 15 de diciembre de 1979, párr. 20 y 21.

75. DUXBURY, Alison, "Saving lives in the International Court of Justice: the use of provisional measures to protect human rights", en *California Western International Law Journal*, n° 31, 2000, p. 157.

76. A modo de ejemplo ver: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso del Paso a través del Gran Belt (Finlandia vs. Dinamarca)", decisión relativa a la orden de medidas provisionales, 29 de julio de 1991, párr. 33 y 34 y CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina vs. Uruguay)", decisión sobre el pedido de medidas provisionales, 13 de julio de 2006, párr. 78.

77. *Cfr.* BHATTACHARYA, Shouvik, "Proceeding at your own risk: evaluating a new principle of international law for provisional measures", *Yale Journal of International Law*, vol. 38, 2013, p. 523.

en materia de derechos humanos la CIJ ha aplicado un estándar muy distinto, utilizando las medidas provisionales como un medio de protección de derechos humanos, aun cuando los mismos no forman el núcleo de la disputa. Esto al menos refleja que existe un criterio que diferencia el accionar activo de la CIJ cuando se encuentra en juego derechos humanos.

Esta dicotomía queda claramente evidenciada en la medida provisional adoptada por la CIJ en el *Caso Relativo al Templo de Preah Vihear*. Aquí la CIJ no solo dispuso el cese de hostilidades en la región para la protección de los derechos humanos de las personas en la región, sino que también creó una zona desmilitarizada que comprendía el Templo en cuestión, sobre el cual previamente determinó la soberanía de Camboya, y también otras áreas que se encontraban fuera del litigio original resuelto en 1962.⁷⁸ Esta decisión llevó a que varios jueces de la Corte consideraran que esta se excedió en el ejercicio de su jurisdicción, ya que los derechos humanos en juego no eran parte del litigio, y que, a diferencia de las disputas fronterizas, en el presente caso se habían ordenado medidas provisionales que abarcaban territorios no incluidos dentro del objeto del caso principal.⁷⁹ Esto podría implicar que la misma CIJ, en el afán de proteger los derechos humanos, haya violado con su medida el principio de soberanía territorial de los Estados sometidos al litigio.⁸⁰ Sin embargo tal conclusión sería cuestionable, ya que ambos Estados reaccionaron favorablemente ante la medida adoptada.⁸¹

Muchas veces las sentencias y ordenes de la CIJ suelen ser poco claras respecto de la motivación de sus decisiones, sin embargo es indudable que su comportamiento ha evolucionado en favor de la protección de los derechos humanos. Incluso, a pesar de que sus miembros han variado a lo largo del tiempo, ha demostrado superar las barreras de la rigidez que muchas veces la contienen, y ha ido más allá de la simple resolución de

78. *Cfr.* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo al Templo de Preah Vihear (Camboya vs. Tailandia)", orden de medidas provisionales, 18 de julio de 2011, pp. 69 y 62.

79. *Ibid.*, votos disidentes de los jueces XUE (in fine), DONOGHUE (pp. 17 y 27) y OWADA (pp. 7 a 9).

80. BARNETT, Michelle, "Cambodia vs. Thailand: a case study on the use of provisional measures to protect human rights in international border disputes", *Brooklyn Journal of International Law*, n° 38, 2012, p. 273.

81. TRAVIS, Alexandra C. "Temple of Preah Vihear: lessons on provisional measures", en *Chicago Journal of International Law*, n° 13, p. 328.

los conflictos entre Estado, para proteger a las personas afectadas. Ello se relaciona directamente con el carácter inherente de la adopción de medidas provisionales en la CIJ.

III.B.4. El carácter inherente como medio de justificación

La competencia de los órganos judiciales es uno de los aspectos centrales de la jurisdicción internacional, dado que depende del consentimiento de los Estados al instituir una corte o tribunal.⁸² Es decir que, si la capacidad de dictar medidas provisionales depende de las cláusulas convencionales expresas, ningún tribunal podría ir más allá de lo acordado por los Estados en el estatuto constitutivo. De esta manera, no podría dictar tales medidas en ausencia de una cláusula expresa. Esto es así toda vez que de otra manera la corte o tribunal estaría excediendo o expandiendo su competencia. Si tenemos en cuenta el carácter voluntario de la jurisdicción internacional, sería lógico concluir que los jueces deben ser cuidadosos al determinar la procedencia de una medida provisional previo a la interposición de la demanda ante el tribunal. En consecuencia, las medidas provisionales deberían versar estrictamente sobre el derecho principal sometido a consideración del tribunal.⁸³

Adoptar esta postura implicaría que todas las órdenes de medidas provisionales en favor de la protección de los derechos humanos que la CIJ ha dictado hasta el momento, y donde estos derechos no eran el objeto de disputa ante el tribunal, representen una expansión ilegítima de su jurisdicción, contraria al consentimiento brindado por los Estados.

Respecto de este tipo de situaciones, Oellers-Frahm plantea que la capacidad de ordenar medidas provisionales proviene de la voluntad de los Estados, pero que esta no es expresa, sino que es tácita.⁸⁴ Ello se debe a que los procesos incidentales no dependen del consentimiento específico para instruirlos, sino que es parte del poder conferido al tribunal de emitir sentencias jurídicamente vinculantes y, por lo tanto, se encuentran facultados para tomar todas las medidas necesarias en aras de asegurar su correcto funcionamiento.⁸⁵ Cier-

82. *Cfr.* OELLERS-FRAHM, Karin, *ob. cit.*, p. 1282.

83. *Ibid.*, p. 1291.

84. *Ibid.*

85. *Ibid.*

tamente los Estados pueden limitar el accionar de los tribunales que crean, siempre y cuando, como explica Abi-Saab, ello no afecte el núcleo duro de la función jurisdiccional, del cual forma parte la capacidad de dictar medidas provisionales.⁸⁶ Esto no hace más que confirmar la postura adoptada por el juez Fitzmaurice en su opinión separada del *Caso de Camerún Septentrional*, quien en su voto aclaró que las medidas provisionales son parte del ejercicio de la jurisdicción inherente, siendo un poder necesario de toda corte de derecho para ejercer sus funciones.⁸⁷

Desde esta postura, es posible afirmar que al menos en lo que respecta a la materia derechos humanos, el poder de ordenar medidas provisionales no deviene de una voluntad expresa en el Estatuto de la CIJ, sino que surge del consentimiento general otorgado por los Estados para tomar decisiones efectivas y jurídicamente vinculantes. Este es un fundamento similar al adoptado por el TEDH,⁸⁸ y en función del cual, al no depender esta capacidad de dictar medidas de la regla establecida en el Estatuto, entonces la Corte no debe necesariamente cumplir a rajatabla con todos los requisitos. Así, no es necesario que el derecho humano protegido sea el objeto principal del litigio, ni tampoco debe ser en todos los casos irreparable. La particularidad de los derechos humanos con relación a las medidas provisionales puede observarse claramente en las declaraciones del juez ODA en los casos relativos a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.⁸⁹ El juez aclaró que si bien él consideraba que las medidas provisionales no debían ordenarse, emitió su voto a favor por razones humanitarias.⁹⁰

86. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES, "Abaclat y otros vs. Argentina", Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011, Opinión Disidente, Georges Abi-Saab, párr. 13.

87. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de Camerún Septentrional (Camerún vs. Reino Unido)", orden de medidas provisionales, 2 de diciembre de 1963, opinión separada del Juez Sir Gerald Fitzmaurice, p. 92.

88. Ver punto 3.1 *supra*.

89. Mencionadas en el punto 3.1.a *supra*.

90. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Paraguay Vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 9 de abril de 1998, declaración del juez Oda, p. 35; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso LaGrand (Alemania Vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 3 de marzo de 1999, declaración del juez Oda, párr. 7; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 5 de febrero de 2003, declaración del juez Oda, párr. 8.

Otra posible respuesta a este fenómeno es la dada por Rosalyn Higgins quien ha señalado que "la evolución de la jurisprudencia sobre medidas provisionales muestra el crecimiento de la tendencia a reconocer realidades humanas detrás de las disputas entre estados".⁹¹ La ex jueza y presidente de la CIJ reconoce en definitiva que, a pesar de las normas en juego, la realidad de las situaciones lleva a adoptar medidas prácticas con un tinte en el que lo jurídico y lo político son inescindibles.

Si bien no creo posible llegar a la conclusión que en todos los casos de medidas provisionales la Corte pueda dictarlas por fuera el objeto del litigio, si creo que sería razonable pensar que la particular relevancia de la protección de los derechos humanos ha llevado a la CIJ a aceptar tácitamente esta interpretación de las medidas provisionales para la protección de las personas. Caso contrario estaríamos en presencia de la expansión irregular de su competencia cautelar. Al demostrar que esta es más extensa que aquella que le era expresamente reconocida por vía convencional,⁹² parecería reconocer como fuente de su potestad de dictar medidas provisionales para la protección de los derechos humanos al poder inherente que su estatus de tribunal le confiere.

IV. LOS DERECHOS HUMANOS Y SU REFLEJO EN LAS MEDIDAS PROVISIONALES: A MODO DE CONCLUSIÓN.

A lo largo de este análisis se pudo vislumbrar la mención especial que recibe la CIJ, la cual es el faro que alumbrada a las demás jurisdicciones en su camino al reconocimiento de estas medidas como un medio de protección. En algunos casos mediante a la utilización de su Estatuto como guía en la confección de los instrumentos constitutivos de las demás jurisdicciones –como es el caso de la Corte IDH y la Corte Africana– en otros mediante la constante referencia a su jurisprudencia, tal como ha ocurrido con el TEDH. Este último caso demuestra claramente que el ejercicio de los poderes inherentes puede provenir

91. HIGGINS, Rosalyn, *ob. cit.*, p. 108. Traducción propia.

92. Cf. GAETA, Paola, *La Giustizia Cautelare nel Diritto Internazionale*, 2000, citado en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Las medidas provisionales en el Derecho Internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 59.

de una interpretación común encontrada en la práctica de otro tribunal internacional.

La CIJ fue sujeta a un desarrollado más extenso que el resto de las jurisdicciones. Esto se debe a que dentro de su misma jurisprudencia pareciera existir una diferenciación según se trate de un asunto que involucre derechos humanos o verse acerca de otra cuestión. Su particular postura a favor de la protección de los primeros es lo que me lleva a concluir que podría existir un reconocimiento tácito de la capacidad inherente a su función jurisdiccional para emitir medidas cautelares, al menos en dicha materia. En la mayoría de los casos de relevancia, ha decidido ir más allá de las atribuciones que parecieran conferirle su Estatuto. Asimismo, no se puede negar que tanto la CIJ como el TEDH, mientras interpretaban la norma convencional también estaban utilizando su poder de determinar medidas provisionales como parte de su poder jurisdiccional inherente, como bien lo expresó la jueza Vajić.

Este mismo tipo de reconocimiento se observó en el caso de la Corte IDH, único tribunal que realiza un reconocimiento expreso en su jurisprudencia. A su vez se observó que la potestad cautelar de la CIDH proviene de la necesidad de proteger los derechos humanos, inspirada en los avances del sistema europeo. Ello a pesar de ser reconocida su facultad por la vía convencional.

Por su parte, respecto de la Corte Africana debe tenerse en cuenta que esta es un tribunal relativamente nuevo, el cual ya ha absorbido la experiencia de los demás tribunales. Parece dar indicios, a pesar de tener una norma expresa que recepta las medidas provisionales, de reconocer, a través de sus Reglas de Procedimiento amparadas en su jurisprudencia, el poder inherente de ordenar medidas provisionales para el logro de la justicia.

Si bien concuerdo con lo expresado por Rosalyn Higgins respecto de encontrar soluciones prácticas al sufrimiento humano detrás de las disputas entre Estados, me resulta imperioso concluir que la tesis del reconocimiento de la potestad inherente de los tribunales de dictar medidas provisionales sería el camino correcto a seguir. Pensar en una expansión ilegítima de la jurisdicción de la CIJ, por más que se funde en la buena voluntad política, sería ilógico, y peligroso, en razón de la reacción de la comunidad internacional y el principio *pro homine*. Ello, siempre y cuando se cumpla el requisito de que uno o varios derechos humanos se encuentren en juego, ya que, según pareciera concluir la CIJ de manera indirecta, son los únicos imposibles de reparar.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES, "Tokios Tokelés v. Ucrania", orden de medidas provisionales, 1 julio de 2003.
- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A INVERSIONES, "Abaclat y otros vs. Argentina", Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011, Dissenting Opinion, Georges Abi-Saab.
- CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Lohé Issa Konaté vs. Burkina Faso", orden de medidas preliminares, 004/2013.
- CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos vs. República de Kenya", orden de medidas preliminares, 006/2012.
- CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos vs. Libia", orden de medidas preliminares, 002/2013.
- CORTE AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos vs. Libia", orden de medidas preliminares, 004/2011.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Mamatkulov y Abdurasulovic vs. Turquía", sentencia del 6 de febrero de 2003.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Mamatkulov y Askarov contra Turquía", Gran Sala, sentencia del 4 de febrero de 2005.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Allenet de Ribemont v. Francia* (interpretación del fallo del 01/02/1995), sentencia del 24 junio de 1996.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Cruz Varas y otros contra Suecia", Sentencia del 20 de marzo de 1991.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Čonka y las Liga de los Derechos del Hombre contra Bélgica", decisión del 13 de marzo de 1998.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Asunto B. respecto de El Salvador". Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2013.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Asunto Flores y Otra en relación con el Caso Torres Millacura y Otros vs. Argentina". Resolución

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS "Caso Herrera Ulloa respecto Costa Rica". Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 07 de setiembre de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*, Fondo, Sentencia de 20 de enero de 1989.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Fondo, Sentencia del 29 de julio de 1989.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú", orden de medidas provisionales, resolución del 14 de agosto de 2000.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 5 de febrero de 2003.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso LaGrand (Alemania Vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 3 de marzo de 1999.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA "Caso sobre los Ensayos Nucleares" (Australia vs. Francia), 20 de diciembre de 1974.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA "Caso de la aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio" (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Orden de Medidas Provisionales del 13 de septiembre de 1993.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de la Anglo-Iranian Oil Co. (Irán vs. Reino Unido)", Orden de medida provisional, 5 de julio de 1951.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de las Jurisdicciones Pesqueras (Reino Unido vs. Islandia)", Orden medida provisional, 17 de agosto de 1972.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo al personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos vs. Irán), orden de medidas preliminares, 15 de diciembre de 1979.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de la Controversia Fronteriza (Burkina Faso/República de Malí)", sentencia del 22 de diciembre de 1986.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Paraguay Vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 9 de abril de 1998.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo a las actividades militares

y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos)", orden de medidas provisionales, 10 de mayo de 1984.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "*Caso de los Límites Marítimos y Terrestres entre Camerún y Nigeria* (Camerún vs. Nigeria)", orden de medidas provisionales, 15 de marzo de 1996.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo a ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en el Área Fronteriza (Costa Rica vs. Nicaragua)", orden de medidas provisionales, 8 de marzo de 2011.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso del Paso a través del Gran Belt (Finlandia vs. Dinamarca)", decisión relativa a la orden de medidas provisionales, 29 de julio de 1991.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina vs. Uruguay)", decisión sobre el pedido de medidas provisionales, 13 de julio de 2006.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso de Camerún Septentrional (Camerún vs. Reino Unido)", orden de medidas provisionales, 2 de diciembre de 1963.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso relativo al Templo de Preah Vihear (Camboya vs. Tailandia)", orden de medidas provisionales, 18 de julio de 2011. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, "Caso de la Compañía Eléctrica de Sofía y Bulgaria", Orden medida interina de protección, serie A/B n° 79.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR, "Caso de la Planta de MOX (Irlanda vs. Reino Unido)", orden de medidas provisionales, 3 de diciembre de 2001.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR, "Caso del M/V "SAIGA" (No. 2) (San Vicente y las Granadinas vs. Guinea)", sentencia del 1 de julio de 1999.

Doctrina

BARNETT, Michelle, "Cambodia vs. Thailand: a case study on the use of provisional measures to protect human rights in international border disputes", *Brooklyn Journal of International Law*, n° 38, 2012, pp. 269-303.

BHATTACHARYA, Shouvik, "Proceeding at your own risk: evaluating a new principle for provisional measures", *Yale Journal of International Law*, vol. 38, 2013, pp. 511-524.

BROWN, Chester, "The Cross-Fertilization of principles relating to procedure and remedies in the jurisprudence of international courts and

- tribunals", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, n° 30, 2008, pp. 219-245.
- CARON, David D., "Interim Measures of Protection: Theory and Practice in Light of the Iran-United States Claims Tribunal", *ZaöRV*, v. 46, 1946, pp. 465-518.
- COLLINS, Lawrence, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1992, vol. 234.
- DUXBURY, Alison, "Saving lives in the International Court of Justice: the use of provisional measures to protect human rights", *California Western International Law Journal*, n° 31, 2002. pp. 141-176.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina. S., *Las medidas provisionales en el Derecho Internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina. S., *Obligatoriedad y eficacia de las medidas provisionales en la jurisdicción internacional*, Buenos Aires, SGN, 2008.
- HIGGINS, Rosalyn, "Interim Measures for the Protection of Human Rights", *Columbia Journal of Transnational Law*, n° 36, 1997, pp. 91- 108.
- JUMA, Dan, "Provisional Measures under the African Human Rights System: the African Court's order against Libya", *Wisconsin International Law Journal*, n° 30, 2012, p. 344- 373.
- OELLERS-FRAHM, Karin, "Expanding the competence to issue Provisional Measures-Strengthening the international judicial function", *German Law Journal*, n° 12, 2011, pp. 1279-1294.
- PASQUALUCCI, Jo M., *the Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- PASQUALUCCI, Jo M., "Interim Measures in International Human Rights: Evolution and Harmonization", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 38, 2005, pp. 1-49.
- REY CANTOR, Ernesto & REY ANAYA, Ángela M., *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Temis, 2005.
- ROSENNE, Shabtai, *The Perplexities of Modern International Law*, Hague Academy of International Law, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- SHAW, Malcom, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 1095.

- SHELTON, Dinah, "Form, function, and the powers of International Courts", *Chicago Journal of International Law*, n° 9, 2009, pp. 537-571.
- TRAVIS, Alexandra C., "Temple of Preah Vihear: lessons on provisional measures", *Chicago Journal of International Law*, n° 13, pp. 317-344.
- VAJIĆ, Nina, "Interim Measures and the Mamatkulov judgement of the European Court of Human Rights", en KOHEN, M. (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict resolution through International Law*, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 601-622.
- VERNET, Paula, "Los alcances de la nueva jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos respecto de las medidas provisionales", *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), v. 21, 2005, p. 535-560.