



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

**“EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS
CAUTELARES POR LA CORTE INTERNACIONAL
DE JUSTICIA”**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADA EN
DERECHO

PRESENTA

BLANCA DEL CARMEN MARTÍNEZ MENDOZA

ASESOR

DR. JUAN DE DIOS GUTIÉRREZ BAYLÓN



CIUDAD UNIVERSITARIA, 2015.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

OFICIO NO. SFD/14/III/2015

ASUNTO: Aprobación de tesis

DR. ISIDRO AVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM
P R E S E N T E

Distinguido Señor Director:

Me permito informar que la tesis para optar por el título de Licenciada en Derecho, elaborada en este seminario por la pasante en Derecho, **Blanca del Carmen Martínez Mendoza**, con número de cuenta 304727122, bajo la dirección del Dr. Juan de Dios Gutiérrez Baylón denominada "**El otorgamiento de medidas cautelares por la Corte Internacional de Justicia**", satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D. F. a 26 de marzo de 2015

DRA. SOCORRO APREZA SALGADO
DIRECTORA

SAS*



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

DRA. SOCORRO APREZA SALGADO,
Directora del Seminario de Filosofía del Derecho
de la Facultad de Derecho de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Apreciable Doctora Apreza Salgado:

Con toda atención me permito informar a usted que la señorita **BLANCA DEL CARMEN MARTÍNEZ MENDOZA**, con número de cuenta **304727122** ha concluido su tesis titulada **"EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA"**, bajo la dirección del suscrito.

La investigación de referencia constituye un trabajo excepcional en torno a las medidas cautelares, en el sistema tutelar de la Corte Internacional de Justicia. La tesis en comento contiene un amplio marco de consulta bibliográfica y una muy apropiada profundización teórica sobre las condiciones de implementación de las referidas medidas provisionales en el derecho internacional general.

En esta tesitura emito mi voto aprobatorio a favor de la tesis que nos ocupa, para que de no haber inconveniente para ello, la interesada proceda a los trámites atinentes para su titulación.

Reitero a usted las seguridades de mi consideración distinguida.

ATENTAMENTE

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"

Ciudad Universitaria, 18 de febrero de 2015

DR. JUAN DE DIOS GUTIÉRREZ BAYLÓN
Profesor por oposición de Derecho Internacional

A la memoria de mi abuela Natalia,
mi ejemplo de mujer fuerte.

A la memoria de mi abuelo Arcadio,
mi ejemplo de honestidad y esfuerzo.

AGRADECIMIENTOS

A mi mamá, Blanca Alicia Mendoza Vera, por ser mi impulso, mi inspiración, por confiar y creer en mí; por ser súper mamá, maestra y mentora; por estar siempre. Mi admiración y agradecimiento infinitos. GRACIAS.

A mi papá, Tito del Carmen Martínez Lezama, por estar siempre pendiente, por impulsarme, por creer en mí, por toda tu ayuda. GRACIAS.

A mi hermano Tito Alejandro, porque a pesar de ser difícil, logras traer diversión y alegría a mis días.

A mis tíos Caro y Beto, Lucy y Jorge, Chiquis y Cata; y con ellos a mis primos y sobrinos, por entusiasmarse con todo lo que emprendo y siempre darme aliento.

A mis amigos que nunca dejaron de creer en mí.

A Paola, por todo tu apoyo, confianza, complicidad, paciencia y cariño, por recordarme que “es un delito renunciar a ser útil a los necesitados y una cobardía ceder el paso a los indignos”*, y por permitirme ser parte de tu bellísima familia.

A Caro y Karla, porque con ustedes he crecido y compartido experiencias inolvidables. A Letty, Melody, Joshua y Mauricio por empujarme y alentarme siempre.

Al Dr. Juan de Dios Gutiérrez Baylón, por aceptar asesorarme en la realización de este trabajo, por sus enseñanzas y porque el progreso de la Universidad se

* Epicteto de Frigia

alcanzará solamente con y gracias a profesores como Usted, comprometidos con la superación, el estudio y la investigación.

A mis profesores en la Facultad de Derecho, de manera especial a Cesar Montero Serrano, José Dávalos, Hermilo López Bassols, Mónica Bauer y muy especialmente al profesor Ulises Ramírez Gil porque es profesor comprometido con la superación de sus alumnos y porque inmerecidamente ha creído en mí.

A mis tíos Eva Palomares y Tullio Treves, mi admiración y agradecimiento a ambos por su apoyo y consejos para la realización de este trabajo; y especialmente por brindarme un hogar y un abrazo al otro lado del mundo.

A mis primos y amigos Renato, Raymundo y Eva Paloma, por los conocimientos compartidos. A Larisa y Giulia por su amistad y por la ayuda que me brindaron al realizar este trabajo.

A mis padrinos, Olga Sánchez Cordero y Eduardo García Villegas, porque siempre me han brindado su cariño y yo continuo admirando su labor.

A los amigos que conocí en la Academia de la Haya de Derecho Internacional, especialmente a Marisol, Mónica, Pamela, Cecilia, Manuel Miguel, Diogo, Lotfi e Imad, por compartir conmigo el gusto por el derecho internacional, por el intercambio de ideas y opiniones que al respecto hemos realizado y por proporcionarme documentos o información sobre el tema de este trabajo.

EL OTORGAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.

INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO I	
Justicia Internacional	1
1.1 <i>Justicia y ética</i>	1
1.1.1 Imparcialidad e independencia de los jueces internacionales	26
1.2 <i>Los derechos fundamentales y los procedimientos jurisdiccionales como fundamento de la justicia internacional</i>	36
1.3 <i>El papel de los jueces internacionales ante el otorgamiento de medidas provisionales</i>	42
CAPÍTULO II	
Antecedentes de las Medidas Provisionales	43
2.1 <i>Medidas provisionales en el Derecho Romano</i>	44
2.2 <i>Medidas provisionales en el Derecho Alemán</i>	48
2.3 <i>Medidas provisionales en el Derecho Mexicano</i>	49
2.4 <i>Medidas provisionales en el Derecho Internacional</i>	57
2.4.1 Medidas Provisionales en la Corte Permanente de Justicia Internacional	63
2.4.2 Medidas Provisionales en la Corte Internacional de Justicia	75
CAPÍTULO III	
Medidas Provisionales	85
3.1 <i>Concepto</i>	85
3.2 <i>Clasificación de las medidas provisionales</i>	94
3.3 <i>Naturaleza</i>	97
3.4 <i>Las medidas provisionales en el derecho internacional</i>	100
3.4.1 Objeto	139
3.4.2 Requisitos que deben satisfacerse	151

3.4.2.1	Existencia de una controversia ante la Corte	153
3.4.2.2	Verosimilitud de los derechos	161
3.4.2.3	El vínculo entre los presuntos derechos y las medidas solicitadas	173
3.4.2.4	Determinar la existencia de jurisdicción <i>prima facie</i> sobre el fondo del asunto	174
3.4.2.5	Urgencia y riesgo de perjuicio o daño irreparable	202
3.4.3	Medidas de no agravamiento del conflicto	223
3.4.4	El carácter vinculante de las medidas provisionales	247
3.4.5	El papel del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas	274
CAPÍTULO IV		
El Caso del Templo de Preah Vihear.		283
4.1	<i>Camboya, Tailandia y El Templo de Preah Vihear</i>	283
4.2	<i>Solicitud de interpretación de la sentencia del 15 de junio de 1962 en el Caso relativo al Templo de Preah Vihear, entre Camboya y Tailandia</i>	297
4.3	<i>Medidas provisionales</i>	306
4.3.1	Riesgo de perjuicio o daño irreparable y urgencia	313
4.3.1.1	La pérdida de vidas humanas como elemento del daño irreparable a los derechos de las Partes	320
4.3.2	La creación de una zona desmilitarizada provisional	322
4.3.3	Efectos de las medidas provisionales	332
4.4	<i>Interpretación de la sentencia del 15 de junio de 1962</i>	332
CONCLUSIONES		344
BIBLIOGRAFÍA		350

INTRODUCCIÓN

La urgencia que se presenta como la necesidad de atender situaciones que surgen previamente o durante la tramitación de un caso determinado, hace indispensable la intervención inmediata de las cortes o tribunales y aún, la de otras autoridades, para preservar los derechos de las partes en un juicio o las facultades de las propias autoridades, para evitar que se produzcan daños graves o incluso irreparables que lleven a la desaparición de la materia del asunto de que se trate.

Es así que la función de los tribunales además de solucionar de manera definitiva un conflicto, es procurar que dicha solución se alcance en los mejores términos evitando que dicho conflicto se agudice o sirva de entrada para otros adicionales o más complicados.

Por ello, es que ante situaciones que requieren de una intervención inmediata, ya sea previa o durante la tramitación del juicio, se ha reconocido la posibilidad de su actuación mediante el otorgamiento de medidas provisionales, pues sin éste las partes en el juicio correrían el riesgo de que sus derechos resultaran gravemente dañados, llegándose incluso al extremo de que el juicio quedara sin materia.

La Corte Internacional de Justicia, como principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas, resuelve controversias entre Estados y también contribuye al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Una de las facultades con que cuenta para lograr estos objetivos, es la de otorgar medidas provisionales en situaciones de urgencia mismas que las partes están obligadas a adoptar para preservar los derechos de una de ellas o de ambas.

Este trabajo contiene un análisis sobre la facultad de la Corte Internacional de Justicia para otorgar dichas medidas, facultad que también correspondía ejercer a su antecesora la Corte Permanente de Justicia y que ha evolucionado a lo largo de su jurisprudencia.

Las medidas provisionales son un instrumento importante para la Corte Internacional de Justicia y otras cortes y tribunales a nivel tanto internacional como nacional, logren la resolución de conflictos y que al mismo tiempo, las sentencias que emitan sean plenamente efectivas, razón por la cual debe considerarse que las medidas provisionales son también un instrumento para alcanzar la justicia.

En el ámbito internacional, debe buscarse la convivencia armónica entre los miembros de la comunidad internacional, así como aminorar los efectos adversos que los conflictos entre los Estados ocasionan a sus nacionales en lo concerniente a sus derechos fundamentales.

El equilibrio entre las relaciones de los Estados será más probablemente alcanzable mediante el respeto a principios tales como la equidad de las partes, imparcialidad e independencia de los jueces dentro del procedimiento.

Esos principios deben tomarse en cuenta también por los jueces al decidir en casos de urgencia sobre el otorgamiento de medidas cautelares, aún cuando el pronunciamiento que al respecto realicen deba realizarse de manera pronta, pues deben siempre comportarse de acuerdo con los postulados que rigen su actividad.

Por lo anterior, es que se dedica en este trabajo el Capítulo I al estudio de la justicia internacional y de los imperativos a que deben sujetarse los jueces al otorgar medidas provisionales.

Posteriormente, se analizan los antecedentes de las medidas cautelares, partiendo del derecho romano y su existencia en distintos sistemas jurídicos nacionales, incluyendo el mexicano, y la incorporación del otorgamiento de dichas medidas como facultad de la Corte Permanente de Justicia.

También, son materia de análisis, tanto la naturaleza y características de las medidas cautelares, como los requisitos que la Corte Internacional de Justicia debe tomar en cuenta y examinar, de manera particular en cada caso, para poder emitir una decisión sobre su otorgamiento. En cuanto a esto, se estudia además la forma y requisitos a los que las sujetan otras cortes

internacionales o regionales.

A pesar de que a lo largo de este trabajo se analizan diversos casos y las providencias de medidas provisionales que se emitieron respecto de ellos, se analiza de manera especial el nuevo caso que dio lugar a la interpretación de la sentencia del Caso del Templo de Preah Vihear, recientemente resuelto por la Corte Internacional de Justicia, mismo en el que se otorgaron medidas provisionales que han sido objeto de importantes críticas desde el punto de vista sociológico y jurídico, al considerarse pertinente analizar si dichas medidas atentan contra la naturaleza clásica de las medidas cautelares o si por el contrario fueron resultado de su evolución.

El análisis de casos resueltos por cortes internacionales o regionales cuyos idiomas oficiales, en ocasiones son distintos al español, y en particular, en de la Corte Internacional de Justicia cuyos idiomas oficiales son el inglés y el francés, motivó que se considerara oportuno reproducir fragmentos de textos en los idiomas originales u oficiales; en relación con los cuales, para facilitar la lectura y confrontación de textos, se incorporaron traducciones propias al idioma español.

En el caso de referencias que se tomaron de autores cuyas obras se encuentran en idiomas distintos al español, se incorporaron también traducciones propias.

Cabe mencionar que la mayoría de estas obras, se consultaron en una breve estancia de investigación en el *Institut de Hautes Études Internationales et du Développement* en Ginebra, Suiza y en la *Università degli Studi di Milano* en Milán, Italia.

CAPÍTULO I

Justicia Internacional

1.1 Justicia y ética 1.1.1 Imparcialidad e independencia de los jueces internacionales 1.2 Los derechos fundamentales y los procedimientos jurisdiccionales como fundamento de la justicia internacional

1.1 Justicia y ética

Existen diversas posturas mediante las que se ha tratado de definir a la justicia y explicar su contenido, como una aspiración universal. Todas estas posturas ofrecen argumentos y características válidas sobre la justicia, aún cuando pueden ser completamente diferentes entre sí, razón por la que se pueden presentar desacuerdos; sin embargo, estas diferencias pueden estar alimentadas por los diversos contextos sociales, políticos y, por supuesto, por los ideológicos.

Se ha considerado que la justicia se puede analizar por un lado, como una virtud negativa y por otro como una positiva. Desde el punto de vista negativo se entendería que la justicia o sus demandas se alcanzan mediante la abstención de hacer daño; en cambio, el punto de vista positivo implica la corrección de errores a través del castigo, asegurando compensaciones para las víctimas o, en otro sentido respondiendo adecuadamente a la perpetración de injusticias.²

Frente a la concepción de la justicia como una virtud negativa que toma en cuenta las acciones realizadas por una persona determinada o mejor dicho a que tal persona no realice determinadas acciones que podrían resultar injustas, la positiva podría ser considerada como la que toma en cuenta las

² Campbell, Tom, *La justicia, Los principales debates contemporáneos*, trad. de Silvina Álvarez, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 15

acciones que se realizan, basadas en principios aceptados, podrían considerarse como justas no solamente las acciones que se tomen como forma de reprender o subsanar las injustas.

Tratándose de las acciones positivas, consideradas como aquellas que buscan castigar o compensar, se atiende, para determinar su carácter positivo, a la persona o ente de quien emanan las acciones de la autoridad o persona quien se encarga de impartir justicia, sobre la base de un sistema en el que exista un ente encargado de decidir la imposición de castigos o la reparación que es debida, por un daño determinado.

Consideramos que tales acciones pueden denominarse positivas porque se requiere de una actuación de la autoridad para obtener la reparación que sea debida y adecuada, aunque si siendo competente y cumpliéndose con los requisitos necesarios para que una controversia sea sometida ante ella, decidiera no llevar a cabo ninguna acción; esto, podría traducirse en impunidad y en la corrupción del sistema del que forma parte. Dicha autoridad, puede exigir de las partes en una controversia la realización de acciones que pueden ser positivas y negativas, pudiendo ordenar su ejecución, en el caso de ser necesario.

Las acciones positivas pueden consistir en la imposición de penas o castigos o en la solicitud de reparaciones o indemnizaciones; en cambio, las acciones negativas que puede solicitar la autoridad pueden consistir en solicitar que no se lleven a cabo determinados actos. Dentro de éstas se comprende también, e incluso la decisión de la autoridad de no conocer de un asunto determinado por no considerarse competente, lo que se podría traducir en una acción negativa que contribuye a la justicia.

Pueden considerarse como acciones negativas las medidas provisionales o cautelares, tema central de este trabajo, pues en el caso de que la autoridad solicite a las Partes que no se lleven a cabo acciones que puedan perjudicar los derechos objeto del litigio o cuando se continúe con la realización de determinados actos, la autoridad puede solicitar a las partes, que no actúen; se

puede considerar que estas abstenciones constituyen acciones negativas.

A partir de distintas concepciones sobre la justicia, se ha llegado a distinguir entre diversas formas de la misma justicia. Una de las distinciones más referidas es aquella que considera a la justicia distributiva por un lado y a la conmutativa, por el otro.

La primera, es decir la distributiva, también llamada social, es aquella que se refiere al reparto de beneficios o cargas entre grupos sociales; la justicia conmutativa, también llamada legal, es aquella que implica el castigo o compensación de daños a través de la creación y aplicación de un conjunto de normas públicas.

Sin embargo, como señala Tom Campbell, esa distinción es “engañosa como referencia general a la vinculación entre el derecho y la justicia, cuanto menos porque el derecho es un instrumento clave en la determinación de la distribución general de beneficios y cargas en una sociedad”.³

Aristóteles consideraba que la justicia es “aquél hábito que dispone a los hombres hacer cosas justas y por el cual obran justamente y quieren las cosas justas”.⁴ Para él, lo justo es lo legal y lo igual, pues, considera que todas las cosas iguales son de algún modo justas; lo justo es lo que produce y protege la felicidad y sus elementos en la comunidad política.

En ese sentido, Kelsen señala que un hombre es justo cuando su conducta concuerda con un orden justo y el orden justo es aquél que “...regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad”.⁵

³*Ibidem*, p. 31.

⁴ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, versión española y notas por Antonio Gómez Robledo, 20ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 78.

⁵ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, 26ª ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2012, p. 9.

La felicidad es la aspiración eterna del hombre y, de acuerdo con Kelsen, la justicia es la felicidad social que el orden social garantiza, aunque no se debería entender como un sentimiento subjetivo, individual, pues así ningún orden social podría proporcionar soluciones justas. Para él, un orden social justo es aquél que “regula la conducta de los hombres en una forma satisfactoria para todos, es decir, de tal modo que encuentren en él su felicidad”.⁶

Entonces, la felicidad no debe entenderse de manera individual-subjetiva, sino de manera colectiva-objetiva, es decir, como “la satisfacción de ciertas necesidades que son reconocidas como tales por la autoridad social o el legislador y que son dignas de ser satisfechas”.⁷ Por otro lado, la libertad vinculada con la justicia debe entenderse como aquella que protege determinados intereses, aquellos que la mayoría reconoce como valiosos y dignos de protección.

Una forma de justicia, de acuerdo con Aristóteles, “tiene lugar en las distribuciones de honores o de riquezas o de otras cosas que puedan repartirse entre los miembros de la república”.⁸ Esto, sería la justicia distributiva.

La otra forma de justicia “desempeña una función correctiva en las transacciones o conmutaciones privadas”.⁹ Así, considera que lo igual es justo y que los iguales tienen y reciben porciones iguales; sin embargo, en razón de eso pueden surgir problemas cuando los iguales no reciben porciones iguales, además de que atiende al principio de que debe atenderse al mérito, como la forma justa de repartición en las distribuciones.

Las diferentes opiniones respecto a lo que debe entenderse como mérito hacen surgir un nuevo problema, que se origina en lo que debe considerarse

⁶ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2ª ed., trad. de Eduardo García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, Textos Universitarios, p. 6.

⁷*Ibidem*, p. 14.

⁸ Aristóteles, *op. cit.*, nota 3, p. 81.

⁹*Idem*.

como mérito para tener acceso a la distribución, la que además debe ser proporcional.

La justicia correctiva no considera a la proporción de la misma manera; pues en este caso, lo hace de manera aritmética. Aristóteles¹⁰ explica que es indiferente si un hombre bueno defraudó a uno malo o si el malo defraudó al bueno, pues la ley trata a las partes como iguales y frente a un daño el juez procura igualdad mediante un castigo retirando lo que corresponda de provecho al agresor; así, lo justo correctivo sería precisamente el medio entre la pérdida y el provecho y considera que acudir ante un juez es acudir a la justicia, pues el juez ideal sería la justicia animada; los jueces mediadores buscan una media entre las partes y al alcanzarla, alcanzan al justicia.

Entonces, el juez restaura la igualdad, lo igual se entiende como “el medio entre lo mayor y lo menor, según la proporción aritmética”.¹¹ De esta proporción aritmética es posible saber lo que es preciso quitar al que tiene más y lo que es preciso añadir al que tiene menos. Sin embargo, debemos recordar que Aristóteles hace tales precisiones dentro del contexto en el que se refiere a la justicia correctiva, por lo que tal situación de distribución mediante una proporción aritmética deriva de que inicialmente hubo una acción que se busca corregir, es decir quien tiene más lo arrebató de quien tiene menos y en razón de esto es que el juez ante el que se acude, decide corregir aunque tomando en cuenta la mencionada proporción aritmética, el juez no estaría devolviendo todo lo que le fue arrebatado y dejaría al agresor con una parte del provecho.

Aristóteles concluye que “lo justo es el medio entre cierto provecho y cierta pérdida en las transacciones no voluntarias, y consiste en tener una cantidad igual antes que después”.¹²

En relación con lo anterior, para Kelsen un orden capaz de asegurar una

¹⁰*Ibidem*, p. 84.

¹¹*Idem*.

¹²*Ibidem*, p. 85.

paz social sería “un orden jurídico que no satisface los intereses de uno en perjuicio de los de otro, sino que establece ante los intereses contrapuestos un compromiso, a fin de reducir al mínimo las fricciones posibles, puede aspirar a una existencia relativamente larga”.¹³

La primera definición que recordamos de la justicia, es la de Ulpiano que la define como *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens* (Justicia es la constante y firme voluntad que da a cada uno su derecho).¹⁴

Por su parte, Kelsen señala que “se atribuye a uno de los siete sabios de Grecia la frase que afirma que la justicia significa dar a cada uno lo suyo”¹⁵ frase que considera vacía¹⁶ pues es necesario determinar en qué consiste “lo suyo” lo que dice, es lo que pertenece a alguna persona, por lo que se podría saber lo que pertenece a cada quien mediante un orden social que la costumbre o el legislador han establecido como moral positiva u orden jurídico que resuelva de antemano la cuestión.

Además, señala que aquello en que consiste “lo suyo” se puede entender de manera diferente con lo que es posible justificar cualquier orden social y por lo tanto resulta ser una definición insuficiente “ya que ésta debe fijar un valor absoluto que no puede identificarse con los valores relativos que una moral positiva o un orden jurídico garantizan”.¹⁷

¹³ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 5, p. 16.

¹⁴ García del Corral, Ildefonso (trad. y comp.), *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, Jaime Molinas editor, 1889, T. I Instituta- Digesto, p. 5.

¹⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 4, p. 45.

¹⁶ En este sentido, Manuel Atienza también se refiere a diversas consideraciones como vacías en razón de que hacen falta otros criterios materiales “que permita establecer cuándo dos seres pertenecen a la misma categoría y en consecuencia, cuándo deben ser tratados de igual manera” Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, 4ª ed., España, Ariel, 2009, p. 175.

¹⁷*Ibidem*, p. 46.

También Kelsen señala que el imperativo categórico de Kant que consiste en considerar que las personas deben conducirse “de acuerdo con aquella máxima que tu desearías se convirtiera en ley general”¹⁸ como la fórmula referida anteriormente “a cada uno lo suyo” y la regla áurea puede servir de justificación a cualquier orden social.¹⁹

Ante la concepción de Kant, Manuel Atienza considera, como contrafigura al utilitarismo que señala es una “concepción consecuencialista de la ética, según la cual se debe hacer aquello que tenga la mejores consecuencias”.²⁰

Jeremy Bentham es el principal exponente del utilitarismo que se relaciona también con las consideraciones de Kelsen sobre la persecución de la felicidad, en tanto que dice que lo justo es lo que proporciona la mayor felicidad al mayor número; lo que para Atienza, es el utilitarismo hedonista, universalista, positivo y del acto.

En relación con lo anterior, Atienza señala que hay diversos tipos de utilitarismos; el utilitarismo hedonista, que es el que ve las consecuencias en términos de felicidad frente a uno no hedonista que ve otro tipo de consecuencias que son buenas, aunque no produzcan felicidad; el utilitarismo egoísta toma en cuenta la satisfacción de deseos o placer del agente frente a un utilitarismo universalista que considera las de todos los miembros de un grupo relevante.

El utilitarismo positivo ordena maximizar la felicidad, en cambio el negativo ordena minimizar la miseria o el dolor; el utilitarismo del acto considera que la corrección de las acciones se juzga por las consecuencias que tengan en cada ocasión, mientras que el de regla es aquel en el que se juzgan las acciones por las reglas.

Para Manuel Atienza el problema del utilitarismo es que los problemas de

¹⁸ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 4, p. 60.

¹⁹ *Ibidem*, p. 61.

²⁰ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 15, p. 192.

justicia se plantean en términos del monto total del placer sin considerar su distribución; bajo esta consideración, señala que sería aceptable que solo un pequeño grupo disfrutaran de una gran cantidad de placer y los demás padecieran y que se consideraría tan aceptable como que la felicidad se repartiera de manera más igualitaria y entonces se considera que el utilitarismo no toma en cuenta a los individuos y sus derechos pues lo importante es la cantidad de placer. Aunque, posteriormente Atienza señala que sería correcto que un utilitarista considere que en algunos casos sería válido sacrificar derechos individuales a favor de intereses colectivos.²¹

Tom Campbell señala, tomando en cuenta el mérito, mismo que también aborda Aristóteles, que es muy amplio conocer lo que merece cada persona y que en este sentido “permite que el concepto de justicia se adapte a distribuciones discriminatorias realizadas de acuerdo con la clase social, la raza, el sexo o muchas otras propiedades cuyo uso distributivo es en general la antítesis de la justicia”.²² Lo anterior coincide con la postura de Aristóteles, respecto a que es difícil determinar en que consiste realmente el mérito, pues puede apreciarse de manera distinta según diferentes puntos de vista, lo que daría lugar a las distribuciones discriminatorias que Campbell señala.

Desde nuestro punto de vista, el mérito debe considerarse en razón de algunos factores como el esfuerzo o la dedicación. En cambio, considerar arbitrariamente ciertas características o propiedades como la raza, el sexo o la clase social de una persona determinada, sea a su favor o en contra, resulta, como se ha demostrado, totalmente discriminatorio, por lo que esas características no pueden considerarse como méritos reales, al no determinar de manera contundente, lo que una persona merece.

Desde el punto de vista gramatical, la Real Academia de la Lengua Española define al mérito como la acción que hace al hombre digno de premio o de castigo como el resultado de las buenas acciones que hacen digna de

²¹*Ibidem*, p. 193.

²² Campbell, Tom, *op. cit.*, nota 1, p. 35.

aprecio a una persona o como aquello que hace que tengan valor las cosas.²³

Derivado de lo anterior debemos mencionar que los méritos, de acuerdo a su definición son acciones o actos que realizan las personas; por lo tanto es incuestionable que hay propiedades o características que no constituyen méritos.

Aunque el diccionario señala que el mérito puede depender de características al señalar que es aquello que hace que tengan valor las cosas, precisamente es a cosas a las que se refiere no a personas. Esto, porque no es posible considerar que hay características que hacen que las personas tengan un mayor mérito sobre otras, pues es necesario partir de un plano de igualdad, a partir del cual, en igualdad de condiciones y de oportunidades las personas pueden realizar acciones que constituyan méritos que son la base para realizar una distribución de beneficios. Así, todos podrían tener la oportunidad de tener el mismo acceso a la justicia distributiva.

Sin embargo, el mismo Campbell señala que, en ocasiones, la distribución no solo atiende al mérito, sino a la utilidad y que es en razón de esto que pueda darse el caso de que debido a cuestiones de necesidad económica, sea que los salarios extraordinariamente altos se paguen solo a pocas personas con capacidades especiales que así, la distribución de los bienes atendería a cuestiones de utilidad y no de justicia, por lo que es necesario precisar la idea de mérito.²⁴

Consideramos que estas ideas de utilidad deben ser incluidas dentro de las que se pueden considerar como mérito. Así, el mérito se alcanza por la capacidad, esfuerzo, dedicación y entrega al trabajo y al estudio, también deben tomarse en cuenta otras cuestiones tales como la actitud, disposición, creatividad, y proactividad propios que llevan a la utilidad. Si bien las distribuciones no deben regirse por ciertas condiciones de las personas,

²³Real Academia Española. (2001). Mérito en *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.). Recuperado de <http://lema.rae.es/drae/?val=mérito> (Fecha de consulta 6 de julio de 2013).

²⁴ Campbell, Tom, *op. cit.*, nota 1, p. 35

tales como raza, género o clase social, entre otros, ni en su perjuicio ni en su beneficio, como condiciones discriminatorias; sí deben considerarse todas las anteriores que en conjunto, y según se requieran, pueden llevar a un mayor mérito.

Continuando con el concepto de mérito, Campbell hace referencia a la posición de David Miller quien señala, que hay diversas “interpretaciones de la justicia que se podrían resumir en los siguientes tres principios: a cada uno de acuerdo con sus derechos; a cada uno de acuerdo con sus méritos; a cada uno de acuerdo con sus necesidades”.²⁵

En sentido similar, Kelsen señala que “la verdadera igualdad y, por lo tanto, la verdadera y no la aparente justicia, se logra únicamente en una economía comunista, en donde el principio fundamental es: de cada uno según sus capacidades, a cada uno según sus necesidades”.²⁶

Como las capacidades y necesidades tendrían que ser determinadas por un órgano de la comunidad destinado a tal efecto y según normas o principios generales establecidas por la autoridad social, considera que el principio comunista de justicia resulta igual que considerar la fórmula “a cada uno lo suyo” y obedece a un orden social determinado, que es el que reconoce las necesidades y capacidades; además señala, que considerar que tal orden social reconocerá todas las capacidades individuales, respetando la idiosincrasia de cada uno y que va a garantizar la satisfacción de todas las necesidades de modo que puedan coexistir los intereses colectivos e individuales y la libertad individual ilimitada, es una ilusión utópica.²⁷

Sobre el principio de igualdad Kelsen, señala que se parte de suponer que todos los hombres son iguales aunque en realidad todos son diferentes, por lo que afirma que esto se traduce en que el orden social hace caso omiso a ciertas desigualdades para otorgar derechos e imponer deberes; y que, con

²⁵*Ibidem*, pp. 35-36.

²⁶ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 4, p. 53

²⁷*Ibidem*, p. 55

base en esto, cualquier diferencia puede servir para dar un tratamiento diferente sin que eso signifique que el orden jurídico contradiga el principio de igualdad.²⁸

Manuel Atienza alude a importancia de distinguir entre la igualdad de características y la de trato, diciendo que, la primera depende de la comparación que se haga entre dos personas o cosas diferentes; y que la segunda es una noción normativa que se refiere a que los seres deben ser tratados de la misma manera.²⁹

A decir de Campbell, para Anthony Maurice Honoré, ante “cualquier distinción que se haga entre individuos se debe presuponer una posición de igualdad inicial”, la que para él es la igualdad antecedente y sustenta en la afirmación de que “todos los *hombres considerados meramente como hombres* y separando su conducta o elecciones pueden reclamar una parte igual en todas aquellas cosas, que aquí se llaman ventajas, que generalmente se desean y que de hecho conducen al bienestar” y que “hay un número limitado de principios para el discernimiento y que la pretensión de los hombres a una parte igual en todas las ventajas puede ser modificada, restringida o limitada equitativamente a través de sólo dos factores centrales. Éstos son la decisión del reclamante o del ciudadano, por un lado, y su conducta, por otro”.³⁰

La igualdad para Campbell, es el “requisito de que cada persona reciba aquello que merece”, o sea que todos, en “casos similares deben ser tratados de manera similar”. También sostiene que la “...igualdad antecedente va más allá de la justicia puramente formal para afirmar que en algunos aspectos los seres humanos son iguales y que, por lo tanto, deberían recibir un tratamiento igual hasta tanto se den razones relevantes para tratarlos de manera

²⁸*Ibidem*, pp. 48-50

²⁹ Atienza, Miguel, *op. cit.*, nota 15, pp. 174-175.

³⁰ Campbell, Tom, *op. cit.*, nota 1, p. 36

diferente”.³¹

Asimismo sostiene que “...la justicia tiene que ver en parte con la tarea de distinguir entre distintas personas y grupos y justificar su tratamiento diferenciado”; así, el igualitarismo “[...]no puede ser considerado esencial para el concepto mismo de justicia[...]”, pero “[...]constituye una lectura plausible y atractiva de la idea de igualdad antecedente considerar que partir de distribuciones igualitarias requiere una justificación”.

Citando a Bruce Ackerman, Campbell, menciona que, considera que “las situaciones desiguales de la vida deben justificarse, de modo que toda teoría de la justicia debe intentar explicar o justificar el presupuesto básico de la igualdad de las personas así como demostrar que existen razones legítimas para el trato diferencial”.³²

El autor menciona que la igualdad antecedente tiene que justificarse a través de la identificación de algunas características que posean todas las personas. Aunque afirma que deben precisarse los factores a atender, para conferir un valor igual a las personas y que una teoría de la justicia debe ser capaz de identificar y conectar las razones para un trato diferencial que tiene que ver específicamente con la justicia. Campbell dice, en relación con la idea del igual valor, que la justicia presupone que las personas tienen un igual valor como agentes responsables vinculado también con la idea de mérito desigual que ya hemos tratado; sin embargo, considera que esto, puede no funcionar respecto de la idea de que la felicidad de todos importa por igual, por lo que sería “más seguro asumir que el igual valor está basado en una serie de factores que incluyen sensibilidad o autoconciencia, capacidad para sentir placer y dolor y características que permiten a los seres humanos hacer elecciones ponderadas, particularmente elecciones morales”.³³

Kelsen señala que la igualdad ante la ley consiste en “[...]que los órganos

³¹*Ibidem*, p. 37

³²*Ídem*.

³³*Ibidem*, p. 38

encargados de la aplicación del derecho no deben hacer ninguna diferencia que el derecho a aplicar no establezca”,³⁴ pero también dice que este principio no está relacionado con la justicia, pues simplemente consiste en aplicar el derecho de acuerdo con su propio sentido, entonces consiste en el principio de juridicidad o legalidad, al que no le interesa si el ordenamiento jurídico es justo o injusto,³⁵ por lo que la justicia en el sentido de la legalidad se refiere a la aplicación del orden jurídico; la conducta del individuo es justa o injusta, en el sentido de legal o ilegal que supone que su comportamiento corresponde o no a una norma jurídica que el sujeto presupone como válida en cuanto pertenece a un orden jurídico positivo.³⁶

Respecto al mérito Campbell sostiene, como ya hemos señalado, que aún es necesario establecer los criterios para señalar qué es lo que implica mérito, para “decidir qué rasgos de los seres humanos son fundamentales para su condición de agentes responsables”.³⁷ A este respecto, hemos señalado, pero creemos que es necesario recalcarlo, que no consideramos que deban tomarse en cuenta como méritos los rasgos o naturaleza que son intrínsecos a las personas, sino que lo que es necesario considerar son sus acciones o decisiones, al ser éstas las que pueden ser dignas de considerarse méritos.

Kelsen también considera que se deja abierta la cuestión de si la justicia tiene una importancia decisiva o central en la determinación sobre lo que es moralmente correcto.³⁸

Las teorías sobre la justicia, de acuerdo con Manuel Atienza, se clasifican de diversas maneras; la más común, consiste en clasificarlas en teorías cognoscitivistas y no cognoscitivistas. De acuerdo con la primeras los valores son cualidades inherentes a las cosas o a las acciones, que permiten conocer

³⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 4, p. 51

³⁵ *Idem.*

³⁶ Kelsen, Hans, *op. cit.* nota 5

³⁷ Campbell, Tom, *op. cit.*, nota 1, p. 39

³⁸ *Idem.*

en qué consiste la justicia. Éstas, a su vez se clasifican en naturalistas e intuicionistas. Para las naturalistas existen principios morales que pueden ser considerados como verdaderos porque reflejan la naturaleza entendida en términos empíricos o metafísicos; dentro de éstas, está el iusnaturalismo y el utilitarismo. Por otro lado, las teorías no cognoscitivistas consideran que es posible un conocimiento de los valores y que por lo tanto los juicios valorativos no pueden ser clasificados como falsos o verdaderos.³⁹

El iusnaturalismo, dice Atienza, tiene rasgos de carácter muy abstracto que no tienen que ver con el contenido de la justicia y consisten en que lo justo se identifica con una serie de principios, más o menos amplios, que derivan de la naturaleza y son cognoscibles por el hombre; estos principios son verdaderos en la medida en que describen fidedignamente la naturaleza y que cuando menos uno de tales principios tiene carácter inmutable y universal, pues la naturaleza, en sus rasgos esenciales, es aquello que no cambia ni en el tiempo ni en el espacio.⁴⁰

Se señala que la justicia social o distributiva, o sea, la referente a la distribución de cargas o beneficios, es distinta de las cuestiones que tienen que ver con la atribución de responsabilidades y castigos a que se refiere la justicia individual o legal. Así, la diferencia que se plantea sobre la justicia formal y la material consiste en que a la primera se le equipara con el derecho; y a la material se le vincula con la moral o la política.

Campbell afirma que Chaïm Perelman considera que el derecho tiene que ver con la justicia abstracta; es decir, con la correcta y precisa aplicación de las reglas, mientras que la justicia concreta tiene que ver con el contenido de las reglas.

Para Campbell, la justicia formal se refiere al trato, de acuerdo con las reglas autoritativas existentes, mientras que la justicia material o sustantiva se refiere a los criterios de justicia pertinentes para valorar las propias reglas.

³⁹ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 15, pp. 186-187

⁴⁰*Ibidem*, p. 188

Respecto de esta diferencia el autor señala que la justicia material generalmente es "...considerada como una cuestión secundaria a ser mencionada antes de proceder a tratar las cuestiones morales sustantivas que son equiparadas, aproximadamente, con la esfera de la justicia social".⁴¹

Al referirse John Rawls a la justicia social, señala que su objeto primario es la estructura básica de la sociedad; esto es, el modo en el que las grandes instituciones sociales, entendidas como tales, la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales, distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social.⁴²

De acuerdo con ese autor, la estructura social se compone de diversas posiciones sociales, que determinan las expectativas de las personas según la posición a la que pertenezcan, lo que se traduce en desigualdades profundas y afectan sus oportunidades iniciales, las cuales no pueden justificarse apelando a nociones de mérito, razonamiento con el que como hemos señalado coincidimos pues el haber nacido en cierta posición social no es una acción que haya realizado la persona digna de considerarse como mérito; entonces, la justicia social debe aplicarse a estas desigualdades.

Respecto de la justicia internacional, Rawls considera que también se deben deducir los principios de la justicia y que se han adoptado los del deber natural y los de las obligaciones, que se aplican a las personas, lo que significa que los han aceptado y se aplican en la sociedad de la que son miembros. Derivado de esto, habrá que suponer que deben elegirse los principios con los que se resolverán los conflictos entre Estados, por los cuales se eligen grupos de personas pertenecientes a cada uno de ellos, grupos que el autor señala, deberían estar privados de cierta información y conocer solamente la que les permita resolver sus intereses, sin que el conocimiento de información adicional

⁴¹Campbell, Tom, *op. cit.*, nota 1, p. 40

⁴² Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, trad. María Dolores González, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1995, colección Filosofía, p. 20

les sirva para aprovecharse de determinadas situaciones y obtener beneficios; es decir, que los Estados deben encontrarse en una posición original justa que no tome en cuenta eventos o predisposiciones derivadas de acontecimientos históricos. Así, considera que entre los principios que deben regir las relaciones entre los Estados se encuentran el de autodeterminación, como equivalente al principio de igualdad entre las personas y el de respeto a los tratados, pero siempre que concuerden con los otros principios que rigen las relaciones de los Estados.⁴³

Existen concepciones sobre la justicia internacional que consideran que las cuestiones relativas a la nacionalidad no son compatibles con las de igualdad, que son el soporte de ciertas consideraciones sobre la justicia, pues consideran que el lugar de nacimiento de una persona genera desigualdades arbitrarias equiparables con las desigualdades impuestas en razón de clase social y género, mismas que son incompatibles con el igualitarismo moral del pensamiento liberal que además debería combatirlas. Lo anterior se relaciona con el hecho de que se ha analizado el tema de la justicia internacional tomando en cuenta la demarcación de las fronteras y las consideraciones que han llevado a que tales fronteras se marquen de determinada forma.⁴⁴

Las consideraciones de la justicia respecto a un plano nacional varían de aquellas en el plano internacional, debido a que de acuerdo con Rawls no existe una estructura básica que es base para una justicia social.

Para Rawls, "*The Law of Peoples*" procede del mundo político internacional y versa sobre cómo debería ser la política exterior de personas liberales razonablemente justas. Para esto, se refiere a dos tipos de pueblos bien ordenados, los democráticos liberales y los pueblos jerárquicos decentes; también se refiere a los Estados que se encuentran al margen de la ley y a aquellos en condiciones desfavorables. El autor considera que las sociedades

⁴³*Ibidem*, p.347

⁴⁴Blake, Michael, "*International Justice*", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2008 Edition, Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/win2008/entries/international-justice/> (Fecha de consulta 5 de agosto de 2013).

liberales decentes deben guiarse bajo una serie de principios de justicia entre sociedades libres y democráticas⁴⁵:

1. Los pueblos son libres e independientes y su libertad e independencia debe ser respetadas por otros pueblos.
2. Los pueblos deben cumplir los tratados y sus compromisos.
3. Los pueblos son iguales y deben ser partes en los acuerdos que los vinculan.
4. Los pueblos tienen un deber de no intervención.
5. Los pueblos tienen el derecho a la autodefensa pero no el derecho de declarar la guerra por razones distintas a la autodefensa.
6. Los pueblos deben respetar los derechos humanos.
7. Los pueblos deben observar ciertas limitaciones específicas en la conducción de la guerra.
8. Los pueblos tienen el deber de asistir a otros pueblos que viven bajo condiciones desfavorables que les impiden tener un régimen político social justo y decente.

Los pueblos no liberales, considerados como aquellos Estados que aunque no respetan la libertad e igualdad de las personas, no son expansionistas y evitan la guerra como medio de política exterior y tienen sistemas legales que imponen deberes morales a sus ciudadanos, podrían ser considerados, según Rawls intenta demostrar, como coincidentes con los principios antes señalados por lo que, al respetar ciertos principios pueden ser miembros de la comunidad internacional; sin embargo, lo anterior quiere decir que los Estados liberales no tienen derecho a presionar a los no liberales para cambiar, mas no que sean perfectos y moralmente aceptables. En conclusión,

⁴⁵ Rawls, John, *The Law of Peoples with the Idea of Public Reason Revisited*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 37

para Rawls el caso ideal para la justicia internacional es un mundo integrado en su totalidad por pueblos ordenados cuyas interacciones estén regidas por un conjunto de principios morales.⁴⁶

En relación con la justicia distributiva, dicho autor, considera que en el ámbito internacional se aplica de manera más estrecha, que en el ámbito nacional o doméstico, pues en el primero, las naciones están obligadas a ayudar a otras en el caso de que la inexistencia de esa ayuda pudiera llevar a las otras a la imposibilidad de tener un sistema funcional de derecho público capaz de hacer que sus ciudadanos consideren al derecho como moralmente vinculante.⁴⁷

Recientemente, para referirse a la justicia internacional se ha empezado a utilizar el término justicia global, para relacionarlo con el término globalización. En relación con la justicia global se plasman diversas consideraciones respecto a los problemas existentes en el mundo, como las desigualdades, la pobreza y las guerras y la manera en que afectan a sus habitantes y vulneran sus derechos humanos, vinculado y derivado de las interacciones internacionales y del complicado régimen de tratados y convenciones que dan forma a tales interacciones.⁴⁸

Consideramos que esos estudios, si bien se centran en problemas globales y la forma en la que afectan a las personas independientemente de su lugar de origen, analizan sus soluciones en el marco del derecho interno de los estados y ya no se refieren únicamente a los problemas que surgen entre ellos, punto de vista que aunque es acertado no encuentra una vinculación a nuestro tema de investigación. Frecuentemente se han relacionado los conceptos de justicia global o internacional con el derecho penal internacional y los derechos de los individuos ante ese tipo de procedimientos, pero no con los derechos que también tienen los Estados o los principios bajo los que se debe regir el

⁴⁶Blake, Michael, *op. cit.* nota 43.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ Pogge, Thomas W, *Politics as Usual: What Lies Behind the Pro-Poor Rethoric*, Cambridge, 2010, p.

procedimiento internacional de solución de controversias entre ellos.

Entenderemos a la justicia internacional como aquella fundada en las aspiraciones que anteriormente hemos analizado, pero relacionadas con los problemas que surgen entre los Estados y los procedimientos internacionales que existen para resolverlos.

Consideramos que si bien en los procedimientos internacionales que analizaremos, los Estados participan como partes también es necesario que se respeten y protejan diversos principios, como los de igualdad, autodeterminación y soberanía, al ser en razón de esto que se resuelvan los problemas entre Estados y además, a que las decisiones que se tomen en estos casos pueden tener repercusiones en la vida y derechos de las personas que habitan en ellos.

En relación con lo anterior, debemos considerar que la justicia formal se puede entender simplemente como la implementación adecuada de las reglas, aunque no de todo tipo de ellas; en un sentido más restrictivo se entendería a la justicia formal como la aplicación consecuente de reglas de justicia lo que establecería una conexión entre los aspectos formales y los materiales.

Sin embargo, esta aplicación formal de reglas puede resultar en injusticias, pues la regla se aplicaría porque es defendible o que su carácter de justa se derive del hecho de haber sido aplicada a otras personas, esto lleva a Campbell a señalar que “saber si una injusticia formal constituye o no un agravio genuino, independientemente del contenido de las reglas es una cuestión de aguda intuición moral”.⁴⁹

Existen, como señala dicho autor, elementos que forman parte del ideal del imperio de la ley, que son relativamente independientes del contenido de las reglas, parecen tener una conexión con la justicia y éstos se encuentran en los principios de legalidad de acuerdo con los que Lon L. Fuller sostiene que una actividad legislativa satisfactoria requiere que sus reglas cumplan con

⁴⁹Campbell, Tom, *op. cit.*, nota 1, p. 42

ciertas características tales como ser generales, públicas, hacia el futuro, comprensibles, no contradictorias, de posible cumplimiento, relativamente estables, y consecuentemente aplicadas.⁵⁰ Sin embargo, Campbell también señala que no se ha logrado convencer sobre la existencia de una conexión necesaria entre eficacia y moral del derecho, ya que “la moralidad de los medios debe ser juzgada con referencia a la moralidad de los fines en cuestión”; como aclaración señala que “el hecho de que los regímenes malos y corruptos utilicen reglas claras, consecuentes y hacia el futuro no parece en sí mismo añadir nada a su moralidad”.⁵¹

Los modelos como los llamados “debido proceso” o “justicia natural” se encuentran en una categoría de características de los sistemas jurídicos modernos que Campbell considera comunes, pero no necesarias.⁵²

Consideramos que es un error que el autor considere a tales modelos como no necesarios en los sistemas jurídicos modernos, pues son cuestiones que han adquirido relevancia en la época reciente y la adquieren cada vez más. En relación con el debido proceso considera que implica un trato a las personas como seres responsables, en razón de que no solamente promueven la aplicación de las normas sino también el compromiso de defender para el individuo vulnerable la corrección en los procedimientos y concluye que “las reglas de procedimiento no garantizan que las decisiones vayan a ser justas. Más bien constituyen condiciones necesarias, o prácticamente necesarias, para que el proceso de toma de decisiones sea un proceso con el que se puede esperar que un hombre se identifique”.⁵³

Coincidimos en considerar que no es posible garantizar la justicia en las decisiones haciéndolas derivar solamente de un procedimiento adecuado, en el que se respeten sus fases y los derechos de las partes en relación al

⁵⁰ *Ibidem*, p. 43.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Ibidem*, p. 44.

⁵³ *Idem*.

procedimiento. Sin embargo, cuando por el contrario, las decisiones se toman sin ninguna consideración ni respeto al procedimiento establecido, ¿no debemos considerarlas como injustas? Esto, porque como se ha señalado, con el respeto al procedimiento también se busca garantizar el respeto a la persona y sus derechos, por lo que la violación al procedimiento constituiría una violación a ellos.

Entonces, consideramos que ambas cuestiones, tanto las relativas a la justicia formal como a la material son importantes y no pueden ser consideradas de forma aislada, pues resultan interdependientes. Así, de las leyes no basta que entre otras características, tengan las de ser claras o generales, sino que también es importante su contenido y sus objetivos, pues de se pueden tener reglas o leyes claras que favorezcan solamente los intereses de regímenes malos o corruptos, lo que claramente no es útil ni favorable para la sociedad.

Por otro lado, tratándose de procedimientos judiciales deben satisfacerse ciertos requisitos sin los cuales no sería posible realizar un análisis adecuado de la sustancia; aunque consideramos también que no se debe caer en un formalismo estricto que se anteponga al fondo, pues de esto podrían resultar violaciones graves y se podría poner en riesgo un orden social determinado.

Por lo anterior, consideramos que ambas son importantes y deben respetarse como forma integral de un procedimiento para lograr un acceso pleno a la justicia.

El derecho también se vincula con diversas cuestiones, no solamente formales, sino también éticas y morales, y así, en su búsqueda por la justicia no puede atender simplemente a la forma de las leyes y reglas sino que debe prestar atención a su contenido y al contexto social.

Miguel Villoro Toranzo vincula la moral con el derecho y la justicia, para lo que señala primero, que “la Moral estudia a la luz de la razón, la rectitud de los actos humanos con relación al fin último del hombre o a las directrices que se

derivan de nuestro último fin”;⁵⁴ después que una noción del Derecho es moral cuando predomina su consideración racional como medio para lograr el fin último del hombre y que “la Justicia es una virtud que necesariamente debe regir al hombre para que éste pueda realizar su último fin”⁵⁵, para lo cual, afirma, que se ha considerado al Derecho como el instrumento para lograr el fin último del hombre, para la realización del bien común por medio de la Justicia.

Derivado del breve análisis sobre algunas consideraciones de la justicia, nos parece que si bien hay quienes consideran como un error y una utopía, señalar que la justicia es el fin último del derecho y que es posible que en muchas ocasiones el derecho no logre alcanzar tal fin y no siempre es justo, la justicia sí es el ideal que al menos se debe pretender alcanzar mediante el derecho.

Lograr la justicia mediante el derecho, implica crear leyes que se basen en principios que beneficien a la población, que sean respetuosos de sus derechos y que no sean discriminatorias, no favorezcan la creación ni fortalecimiento de regímenes malos o corruptos, ni la protección de intereses egoístas de pequeños grupos o individuos.

En este sentido, es importante mencionar que frecuentemente hablamos de la impartición de justicia para referirnos a los procedimientos llevados ante tribunales establecidos en los que se pretende alcanzar una solución justa de los conflictos, con base siempre en el derecho. Sería posible concluir, que cualquier decisión derivada de un procedimiento basado en leyes establecidas sería justa. Esto es equivocado, porque no podemos dejar de lado que podemos encontrarnos frente a leyes con contenido basado en principios considerados inadecuados y por lo tanto, injustos.

La impartición de justicia debe basarse en principios éticos y morales que garanticen un procedimiento que al cumplir con ciertos requisitos vinculados con el respeto a los derechos fundamentales de las partes, sea considerado

⁵⁴ Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 19ª ed., México, Porrúa, p. 15

⁵⁵ *Idem.*

como uno más justo que aquél que ni siquiera respeta requisitos mínimos y en relación con el que, podría quedar en duda que respete otros requisitos de fondo y que su análisis se realice de manera adecuada.

Para una adecuada impartición de justicia, es necesario que quienes se encargan de su impartición, también actúen con apego al derecho, pero también de acuerdo con principios éticos que les permitan tomar decisiones en beneficio de la sociedad.

En razón de las anteriores consideraciones realizaremos un breve análisis sobre la Ética la cual, de acuerdo con Foucault⁵⁶ implica la idea de conocerse y cuidarse a sí mismo; además de esta frase, otra vinculada con la Ética es “nada en demasía” (*hibris*) relacionada a su vez con el justo medio aristotélico, es decir la virtud como el equilibrio entre dos extremos viciosos.

La Doctora Juliana González⁵⁷ realizó un análisis sobre los orígenes y significado de la Ética, para lo que diversas posturas de varios filósofos, a continuación se reproducen algunas que se consideraron útiles para el presente trabajo.

- Sobre Heráclito de Éfeso señala que su frase más contundente es aquella en la que señala que el *ethos* es para el hombre su destino y señala que *ethos* es la palabra de la que proviene Ética y tiene dos significados; el primero es: costumbre, manera de ser o hábitos y la segunda definición es la que la Doctora González toma de José Luis López-Aranguren para quien dice, el *ethos* es la segunda naturaleza del hombre que no tiene solamente una naturaleza biológica sino hay

⁵⁶El cuidado de uno mismo ha sido, en el mundo greco-romano, el modo mediante el cual la libertad individual –o la libertad cívica hasta un cierto punto– ha sido pensada como ética. *Entrevista con Michel Foucault realizada por Raúl Fonet-Betancourt, Helmut Becker y Alfredo Gómez-Muller el 20 de enero de 1984*. Publicada en la Revista *Concordia*, núm. 6, 1984, pp. 96-116.

⁵⁷ Gonzalez, Juliana, “Ética y naturaleza humana”, programa *En voz de la Academia. Grandes Maestros*. UNAM, México, UNAM, 2013 disponible en <http://descargacultura.unam.mx/app1?sharedItem=303647> (Fecha de consulta 5 de agosto de 2013).

algo más que trasciende de ella y es eso de lo que precisamente se ocupa la Ética.

- Sócrates, dice, consideraba que el hombre debía pasar la vida examinándose a sí mismo y a los demás; que en la vida es necesaria la *zétesis* (búsqueda, investigación, pregunta) y el autoconocimiento; y que es mejor preocuparse por cuidar y mejorar el saber ético, la verdad y el alma que la fortuna, reputación y los honores, sin autoconciencia, sin preocuparse quién se es. También señala que para Sócrates la Ética también se relaciona con la *promesas* que se refiere a que la verdadera sabiduría moral, consistente en inteligencia y emoción simultáneas; por lo tanto, lo ético tiene que tener una carga de decisión emocional.
- Menciona que Aristóteles consideraba que la vida moral, la autoconciencia es una forma de vida viva y que es necesario que saber que se vive, qué se vive y por qué se vive; es decir la vida ética implica la autoconciencia para lo que es necesario ser cada vez mejores. Además, la vida ética involucra la racionalidad y agrega la causa final de la vida, el *telos* (esencia) como constitutivo de la vida, el cual es la felicidad, que tiene que ver con la virtud, entendida como el cumplimiento; es decir vivir la vida en la razón. Para él, la vida mixta es decir, aquella que es clave la felicidad, la vida contemplativa, la vida ética y la vida política.

Carlos Arellano García señala que la Ética “como parte de la Filosofía, trata de la moral, que es una ciencia que gira alrededor del bien general y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia y, al efecto, impone obligaciones al ser humano”.⁵⁸ Así, define a la Ética como “el conjunto de reglas de conducta, de naturaleza moral que tienden a la realización del bien, en el ejercicio de las actividades propias de la persona física dedicada al

⁵⁸ Arellano García, Carlos, “La Ética profesional del juez. Tres anécdotas” en *Ética y Humanismo, Ensayos de Profesores y Alumnos de la Facultad de Derecho de la UNAM Convocados por el Seminario de Filosofía del Derecho*, México, Tomo LX, número especial Ética y Humanismo, UNAM, Facultad de Derecho, 2010, p. 163

Derecho”.⁵⁹

También, señala que la conducta humana no se rige solamente por normas jurídicas, sino que al lado de ellas existen las normas morales, que dice Juan Manuel Terán Mata, diferenciaba de las jurídicas pues aquellas son unilaterales, internas, autónomas e incoercibles; sin embargo considera Arellano García que las normas éticas pueden evolucionar y convertirse en normas jurídicas y en tal hipótesis la conducta humana sigue regida por la norma moral y complementariamente emerge la norma jurídica.⁶⁰

María Elena Mansilla y Mejía señala que “la Ética, como ciencia de la conducta, nos enseña que los fundamentos de ésta deben estar basados en valores, lo que conduce a apreciar el que existen los deberes éticos, porque su fundamento está en los valores éticos”.⁶¹ Sobre estos valores éticos expresa, que existen los generales, que son aquellos que corresponden a todos los hombres en todas las épocas y en todos los pueblos y los específicos que se refieren a ciertas personas en momentos concretos.

Al respecto, consideramos que si bien se puede diferenciar entre estos dos tipos de valores en relación a que aquellos específicos se refieren a ciertas personas que se encuentren en una situación determinada, en las que otras personas podrían nunca encontrarse, estos valores específicos tienen como base los generales que todos debemos atender y procurar, pues no podemos obedecer a unos en determinada situación y contrariarlos en una diferente, pues caeríamos en riesgo de actuar bajo una doble moral inadmisibles.

⁵⁹ Arellano García, Carlos, *Manual del abogado. Práctica Jurídica*, México, Porrúa, 2003, p. 267

⁶⁰ Arellano García, Carlos, *op. cit.*, nota 57, p. 166

⁶¹ Mansilla y Mejía, María Elena, “Ética para el estudio del Derecho” en *Ética y Humanismo, Ensayos de Profesores y Alumnos de la Facultad de Derecho de la UNAM Convocados por el Seminario de Filosofía del Derecho*, México, Tomo LX, número especial Ética y Humanismo, UNAM, Facultad de Derecho, 2010, p. 188

1.1.1 Imparcialidad e independencia de los jueces internacionales

La labor del juez no es sencilla, quien aspira a ser juez no solamente debe conocer el derecho para aplicarlo, sino que también deben prevalecer en su vida principios éticos que regirán su conducta tanto dentro como fuera de la corte o tribunal de manera congruente y que influirán en su toma de decisiones.

Los jueces pueden ser formalistas o realistas, según Manuel Atienza. Los jueces formalistas son aquellos para los que el Derecho es un sistema general de normas, obra del legislador y que preexiste al juez; consideran que el Derecho tiende a identificarse con la ley, que no es vista como un producto del legislador histórico sino del legislador racional; consideran también que el Derecho tiene un carácter cerrado y permite alcanzar una solución correcta para cada caso, lo que significa que cuando un supuesto no se ha regulado de manera explícita o satisfactoria, es posible resolverlo dentro del sistema mediante la labor de los científicos del Derecho o los propios jueces desarrollando los conceptos creados por el legislador. Por otro lado, los jueces realistas consideran que el Derecho es una realidad dinámica, tiene un carácter abierto, indeterminado, es decir, el juez no puede resolver los casos que se le presentan sin salirse fuera del sistema, sin recurrir a criterios de carácter económico, político o moral y además consideran que la función del juez consiste en crear nuevo Derecho y no simplemente en aplicar el ya existente.⁶²

Consideramos que el Derecho efectivamente es dinámico y que debe ser acorde a la realidad social, lo que debe atenderse por el legislador, para que desde el proceso de creación de leyes, busque con base en ellas, satisfacer las necesidades y proteger los derechos de la población. Es también necesario que los jueces se encuentren atentos a dicha realidad al realizar su función relativa a la aplicación del Derecho.

⁶² Atienza, Manuel, *“Virtudes judiciales sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho”* en *Ideas para una Filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*, Lima, Fondo Editorial de la UIGV, 2008, Serie Obras escogidas Derecho, p. 115

En el marco del derecho internacional, el Juez Cançado Trindade ha señalado que “[...] *neither the positivists, nor the ‘realists’, have shown themselves capable of anticipating and understanding -and have difficulties to accept- the profound transformations of contemporary international law in the unending search for the realization of the imperatives of justice*”.⁶³

Sin embargo, si bien deben tomar en cuenta consideraciones más allá de las estrictamente jurídicas y deben atender a que dentro de su labor se encuentra la de interpretar conceptos contenidos en ordenamientos jurídicos, para con base en esto, quizá desarrollarlos y aclararlos, por lo que deben ser cuidadosos al realizar sus funciones y estar conscientes de la naturaleza y alcances reales de las mismas, pues no pueden dejar de lado en ningún momento que en un sistema democrático de derecho, en ningún momento se les faculta para suplir las deficiencias en las que consideren ha incurrido el legislador y mucho menos cambiar o desvirtuar las pretensiones de este último, con afanes de protagonismo alejados de las consideraciones y principios éticos a los que como hemos visto deben ajustarse.

En el derecho interno los jueces deben ser cuidadosos de no transgredir las funciones propias de otro poder que no sea el judicial, que es al que pertenecen. En el derecho internacional, los tribunales y los jueces internacionales deben ser cuidadosos de respetar, tanto el contenido de los instrumentos que deben interpretar, cualquiera que sea el método de interpretación que utilicen, tomando en cuenta las reglas a que la misma se sujeta, sin pretender cambiar su sentido y el consentimiento de las partes, del que deriva su facultad para conocer un caso determinado.

⁶³ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)(Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports 2011, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, p. 38, para. 14. [Traducción propia: “(...) ni los positivistas ni los ‘realistas’ se han demostrado ser capaces de anticipar y entender –y tienen dificultades para aceptar- las transformaciones del derecho internacional contemporáneo en la interminable búsqueda por la realización de los imperativos de la justicia”.]*

Aunado a lo anterior, debemos mencionar que es necesario que los jueces se conduzcan con corrección al emitir sus decisiones, que no deben estar viciadas por influencias de ningún tipo.

Al respecto, consideramos adecuado recordar el siguiente pasaje entre Don Quijote y Sancho, en el que el primero, le dice al segundo: "[...]Nunca te guíes por la ley del encaje, que suele tener mucha cabida con los ignorantes que presumen de agudos. Hallen en ti más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia, que las informaciones del rico. Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico, como por entre los sollozos e importunidades del pobre. Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente, que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo[...] Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia[...]".⁶⁴

Encontramos que puede resultar difícil para los jueces encontrar un equilibrio entre las virtudes que deben poseer y las disposiciones jurídicas existentes, para que sus decisiones sean adecuadas.

Dentro de las virtudes, consideradas como las cualidades y rasgos de carácter que se consideran un juez debe poseer se encuentran el buen juicio, perspicacia, prudencia, altura de miras, sentido de la justicia, humanidad, compasión, la valentía y la templanza.

La templanza o autorrestricción o modestia que es “la cualidad que debe disponer al juez a usar moderadamente el extraordinario poder de que está investido, a considerar que los límites de ejercicio de ese poder no son únicamente los establecidos por las normas, a esforzarse por no imponer a los otros sus propias opiniones, ideologías, etc.”⁶⁵

⁶⁴Cervantes, Miguel, *Don Quijote de la Mancha*, Madrid, Edición del IV Centenario de la Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española y Alfaguara, 2004, p. 869-870.

⁶⁵ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 61, p. 129.

La prudencia, es decir, la virtud de la inteligencia práctica, de saber cómo aplicar principios generales a las situaciones generales es otra de las virtudes que debe poseer un juez. Anthony Kronman, según señala Atienza, considera que la prudencia es una síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo y no sólo consiste en un juicio reflexivo o en poseer habilidades dialécticas, discursivas, argumentativas o intuición.⁶⁶

Para el mencionado autor las cualidades del juez deberían ser el conocimiento del mundo, cautela, escepticismo frente a ideas y programas establecidos en un nivel muy alto de abstracción y espíritu de simpatía distante que se desprende de un amplio conocimiento de las flaquezas de los seres humanos.⁶⁷

Sin embargo, ante todo y considerando las virtudes anteriores, el juez debe respetar y su actividad se debe regir por los principios de imparcialidad y de independencia.

El artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.⁶⁸

De manera gramatical se define imparcialidad como la “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.⁶⁹

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 61, p. 131

⁶⁸ La resolución 217 (III) A de la Asamblea General “La Declaración Universal de los Derechos del Hombre” A/RES/217 (III) (10 de diciembre de 1948), disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/046/82/IMG/NR004682.pdf?OpenElement> (Fecha de consulta 28 de agosto de 2013).

⁶⁹ Real Academia Española. (2001). Imparcialidad en *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.), disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=imparcialidad> (fecha consulta 28 de agosto de 2013).

La imparcialidad está vinculada a la relación que el juez tiene con las partes; en cambio la independencia se refiere a la relación de éste con la administración; busca asegurar que los jueces estén protegidos contra influencia o interferencia de fuentes externas.

En los principios de Bangalore se señala que la imparcialidad es esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales; lo que no solamente aplica a la decisión, sino al proceso mediante el que se tomó tal decisión. En el comentario a tales principios se menciona que la imparcialidad se refiere a la intención o actitud de un tribunal en relación con las cuestiones y las partes de un caso determinado y que se refiere a la ausencia de prejuicios reales o aparentes.⁷⁰

Por otro lado, la independencia, de acuerdo con los principios de Bangalore, es un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo; por lo tanto, un juez deberá defender y ejemplificar la independencia judicial tanto en sus aspectos individuales como institucionales. Se refiere al estado que se guarda frente a otro o sus relaciones con ellos, especialmente con el poder ejecutivo de un gobierno basados en condiciones o garantías objetivas.⁷¹ Para Gilbert Guillaume la independencia debe ser organizada por los textos, pero debe reinar también en el espíritu y corazón del juez.⁷²

Aunque la imparcialidad y la independencia son conceptos diferentes, se complementan; y ambas, son necesarias para que sea posible garantizar que la impartición de justicia será adecuada y cumplirá adecuadamente con sus

⁷⁰ "Impartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case. The word 'impartial connotes absence of bias, actual or perceived.'" *Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct*, United Nations Office on Drugs and Crime, September 2007, p. 40

⁷¹*Idem.*

⁷² Guillaume, Gilbert, "Some Thoughts on Independence of International Judges", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, Boston, vol. 2, núm. I, pp. 163-168, p. 166.

funciones; derivado de ellas, se podrá contar también con la confianza de los justiciables. Se considera que la independencia es una precondition necesaria para la imparcialidad pues un juez que es independiente puede no ser imparcial, pero uno que no es independiente no puede ser imparcial

La imparcialidad puede ser subjetiva u objetiva. La primera, es aquella que se manifiesta interiormente en la convicción personal o conciencia de un juez determinado en cierto caso; la objetiva, implica la consideración de un observador externo de la ausencia de prejuicios, parcialidad y favorecimiento a una de las partes. Mahoney señala que la imparcialidad objetiva incluye el deber del juez que ha sido designado de evitar situaciones que puedan originar dudas sobre la existencia de favorecimientos, parcialidad o prejuicios.⁷³

El sistema judicial, tanto nacional como internacional debe estar regido en su actuación por obligaciones de imparcialidad, conducta ética y diligencia profesional. Se considera que no es posible que exista un proceso judicial adecuado sin independencia del sistema judicial.⁷⁴ Su importancia trasciende, como hemos señalado a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero también hay otros instrumentos relacionados con el tema como los Principios de Bangalore sobre conducta judicial y los Códigos de Conducta que los mismos tribunales emiten. Estas consideraciones y principios son aplicables tanto para los tribunales nacionales como para los internacionales.

Sin embargo, se debe mencionar que estos principios no son aplicables de la misma manera en los tribunales internacionales que en los nacionales, debido a que la interacción entre el derecho y la política es mayor en el ámbito internacional; además, es necesario contar con el consentimiento de los Estados para que los tribunales internacionales puedan conocer de un asunto determinado; los Estados apoyan también económicamente a estos tribunales,

⁷³ Mahoney, Paul, "The International Judiciary-Independence and Accountability", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Leiden, 2008, núm. 7, pp. 313-349, p. 340.

⁷⁴*Ibidem.*, p. 315.

lo que, entre otros factores hace que la labor del juez internacional sea más incómoda y debilitan su posición frente a autoridades gubernamentales.⁷⁵

La imparcialidad se refiere a que el juez debe estar en posibilidad de juzgar sobre una controversia con base en los hechos y el derecho y sin presiones o influencias externas y sin temor a interferencias de nadie o como se señala en los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura de las Naciones Unidas *“The judiciary shall decide matters before them impartially, on the basis of facts and in accordance with the law, without any restrictions, improper influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason”*.⁷⁶

Tales principios, aunque han sido emitidos con el propósito de servir como guía para los Estados Miembros sobre la independencia de sus propios tribunales internos, pueden servir también como base y guía del funcionamiento de los tribunales internacionales.

La Corte Internacional de Justicia incluso ha señalado que, una corte funcionando como una de derecho no puede actuar más que tomando como base el derecho de manera independiente de cualquier influencia o intervención externa.⁷⁷

⁷⁵*ibidem.*, p. 318

⁷⁶*Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Milan, 26 August to 6 September 1985, U.N. Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 at 59 (1985), 2. (Traducción propia: “Los jueces decidirán los asuntos presentados ante ellos imparcialmente, basándose en hechos y de conformidad con la ley, sin restricciones, influencias impropias, incentivos, presiones, amenazas o interferencias, directos o indirectos, que provengan de cualquier fuente o por cualquier razón”.)

⁷⁷*“Only on the basis of the law, independently of all outside influence or interventions whatsoever, in the exercise of the judicial function entrusted to it alone by the Charter and by its Statute. A court functioning as a court of law can act in no other way”* *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1971, p. 23, para. 29.

Mahoney señala que se considera que las privilegios e inmunidades contribuyen a salvaguardar la independencia judicial, debido a que permiten que los jueces realicen sus funciones sin temor a ser sujetos de presiones externas, de los gobiernos o demandados en una corte nacional.⁷⁸

La independencia judicial no debe considerarse como un privilegio del juez, más bien es una responsabilidad que se les impone para que sean capaces de decidir sobre una controversia con honestidad e imparcialidad tomando como base el derecho y los hechos sin presiones o influencias externas y sin el temor de interferencias. Así, el juez se encontrará en libertad de decidir sobre los casos sin presiones externas que influyan en su decisión.⁷⁹

Los jueces internacionales no solamente son independientes de las partes en los casos que se les presentan, sino también deben serlo respecto de los Estados de su nacionalidad o residencia o de aquellos en los que realizan sus funciones y también de las organizaciones internacionales bajo la que se ha establecido la corte o tribunal.

Existen condiciones mínimas que deben cumplirse para considerar que un tribunal nacional es independiente; primero, se considera que debe haber seguridad en cuanto a la permanencia para evitar injerencias arbitrarias y discrecionales del ejecutivo u otra autoridad; la seguridad financiera en cuanto al derecho a recibir un salario, sin interferencias y la independencia institucional, es decir, aquella referente a cuestiones administrativas relacionadas con la función judicial, a pesar que de haya necesidad de mantener una relación con los otros poderes, esta no debe interferir con la libertad del poder judicial de resolver controversias ni con la defensa del derecho y de los valores plasmados en la constitución⁸⁰, esto por ser principios,

⁷⁸ Mahoney, Paul, *op. cit.*, nota 72, p. 333.

⁷⁹R v. Beauregard, Supreme Court of Canada, [1987] LRC (Const) 180 at 188, per Chief Justice Dickson en *Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct*, *op. cit.*, nota 69, p. 39

⁸⁰*Ibidem*, p. 41

que como hemos mencionado se refieren a la actuación de tribunales nacionales.

En cuanto a la independencia institucional, así como en el caso de los tribunales nacionales es necesario que en un Estado de derecho tales tribunales sean independientes de las otras ramas del gobierno, los tribunales internacionales deben ser, como hemos mencionado, independientes tanto de los gobiernos y sus ramas, como de las organizaciones internacionales en el marco de las cuales fueron creadas respecto de las cuales se establece que aceptan que la competencia para decidir sobre la designación y deberes del personal de la Secretaría y sobre la organización interna de la corte corresponde a la propia corte únicamente.

Otro aspecto de la independencia judicial es el relativo a la integridad y control de los procedimientos, esto es, que los tribunales internacionales también son independientes para organizar y conducir sus propios procedimientos, sin interferencias externas; es decir, que pueden adoptar su propio reglamento para el procedimiento, aunque también hay casos en los que se requiere la aprobación de la organización que las auspicia para poder adoptar tales reglas.

Derivado de las obligaciones de los jueces, surgen para estos como para los tribunales en su conjunto, responsabilidades o rendición de cuentas (*accountability*) en caso de incumplimiento. Esto, con el propósito de transparentar los procedimientos, la forma en que deben conducirse los jueces y a la forma en la que las cortes regulan la conducta de sus miembros, pues, tanto el juez como el tribunal tienen la responsabilidad de honrar la actividad judicial para mantener la confianza del público. Dentro de esta responsabilidad podemos encontrar distintas de diversos tipos como la financiera, sobre el manejo de los casos, aquella relativa a la probidad y conducta, entre otras.⁸¹

Esas responsabilidades, tanto la del juez hacia la corte o tribunal, como la de estos últimos en su conjunto son reconocidas por el derecho internacional,

⁸¹*Ibidem*, p. 339.

de acuerdo con Mahoney; en razón de ellas, los jueces puede decidir sobre inhabilitaciones, incompatibilidad y recusación y las partes pueden plantear sus preocupaciones derivadas de incompatibilidades o conflictos de interés.⁸²

En razón de lo anterior, el incumplimiento a sus obligaciones de actuar con independencia e imparcialidad, como la falta de ética, incompetencia profesional y la pereza de las que derivan las responsabilidades anteriormente mencionadas, puede llevar a imponer sanciones a los jueces, aunque no hay expresiones amplias de satisfacción respecto de esto además de que ni en la práctica ni en el marco normativo se ha creado un sistema de responsabilidades o rendición de cuentas vinculado a este tema.⁸³

Sustentado en el principio de independencia de los tribunales, éstos cuentan con su propio procedimiento interno de remoción de jueces que ya no cumplen con los requisitos necesarios para prestar sus servicios en tal tribunal.

Mahoney señala que no se ha presentado un caso en el que haya sido necesario la remoción de algún juez, aunque también menciona que lo anterior puede deberse a que los vínculos naturales de colegialidad dentro de las pequeñas comunidades de los tribunales internacionales hacen que la destitución de un juez por motivos disciplinarios o profesionales sea inconcebible.⁸⁴

Lo anterior es cuestionable, pues desvirtuaría lo señalado en el mismo Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que prevé que será un cuerpo de magistrados independientes elegidos de entre personas que gocen de alta consideración moral,⁸⁵ de quienes por lo tanto se esperan determinadas conductas que además deben ser congruentes y bajo las que deben comportarse fuera y dentro de la corte tanto individualmente como dentro del

⁸²*Ibidem*, pp. 341-342.

⁸³*Ibidem*, p. 342

⁸⁴*Idem*.

⁸⁵ Artículo 2, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

grupo al que pertenecen, por lo tanto son exigibles tanto a los jueces como personas, pero también como comunidad.

1.2 Los derechos fundamentales y los procedimientos jurisdiccionales como fundamento de la justicia internacional

La Declaración Universal de los Derechos Humanos surgió por la necesidad y el compromiso de los Estados de garantizar, después de la Segunda Guerra Mundial, que nunca más se volvieran a repetir las atrocidades que se cometieron en la guerra y como un referente de los derechos que se comprometían y debían garantizar a todas las personas en todo lugar y momento. La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas encargó al entonces Comité de Derechos Humanos la redacción de un carta internacional de derechos humanos. El Comité de Redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue presidido por Eleanor Roosevelt y en él se encontraban además René Bassin, de Francia, quien redactó el primer proyecto de la Declaración, Charles Malik, del Líbano, Peng Chung Chang, de China, y John Humphrey, de Canadá.⁸⁶

En la redacción final del proyecto trabajaron 50 Estados y el 10 de diciembre de 1948 en la resolución 217 A (III), se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos con ocho abstenciones, pero ningún voto en contra. Esta “Declaración supone el primer reconocimiento universal de que los derechos básicos y las libertades fundamentales son inherentes a todos los seres humanos, inalienables y aplicables en igual medida a todas las personas[...]”.⁸⁷

⁸⁶ “Declaración Universal del Derechos Humanos”, *Antecedentes*, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Sección de Servicios de Internet, disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml> (Fecha de consulta 17 de enero de 2013).

⁸⁷ “Declaración Universal del Derechos Humanos”, *Fundamento de Derecho*, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Sección de Servicios de Internet, disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/law.shtml> (Fecha de consulta 17 de enero de 2013).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es considerada actualmente como fuente de derecho consuetudinario y se ha aceptado que algunos de los derechos contenidos en ella son normas de *ius cogens*.⁸⁸ Las normas de *ius cogens*, de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, son normas imperativas del derecho internacional general aceptadas y reconocidas por toda la comunidad internacional y que solo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general.⁸⁹

Manuel Atienza señala que los derechos humanos “son en ocasiones auténticos derechos jurídicos, otras veces exigencias –derechos– morales, y otras suponen un tipo de pretensión que se sitúa a mitad de camino entre el Derecho y la moral, como ocurre cuando un texto internacional reconoce un derecho, pero sin habilitar ningún mecanismo que se pueda considerar jurídico para su protección.”⁹⁰

Para Ignacio Burgoa “los derechos humanos se traducen en imperativos éticos emanados de la naturaleza del hombre que se traducen en el respeto a su vida, dignidad y libertad en su dimensión de persona o ente auto teleológico”,⁹¹ señala que son aquellos que no provienen de la ley positiva sino que pertenecen al Derecho Natural, son superiores y anteriores a la ley escrita creada por los órganos legislativos de los Estados mismos que deben reconocerlos como fundamento de la vida pública y social; con este reconocimiento asumen positividad y les otorga obligatoriedad jurídica al convertirlos en el contenido de los derechos subjetivos públicos.⁹²

⁸⁸ López-Bassols Hermilo, *Los nuevos Desarrollos del Derecho Internacional Público*, 3ª ed., México, Porrúa, 2008, pág. 364

⁸⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

⁹⁰ Atienza, Miguel, *op. cit.*, nota 15, p. 209.

⁹¹ Burgoa, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 39ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 51.

⁹² *Idem.*

De acuerdo con Hermilo López-Bassols “los derechos humanos son concebidos como el conjunto de facultades que en cada situación histórica concreta exige la dignidad humana y están reconocidos en los ordenamientos jurídicos tanto nacionales como internacionales, y protegidos mediante procedimientos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, nacionales e internacionales”.⁹³

Campbell señala que “los derechos humanos se definen como derechos fundamentales, es decir derechos con especial protección constitucional”.⁹⁴ Con base en esto, podría considerarse que en su aplicación, la legal, a través de su análisis con un enfoque positivista, “los derechos humanos pasan a ser normas constitucionalmente inalterables, aplicadas a menudo por tribunales especializados, y no simplemente un tipo de norma moral a la que se puede apelar para justificar la existencia de dichas convenciones de derechos humanos y de tribunales especiales de jerarquía superior”.⁹⁵

Dentro de las críticas, mencionadas por Tom Campbell a los derechos humanos frente a la justicia, se encuentran, primero, que tomando en cuenta un análisis del conflicto entre la justicia y la utilidad se encuentra con que, al ser considerados como derechos de importancia primordial, los derechos humanos no pueden ser sacrificados a favor de la felicidad general. La segunda, se refiere a que los derechos humanos “concebidos como los lineamientos del análisis tradicional, no son justiciables”, sin embargo, señala que lo anterior va en contra de las jurisdicciones que tienen convenciones operativas o cartas de derechos a las que se puede apelar. El autor menciona incluso la existencia de tribunales, tanto nacionales como regionales que se encargan de analizar las violaciones a tales derechos y señala que con esto

⁹³López-Bassols, Hermilo, *op. cit.*, nota 87, p. 356.

⁹⁴*Idem.*

⁹⁵*Ibidem*, p. 64

“se confiere la fuerza de derecho positivo a la idea de los derechos humanos”.⁹⁶

Por otro lado, los derechos fundamentales son aquellos que “están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y son por tanto, indisponibles e inalienables”.⁹⁷ Desde el punto de vista del derecho positivo, en el ordenamiento internacional, son los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos.

En cuanto a la filosofía política, Ferrajoli⁹⁸ señala que se preocupa por determinar cuáles son los derechos que deben ser garantizados como fundamentales, para lo que es necesario considerar criterios meta-éticos, meta políticos y axiológicos.

Al respecto, considera la relación que existe entre derechos humanos y paz, misma a la que se refiere la Declaración Universal que tiene como fundamento la garantía de los derechos humanos, señalando que se deben garantizar los derechos fundamentales que son todos aquellos cuya garantía es condición necesaria para la paz, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, de libertad, los derechos civiles y políticos, pero también considera los derechos sociales para la supervivencia, es decir los derechos a la salud, educación, subsistencia, y previsión social. En relación con esto señala que la paz social es más sólida y los conflictos son menos violentos y perturbadores si las garantías de los derechos vitales están extendidas y son efectivas.

⁹⁶*Ibidem*, p. 63

⁹⁷ Ferrajoli, Luigi, “Sobre derechos fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, año 2006, número 15, julio-diciembre, pp. 113-136, p. 117.

⁹⁸*Idem*.

Cabe mencionar que si bien Ferrajoli considera que la autodeterminación interna como el derecho de los Estados a establecer su propia organización política es acertada,⁹⁹ hace críticas similares a las que hemos tratado al referirnos al tema de la justicia global respecto a la arbitrariedad de los confines territoriales de los Estados que niegan diferencias e identidades comunes y que se contraponen a la forma del “pueblo” lo que constituye ya una fuente de guerra, amenaza a la paz y al derecho de autodeterminación de los pueblos; así el pueblo debe entenderse como una entidad cultural y el Estado como entidades territoriales artificiales dentro de cuyos límites pueden convivir varios pueblos.

Lo anterior, relacionado con el derecho de los pueblos a la autodeterminación externa que de acuerdo con el autor no se refiere al derecho de convertirse en Estado ni el derecho a la secesión, pues considera que el “derecho al Estado” es autodestructivo y no es posible su configuración como derecho fundamental debido a que no es universal, pues no puede ser reconocido por igual a todos los pueblos; en cambio señala que el derecho a la autodeterminación externa es el derecho de autonomía en funciones públicas integrada por el derecho a disponer de las propias riquezas y recursos naturales y a no ser privados de sus propios medios de subsistencia, por lo que considera que la forma de autodeterminación externa que pudiera concordar con los principios de la Organización de las Naciones Unidas no sería la creación de nuevos Estados sino una reducción de estos mediante lo que el autor llama formas de organización federal o confederal como la Unión Europea, sobre lo que también señala que existe un aspecto positivo referente a que en la tutela y satisfacción del derecho de autodeterminación externa así configurado se fundan la democracia, el desarrollo económico y la garantía de la paz y en negativo dado que la interpretación alternativa de tal derecho como pretensión de constituir un Estado contradice el principio de la paz y el de la igual tutela de las diferencias. Es necesario mencionar que el autor se refiere a

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 120-122.

esta preocupación considerando los problemas derivados de la creación de “Estados tendencialmente étnicos” y por la intolerancia étnica.¹⁰⁰

Respecto de los comentarios del autor sobre la formación de organizaciones federales o confederales¹⁰¹ cabe mencionar que los mismos Estados que han formado estos tipos de integración económica han sido cuidadosos de proteger su propia soberanía y si bien han cedido algunas de las funciones de acuerdo con el tipo de integración acordado, no consideramos apropiada la afirmación referente a que se crea una confederación.

Además, relacionado con el tema de la paz vinculada con los derechos humanos, debemos señalar que este tipo de agrupaciones también suponen desigualdades para los Estados que no están en posibilidad formar parte de ellas, lo que no constituye una contribución a la paz internacional y menos a los derechos humanos pues al contrario podría implicar desigualdades entre los habitantes de diferentes Estados.

Enseguida, considera el vínculo entre los derechos humanos y la igualdad en razón de los derechos de las minorías y señala que la igualdad se debe considerar primero como la igualdad en los derechos de libertad que garantizan un igual valor a las diferencias de las personas; y la igualdad en los derechos sociales para reducir las desigualdades económicas y sociales.

El último de los criterios que señala es el que considera a los derechos fundamentales como *leyes del más débil*, pues al no existir aquellos regiría la ley del más fuerte desde físicamente hasta económicamente.¹⁰²

¹⁰⁰*Ibidem*, p. 123.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Ibidem*, p. 129.

1.3 El papel de los jueces internacionales ante el otorgamiento de medidas provisionales

En una de las audiencias celebradas para el caso sobre el Templo de Preah Vihear que más adelante se mencionará, el entonces Presidente de la Corte Internacional de Justicia señaló que la justicia internacional se instituyó de manera permanente y de fácil acceso para los Estados que quisieran recurrir a ella para solucionar sus controversias jurídicas con el establecimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional como un órgano de jueces independientes preparados en todo momento para desempeñar lo anterior.¹⁰³

Lo anterior, sirve para resaltar la importancia y responsabilidad que tienen los jueces internacionales y en particular los jueces de la Corte Internacional de Justicia en relación con el derecho internacional y la justicia internacional.

El otorgamiento de medidas provisionales es una facultad discrecional de los jueces internacionales. Estas medidas, deben otorgarse ante casos de urgencia, sin embargo aún en estas situaciones los jueces deben analizar a conciencia el contenido de la solicitud, los hechos y el derecho aplicable.

A pesar de la celeridad que amerita el procedimiento para el otorgamiento de medidas provisionales ante la urgencia de la situación, los jueces deben respetar siempre los derechos de las partes y especialmente el principio de igualdad de las Partes para que puedan presentar sus observaciones relacionadas con la solicitud.

El procedimiento ante la Corte debe cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento de la Corte, en tanto forma como fondo.

¹⁰³*Speech of M. Winiarski, First Public Hearing (I III 62, 10.30 a.m.), Minutes of the Hearing held from I to 31 March 1962 and on 15 June 1962, I. C. J. Pleadings, Temple of Preah Vihear, Vol. II, p. 121.*

CAPÍTULO II

Antecedentes de las Medidas Provisionales

2.1 Medidas Provisionales en el Derecho Romano 2.2 Medidas Provisionales en el Derecho Alemán 2.3 Medidas Provisionales en el Derecho Mexicano 2.4 Medidas Provisionales en el Derecho Internacional 2.4.1 Medidas Provisionales en la Corte Permanente de Justicia 2.4.2 Medidas Provisionales en la Corte Internacional de Justicia

Como antecedentes de las medidas provisionales consideramos necesario reconocer su existencia y aplicación en diversos ordenamientos que quizá puedan considerarse como totalmente ajenos al derecho internacional, sin embargo, como veremos más adelante es precisamente de uno de estos, del derecho romano, que se toma la idea de incluir a las medidas provisionales o cautelares en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

A partir del conocimiento de la aplicación y tratamiento de las mencionadas medidas en distintos ordenamientos, será posible encontrar sus similitudes, que serán mayoría, así como sus diferencias para contar con un panorama más amplio que nos permita realizar posteriormente un estudio con bases más sólidas de estas medidas en el derecho internacional.

De igual forma, podemos encontrar semejanzas con las medidas provisionales que se otorgan en procedimientos civiles o administrativos de derecho interno; sin embargo, debemos entender que el poder para otorgar medidas dentro de estos y el mismo otorgamiento no son idénticos, pues como señala Paul Guggenheim, en el derecho interno las personas físicas y morales tanto públicas como privadas entienden sus limitaciones en virtud de que el derecho interno se rige por el principio de subordinación.

El mismo Guggenheim señala la importancia de conocer tales medidas en el derecho interno, para poder comprenderlas en el ámbito del derecho internacional. Esto, en virtud de que su finalidad es la misma en el derecho

interno pues sirven como medio eficaz para preparar la modificación de una situación jurídica existente o para asegurar el mantenimiento de el *status quo*, proteger el mantenimiento del estado de las cosas, es una forma de asegurar el curso del procedimiento, en algunas ocasiones prepara la decisión final y garantiza su ejecución.¹⁰⁴

2.1 Medidas provisionales en el Derecho Romano

En el derecho romano es posible encontrar medidas provisionales, aunque quizá no se conocieron con el mismo nombre y posiblemente existan diferencias con la figura tal cual la conocemos hoy en día, tanto en sí misma, como en la forma de aplicación y sus efectos.

Cabe señalar que al proponer la adición de un artículo relativo a las medidas provisionales en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Raoul Fernandes señala que los Estados ejercen *de iure* o *de facto* la posesión de cosas, servidumbres o en relación con la soberanía y que en el derecho internacional tales relaciones se basan en principios del Derecho Romano, pues, en él la protección de la posesión se garantizaba mediante interdictos, procedimiento adoptado la leyes de los estados modernos como condición de un sistema económico basado en la propiedad.¹⁰⁵

De acuerdo con Floris Margadant existía una figura, que puede ser considerada antecedente directo de las medidas provisionales, la *operis novi nuntiatio*, mediante la cual la persona que alegaba la ilicitud de una obra podía pedir al pretor, que ordenara su paralización provisional, en tanto se decidía si

¹⁰⁴ Guggenheim, Paul, "Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1932 II, v. 40, p. 652.

¹⁰⁵Annexe No. 3, Amendement concernant une procédure pour suppléer à celle des interdits, par M. Raoul Fernandes, Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité*, 16 juin-24 juillet 1920 (avec annexes), La Haye, 1920, p. 609, disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf. (Fecha de consulta 23 de enero de 2013).

podía continuar o no su construcción, debido a la existencia de un daño inminente que podía afectar los derechos de una de las partes.¹⁰⁶

La paralización a la que se hace referencia debía realizarse, según nuestro punto de vista, previo el otorgamiento de una garantía para cubrir los daños que pudieran llegar a causarse.

Estas garantías se pueden encontrar en el derecho romano, dentro de las estipulaciones pretorianas más importantes: la *cautio damni infecti* y la *cautio legatorum*.

En la época del procedimiento formulario, la *missio in possessionem* era la autorización acordada por un magistrado de tomar la posesión de una o mas cosas *appartenant à autrui (que pertenecen a otros)* con carácter provisional. Se divide entre *missio in rem* o *missio in bona* cuando se trata de un bien en particular, como en el caso de *damnum infectum*, o bien, la *missio in possessionem* si se trata de un conjunto de bienes que se ejecuta en contra de quien no reclame o no se defienda, en el caso de la *missio in possessionem* dictada contra el heredero que no proporcione la *cautio legatorum*.¹⁰⁷

Cabe señalar que, de acuerdo con Eugène Petit, una de las funciones de los magistrados¹⁰⁸ fue la de regular las fórmulas de las estipulaciones

¹⁰⁶ Floris Margadant, Guillermo, *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 26ª ed., México, Esfinge, 2006, p. 250.

¹⁰⁷ Girard, Paul Frédéric, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 7ème ed., traducción propia, Paris, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau et Cie. Éditeurs, 1924, p. 1117

¹⁰⁸ En Roma los procedimientos judiciales se caracterizaron por dividir las funciones judiciales entre dos personas: los magistrados y los jueces. Los magistrados se encargaban de la primera parte del proceso, *in jure* y los jueces de la segunda, *in iudicio*. Cfr. Petit, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 22ª ed., México, Porrúa, 2006, pág. 612. En sentido similar Raymond Monier señala que durante la época de las acciones de la ley, el *ordo* constituido por el conjunto de reglas, se caracterizó por dividir a la instancia en dos fases: la *jus* o procedimiento *in jure* que se llevaba ante el magistrado con el objeto de establecer (*fixer*) las pretensiones contradictorias de las partes y el *judicium* o procedimiento *apud iudicem* que se lleva ante el juez "simple particulier".

pretorianas, ellos eran los únicos con la facultad de interpretarlas. Las estipulaciones pretorianas eran ordenadas por el pretor cuando las partes se encontraban *in jure*, razón por la que, corresponde a los magistrados, su regulación e interpretación, al inicio de un pleito o fuera de una instancia para dar satisfacción a intereses particulares.

El objeto de la *cautio damni infecti* era el de garantizar a una persona contra un daño que aún no se había causado, pero que era inminente; el pretor permitía al propietario o al detentador, responsable de la custodia del bien amenazado por el daño, exigir del dueño del predio vecino que se comprometiera a pagarle daños e intereses si el daño llegara a ocurrir.¹⁰⁹

Guillermo Floris Margadant menciona además que quien estuviera obligado a pagar la fianza, es decir la *cautio damni infecti*, podía sustraerse de tal obligación real abandonando el inmueble en cuestión, esta opción se denominaba *cavere aut carere* –otorgar fianza o perder el objeto–.¹¹⁰

En caso de que el daño se produjera y no se hubiera otorgado la *cautio damni infecti*, el perjudicado, tenía que recurrir a la *actio legis Aquiliae*, alegando que de manera culpable se había causado daños en su propiedad. Esto sirve también, para sustentar y concluir que la garantía debe otorgarse con anterioridad a la orden de paralización de la obra, en su caso.

Fritz Schulz¹¹¹ menciona que la *actio legis aquilae* es una acción puramente penal, la cual por tanto, no era considerada como una acción de indemnización y que aunque la cantidad de la multa se fijaba en razón del valor de la cosa, eso no le daba una acción de indemnización. Además, describe esta acción como una acción mixta no solamente porque se tendrá el derecho de recuperar el doble de la suma original (*lis infitiando crescit in duplum*), sino

chargé de trancher la question de fait et de rendre la sentence". Monier, Raymond, *Manuel élémentaire du droit romain*, 6ª ed., Paris, Éditions Domat Montchrestien, 1947, pp. 129-130.

¹⁰⁹ Petit, Eugène, *op. cit.*, nota 107, p. 369.

¹¹⁰ Floris Margadant, Guillermo, *op. cit.*, nota 107, p. 250.

¹¹¹ Schulz, Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford University Press, 1951, p. 43

también porque quien hubiere causado el daño tenía que pagar el valor más alto que la cosa tuviera en un periodo de tiempo determinado y no el valor que la cosa tenía cuando se produjo el daño

La *cautio legatorum* implicaba la concesión del pretor al legatario, del derecho de exigir *satisdatio*¹¹² del heredero, cuando el legado es a plazo o bajo condición, para garantizar el pago al vencimiento; se otorgaba con la finalidad de que efectivamente se otorgara el legado.

En el Derecho Romano existía el llamado derecho *imperium*, derecho de tomar medidas de protección o de coerción fuera o dentro de algún litigio.¹¹³ De acuerdo con Monier, los poderes de los magistrados son el *imperium* que define como “*le pouvoir de commander*” y la *jurisdictio* que se refiere al acto por lo tanto el poder de decir el derecho y de organizar el proceso civil, los magistrados con ambos poderes eran los magistrados superiores y había magistrados inferiores que tenían *jurisdictio*, pero no *imperium*.¹¹⁴ El nombre de *imperium mixtum* se debe a que “el magistrado que lo ejercía hacía a la vez una declaración de derecho y un acto de ejecución”¹¹⁵ y lleva anexa la jurisdicción que consiste en dar la posesión de los bienes.

Como ejemplo de lo anterior, se mencionan la *bonorum possessio* y la *misio in possessionem*. La *bonorum possessio* se deriva de la facultad del *Praetor* de otorgar la posesión del objeto litigioso a una de las partes mientras durase el procedimiento de la *Legis Actio Sacramento*, en la que el Magistrado publicaba por medio de un *Edicto* a quién prefería darle la posesión de la *res*

¹¹² La *satisdatio* se refería al compromiso de varios *ad promissores*, es decir, de varias personas que se comprometían accesoriamente con el promitente principal para garantizar al acreedor contra el riesgo de la insolvencia del deudor, como garantía personal, que actualmente se conoce como caución. Petit, Eugène, *op. cit.*, nota 107, pp. 356 y 357.

¹¹³ Bravo, González Agustín y Bravo Valdés, Beatriz, *Derecho Romano*, 22ª ed., Porrúa, México, 2005, pág. 275.

¹¹⁴ Monier, Raymond, *op. cit.*, nota 107, p. 132.

¹¹⁵ *Idem*.

litigiosa, posteriormente esta figura evolucionó hasta convertirse en un tipo de transmisión *mortis causa*.¹¹⁶

La *misio in possessionem* son los actos de autoridad de los magistrados, “por virtud de los que los bienes del *indefensus*, del deudor que pretende defraudar a sus acreedores, los del litigante que no guarda la debida conducta, los del deudor fallecido sin herederos, los del propietario de una finca ruinoso colindante a otra que no lo está, los del ausente que no deja representante, son puestos a disposición, más o menos prolongada, de determinados individuos, con facultades de diversa naturaleza, según las particularidades del caso”.¹¹⁷

2.2 Medidas provisionales en el Derecho Alemán

El artículo 937 del Código de Procedimiento Civil Alemán,¹¹⁸ señala que el tribunal que conoce del asunto principal, es competente para adoptar medidas provisionales (*einstweiliger Verfügungen*). En casos de urgencia se pueden otorgar las medidas sin celebrar audiencias orales.

Las medidas necesarias se otorgan a discreción del tribunal, de acuerdo con el artículo 938 del ordenamiento mencionado. Dichas medidas pueden consistir en el secuestro de bienes, así como en la prohibición para la parte contraria, de enajenar, gravar o entregar como garantía un predio, un barco registrado o un barco en construcción.

Conforme a lo previsto por el artículo 939, las medidas provisionales solamente se pueden anular en circunstancias especiales y mediante el otorgamiento de una garantía.

¹¹⁶Huber Olea, Francisco José, *Diccionario de Derecho Romano, comparado con derecho mexicano y derecho canónico*, 2ª ed., Porrúa, México, 2007, pág. 48.

¹¹⁷*Ibidem*, p. 402.

¹¹⁸*Zivilprozessordnung*, 2005, disponible en <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.html> (Fecha de consulta 8 de noviembre de 2013).

A su vez, el artículo 940 dispone, que las medidas provisionales tienen el objetivo de regular una situación provisional vinculada con una relación jurídica contenciosa, en casos en los que parezca necesario prevenir perjuicios importantes o cuando exista una fuerza que amenace con impedirla.

Como se observa, en el derecho alemán es factible que un órgano jurisdiccional adopte medidas provisionales en casos de urgencia, aún sin celebrar audiencias. Lo que se considera es concordante con la postura que ha adoptado la Corte Internacional de Justicia en el sentido de otorgar dichas medidas sin la celebración de audiencias cuando considera que las circunstancias lo ameritan, al estarse en presencia de casos de extrema urgencia.

Al igual, que sucede con la citada Corte, los órganos jurisdiccionales de Alemania pueden otorgar dichas medidas de manera discrecional, esto es, en aquellos casos en que con base en un análisis inicial del asunto, concluyen que deben evitarse perjuicios importantes o bien, impedir situaciones que puedan dejar el asunto sin materia, lo que lleva a concluir que tales disposiciones son acordes a las que se contienen en el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que la faculta para determinar cuando las circunstancias del caso lo ameriten, las medidas provisionales que sean necesarias para resguardar los derechos de las partes o bien evitar que alguna de ellas realice acciones u omisiones que frustren la ejecución del fallo que habrá de dictarse en el futuro, sobre el fondo del asunto.

2.3 Medidas provisionales en el Derecho Mexicano

En México, las medidas provisionales se aplican no solamente en procedimientos civiles, sino también en los mercantiles, laborales, administrativos y constitucionales. Entre las medidas cautelares que existen se encuentran el arraigo del demandado, el secuestro de bienes y las medidas de aseguramiento previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles, en derecho civil, mercantil y laboral. En derecho penal existe la prisión preventiva

y la libertad provisional.

Las medidas provisionales o cautelares se incorporaron al procedimiento administrativo, “para evitar daños irreparables o de difícil reparación en contra de los ciudadanos; para evitar tener procesos sin contenido o sentencias de ejecución imposible, y para salvaguardar durante el *iter* procesal y hasta la resolución de fondo de los derechos e intereses de quienes cuentan a su favor con la presunción de que les asiste la razón y el derecho”.¹¹⁹

El procedimiento administrativo en México se rige por diversos principios que señala el artículo 13 de Ley Federal de Procedimiento Administrativo, entre los que se encuentra el principio de eficacia, mediante el que se busca asegurar el cumplimiento de los actos y decisiones de la autoridad, y que se relaciona con las medidas provisionales cuando buscan la eficacia de las sentencias que se dicten en un procedimiento.

El artículo 44 de la misma ley prevé que iniciado el procedimiento administrativo, el órgano administrativo puede adoptar las medidas provisionales que se encuentren en la misma ley o en la de la materia que corresponda al caso, con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución.

En la Ley Federal de Procedimiento Administrativo se prevé la posibilidad de interponer un recurso de revisión en contra de los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente cuando afecten a los interesados. La interposición del recurso de revisión, puede suspender la ejecución del acto impugnado de acuerdo con el artículo 87 de la Ley.

¹¹⁹ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “*Algunas notas comparativas entre las medidas cautelares en el Derecho Administrativo español y mexicano*” en Cisneros Farías, Germán et. al. coords. en “*Justicia administrativa*” Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 9-57, p. 10 disponible en:<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2391/4.pdf>

En el juicio contencioso administrativo pueden decretarse medidas cautelares. El artículo 24 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo señala que se decretarán las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente, que impidan que la resolución impugnada pueda dejar el litigio sin materia o causar un daño irreparable al actor. Lo anterior, salvo en los casos en que se cause perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público. Entre las medidas que se pueden decretar se encuentra la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

De acuerdo con el artículo 24 Bis de la misma Ley, las medidas cautelares se tramitan en cualquier momento, hasta antes de que se emita sentencia, mediante un incidente de petición de medidas cautelares que debe contener los datos del demandante, la resolución que desea impugnar, los hechos que se pretenden resguardar con la medida cautelar y los motivos por los que la solicita; además, se debe acreditar la necesidad de solicitar la medida, es decir, debe justificar las razones por las que las medidas son indispensables.

El artículo anterior, señala que las medidas provisionales resguardan hechos y no menciona que resguarden los derechos de las partes. El mismo artículo establece que es necesario que las medidas sean indispensables para que se puedan otorgar, pero no se refiere a la necesidad de urgencia para poderlas decretar ni menciona cuáles son las circunstancias que deben presentarse para considerar que es indispensable que se decreten las medidas.

El Código Civil Federal prevé el otorgamiento de medidas provisionales al momento de admitir una demanda de divorcio o antes en caso de que exista urgencia, tales medidas, señala el artículo 282, solo se encontrarán vigentes mientras dure el juicio.

El Código Federal de Procedimientos Civiles contiene un Título relativo a las medidas preparatorias, las de aseguramiento y las precautorias. El artículo

384 de dicho ordenamiento señala que se pueden otorgar las medidas que sean necesarias para mantener la situación de hecho existente antes de que se inicie el juicio o durante el desarrollo del mismo. Las medidas son otorgadas sin que antes se lleve a cabo una audiencia de la contraparte. No se admite recurso alguno sobre las medidas decretadas, en cambio si es posible apelar la resolución que niegue las medidas.

En caso de que con la mantención o manutención de las cosas en el estado que guardan pueda ocasionar algún daño o perjuicio a alguna persona distinta de la que solicite las medidas, es necesario, según lo dispuesto por el artículo 387 del Código Federal de Procedimientos Civiles, otorgar una garantía que a juicio del tribunal al que corresponda decretarla, sea suficiente para asegurar el pago de dicho daño o perjuicio. El artículo 388 señala que con la orden de mantener las cosas en el estado que guarden no prejuzga sobre la legalidad de la situación que se mantiene ni sobre los derechos o responsabilidades del que lo solicita.

El Código Federal de Procedimientos Civiles también considera que se pueden solicitar medidas preparatorias a juicio y medidas precautorias.

Las medidas preparatorias a juicio son solicitadas por alguna de las partes para que la autoridad judicial que decreta la exhibición de determinadas cosas, documentos, libros o papeles; para ello dicha autoridad judicial tiene que realizar una comprobación del derecho con el que se pide la medida y su necesidad.

Las medidas precautorias previstas en el artículo 389 del Código Federal de Procedimientos Civiles son el embargo de bienes para garantizar el resultado del juicio y el depósito de las cosas, libros, documentos o papeles sobre que verse el pleito, esta última se decreta si se demuestra la existencia de un temor fundado o el peligro de que las cosas, libros, documentos o papeles puedan ocultarse, perderse o alterarse. Estas medidas se decretan sin que anteriormente se celebre una audiencia y se ejecutan sin necesidad de

realizar una notificación previa.

En México, el Juicio de Amparo es el instrumento protector de los derechos establecidos en la Constitución, mediante éste se “protege toda la Constitución, así como toda la legislación secundaria”; derivado de lo anterior, se concluye que el juicio de amparo es un medio jurídico de tutela directa de la Constitución de tutela indirecta de la ley secundaria, y con ello preserva todo el derecho positivo.¹²⁰ En el juicio de amparo es posible solicitar la suspensión del acto reclamado.

La suspensión del acto reclamado “es aquel proveído judicial (auto o resolución que concede la suspensión de pleno u oficioso, provisional o definitiva) creador de una situación de paralización o cesación, temporalmente limitada, de un acto reclamado de carácter positivo, consistente en impedir para lo futuro el comienzo o iniciación, desarrollo o consecuencias de dicho acto, a partir de la mencionada paralización o cesación, sin que se invaliden los estados o hechos anteriores a éstas y que el propio acto hubiese provocado”.¹²¹

Esta suspensión puede considerarse como una medida provisional o cautelar, pues con ella se busca garantizar el cumplimiento de la sentencia, así como conservar la materia del juicio y evitar que se ocasionen al quejoso perjuicios de imposible o difícil reparación que pudieran ocurrir en razón del tiempo requerido para tramitar y resolver el juicio de amparo. Sin embargo, se debe enfatizar que a las suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo no le son exactamente aplicables las normas aplicables, para las medidas cautelares, por el Derecho Procesal Civil.

Los efectos de la suspensión, a diferencia de los del amparo, solamente operan en relación con las consecuencias del acto, no sobre el acto y no lo nulifica. Sin embargo, Burgoa señala que la suspensión “siempre opera sobre el acto reclamado” y no solamente en relación con sus consecuencias,

¹²⁰ Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 42ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 172.

¹²¹ *Ibidem*, p. 711.

atendiendo a esto la suspensión puede operar para evitar la realización del acto reclamado desde su inicio o nacimiento como para impedir sus consecuencias o su desarrollo. Es importante también señalar que la suspensión del acto no tiene efectos restitutorios del goce o disfrute de los derechos que hubieran sido violados, sino que sus efectos solamente son respecto de la paralización o cesación temporales del comienzo, desarrollo o consecuencias del acto reclamado. Esta figura es muy importante dentro del juicio de amparo, pues sin su existencia, el amparo podría quedar sin materia y llegar a ser ineficaz y nugatorio.¹²²

De acuerdo con Burgoa, la Constitución de 1917 incluyó a la suspensión en el amparo en las fracciones X y XI del artículo 107, sin embargo, el desarrollo de la figura se dio en las leyes de amparo. La primera ley en la que se incluyó, aunque de manera general a la suspensión fue en la Ley Orgánica de Amparo de 1847 en la que José Urbano Fonseca incluyó la posibilidad de suspender temporalmente el acto violatorio de garantías, pero no se reglamentó el procedimiento para otorgarla.¹²³

La Ley Orgánica de Amparo de 1861, contemplaba la suspensión del acto reclamado, en los casos de violaciones a garantías individuales, y tratándose de las que contravinieran al sistema jurídico federativo. Además, señalaba que el juez podía declarar, bajo su responsabilidad, la suspensión del acto o providencia en caso de que esta fuera de urgencia notoria.¹²⁴

Podemos entonces decir que a partir de esta ley se agrega expresamente en el texto legal una de las condiciones para que se justifique la medida cautelar, o suspensión, en este caso, la urgencia.

Posteriormente, la suspensión pasó de dictarse por el juez de manera unilateral y se distinguió entre la suspensión provisional que puede decirse; se otorgaba de manera inmediata contando solamente con el escrito del actor

¹²²*Idem.*

¹²³*Ibidem*, p. 706.

¹²⁴ *Idem.*

solicitándola en razón de la urgencia de la situación y la suspensión definitiva que se otorga o se niega una vez que el juez escucha a las partes.

Sin embargo, es hasta la ley de 1882 que se regula con mayor precisión a la figura de la suspensión, al incluirse disposiciones relativas a la suspensión provisional, a la fianza que debía otorgarse, a los efectos de la suspensión contra actos de privación de la libertad, a la suspensión contra el pago de impuestos y multas y a la suspensión por causa superveniente.

Esa ley establece también, la procedencia del recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en contra de resoluciones que hubieran concedido o negado la suspensión.

Burgoa señala que el Código de Procedimientos Federales de 1897 contenía una regulación sobre la suspensión del acto reclamado dentro de cuyas normas, una de las más importantes era que la suspensión no procedía en contra de actos de carácter negativo, esto es, en ocasiones en las que la autoridad se negaba a realizar alguna cosa. También, señala que en el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1908 se estableció por primera vez, en su parte concerniente al juicio de amparo, la clasificación de la suspensión del acto reclamado, la cual podía ser de oficio o a petición de parte.¹²⁵

Dicha suspensión podía otorgarse en el juicio de amparo de doble instancia, por los jueces de distrito, en primer grado y a través del llamado recurso de revisión, por los tribunales colegiados de circuito en segunda instancia. La suspensión de oficio se otorgaba, como sucede hasta ahora, sin audiencia de la autoridad demandada o del tercero perjudicado, cuando en la demanda de amparo se señalaban como actos reclamados los que ponen en peligro la vida, deportación, destierro, puedan quedar consumados de manera irreparable o afecten derechos colectivos de campesinos sometidos al régimen de la reforma agraria. La suspensión a petición de parte se concedía, igual que en la actualidad, cuando lo solicita el reclamante, después de una tramitación incidental en la cual se escucha tanto a las autoridades como a los terceros

¹²⁵ *Ibidem*, p. 708.

interesados, si los hay, solicitándose un informe a las primeras sobre la existencia de los actos impugnados y la procedencia de la suspensión, que se pide; después de la audiencia en la cual se rinden pruebas y se formulan alegatos por las partes, el juez federal decide sobre la procedencia de la suspensión.

La suspensión se concede en un primer momento cuando exista urgencia por considerarse inminente la ejecución de los actos que se reclamen y los perjuicios que se puedan ocasionar al solicitante del amparo sean notorios. El juez federal puede ordenar en forma discrecional la paralización de tales actos en tanto se tramita el incidente respecto del cual se decidirá sobre la medida; esta providencia se denomina suspensión provisional.

La medida provisional surte efectos hasta que el juez decida sobre la que se confiere como resultado de la tramitación incidental ya mencionada, en la que se oye a las partes y se presentan pruebas para acreditar la existencia de los actos y la procedencia de urgencia o de que se confiera, la que se considera como definitiva. La suspensión esta produce sus efectos durante la tramitación del amparo, hasta que se pronuncie sentencia firme, a no ser que exista un cambio en la situación jurídica que determinó su expedición.

La suspensión dictada en el juicio de amparo de una sola instancia contra sentencias judiciales debe dictarse por el mismo juez o tribunal que dicto el fallo impugnado en amparo y debe concederse de oficio y sin tramitación, si se trata de una sentencia condenatoria en materia penal.

En materia civil o mercantil la ejecución de la sentencia estará sujeta a los lineamientos de la emitida en el amparo de doble instancia y si se trata de la resolución de un tribunal laboral, debe tomarse en cuenta la situación del trabajador, de manera que pueda subsistir mientras se resuelve el juicio, y por ello la providencia sólo tendrá efectos en cuanto exceda de lo necesario para asegurar esa subsistencia.

2.4 Medidas provisionales en el Derecho Internacional

En 1931, Paul Guggenheim escribió para el *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, el texto “*Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire*”. En este señala que en principio, el poder de otorgar medidas provisionales no correspondía solamente a los órganos arbitrales o judiciales, sino que había otros organismos que podían otorgarlas también; que las medidas provisionales se consideraban como medios para prevenir la guerra, cuestión desarrollada en la XII Asamblea General de la Sociedad de Naciones y como el Consejo de la Sociedad de Naciones podía otorgar medidas provisionales, se previó una larga lista de las que podía otorgar; sin embargo, es importante señalar que estas medidas no tienen la misma naturaleza que las de los procedimientos judiciales y arbitrales, pues el mecanismo del Consejo es uno de conciliación y mediación.¹²⁶

Guggenheim también señala que hay tratados internacionales que confieren a tribunales arbitrales o judiciales el poder de otorgar medidas provisionales, como el Tratado de Versalles que estableció esta posibilidad en su parte X, y que hay otros tratados, que constituyen tribunales arbitrales mixtos que pueden instruir medidas provisionales.¹²⁷

El artículo XVIII de la Convención para el establecimiento de la Corte de Justicia Centroamericana de 1907 celebrada entre Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, y El Salvador constituye un antecedente de las medidas provisionales; pues señala que la Corte podía señalar la situación en la que se debían mantener las partes para evitar el agravamiento del problema y conservar el *status quo* hasta que se emitiera una sentencia definitiva.

From the moment in which any suit is instituted against any one or more governments up to that in which a final decision has been pronounced, the court may at the solicitation of any one of the parties fix the situation in which the contending parties must

¹²⁶Guggenheim, Paul, *op. cit.*, nota 103, p. 650.

¹²⁷*Ibidem*, p. 654.

*remain, to the end that the difficulty shall not be aggravated and that things shall be conserved in statu quo pending a final decision.*¹²⁸

En 1917 la Corte de Justicia Centroamericana decidió el caso sobre el Golfo de Fonseca, entre El Salvador y Nicaragua. El Salvador solicitó a la Corte que, basándose en el artículo XVIII de la Convención para su establecimiento, que se determinara la situación legal que Nicaragua debía mantener, para que las circunstancias se preservaran en el estado en el que se encontraran antes de la celebración y ratificación del Tratado Bryan Chamorro.

*Second. — That, in conformity with the text and spirit of Article XVIII of the Central American Convention concluded at Washington, herein last above cited, the appropriate decree may issue fixing the legal situation to be maintained by the Government of Nicaragua in the matter which is the subject of this complaint, in order that the things here in litigation may be preserved in the status in which they were found before the conclusion and ratification of the Bryan-Chamorro Treaty.*¹²⁹

¹²⁸ Article XVIII, "Convention for the Establishment of a Central American Court of Justice", *The American Journal of International Law*, año 1908, vol. 2, no. 1/2, Supplement: Official Documents, Jan. – Apr., 1908, pp. 231-243 disponible en: http://www.worldcourts.com/cacj/eng/documents/1907.12.20_convention.html (Fecha de consulta 5 de junio de 2012). [Traducción propia: "Desde el momento en el que una demanda se instituya en contra de uno o más gobiernos hasta aquel en el que se haya pronunciado una decisión final, la Corte puede a solicitud de cualquiera de las partes establecer la situación en la que las partes deben permanecer, con la finalidad de que el problema no se agrave y que las cosas conserven el statu quo en espera de una decisión definitiva".]

¹²⁹ *El Salvador v. Nicaragua*, CACJ, Judgment of 9 March 1917, *The American Journal of International Law*, Vol. 11, No. 3, Jul., 1917, pp. 674-730, disponible en http://www.worldcourts.com/cacj/eng/decisions/1917.03.09_El_Salvador_v_Nicaragua.html (Fecha de consulta 5 de junio de 2012). [Traducción propia: "SEGUNDO. - Que de conformidad con el texto y espíritu del artículo XVIII del Convenio Centroamericano firmado en Washington, aquí citado anteriormente, el decreto apropiado debe conceder que se establezca la situación que el

Según se señala en la misma sentencia de la Corte Centroamericana, por virtud de ese Tratado, celebrado entre Nicaragua y Estados Unidos, Nicaragua cedía a Estados Unidos derechos para construir, operar y mantener un canal interoceánico sobre el territorio de Nicaragua, pero también le daba el derecho de establecer una base naval en su territorio bañado por el Golfo de Fonseca. Por lo anterior, El Salvador reclamaba que se ponían en riesgo su seguridad y preservación; así como sus derechos de copropiedad del Golfo de Fonseca.

También en la sentencia se menciona que la Corte emitió una decisión preliminar por la que determinó que, en tanto se emitía la decisión final, las partes debían permanecer en el mismo estado legal que entre ellas subsistía hasta antes de la celebración del Tratado Bryan Chamorro. En relación con lo anterior, en el acta que contiene los votos de la Corte, los jueces Medal, Oreamuno y Castro Ramírez señalaron que Nicaragua se encontraba obligado, según los principios del derecho internacional, a restablecer y mantener el estado legal existente con El Salvador hasta antes de la celebración del Tratado Bryan Chamorro. Según el Juez Gutiérrez Nava, tal obligación no existía para Nicaragua, en virtud de que consideró que no se había producido ningún cambio en el estado legal. Por otro lado, el Juez Bocanegra señaló que el gobierno nicaragüense tenía la obligación de conceder una reparación como fuera posible de conformidad con los principios del derecho internacional.¹³⁰

Se puede considerar que la disposición señalada como “*Provisional action*” y contenida en 3 de los Tratados para el Avance de la Paz (Tratados Bryan), aquellos firmados por Estados Unidos con China, Francia y Suecia es otro antecedente de las medidas provisionales e incluso es la primera vez que

gobierno de Nicaragua debe mantener sobre el asunto que es objeto de esta reclamación, con la finalidad de que las cosas en litigio se preserven en el estado en el que se encontraban antes de la firma y ratificación del Tratado Bryan-Chamorro”.]

¹³⁰*Idem.*

aparece el término “*interim measures of protección*”.¹³¹ En tales Tratados se preveía la cuestión sobre medidas que se toman a la espera de la presentación del reporte de la Comisión¹³², y señalaba que esta Comisión podía otorgar provisionalmente las medidas que considerara para preservar los derechos de las partes.

*In case the cause of the dispute should consist of certain acts already committed or about to be committed, the commission shall as soon as possible indicate what measures to preserve the rights of each party ought in its opinion to be taken provisionally and pending the delivery of its report.*¹³³

También, el artículo 1 de esos Tratados, señala que las partes acordaron no recurrir a ningún acto de fuerza mientras la Comisión investigaba ni antes de que entregara su reporte.¹³⁴ Lo anterior, también puede considerarse como una medida provisional adoptada entre las partes en espera del reporte de la

¹³¹ Oellers-Frahm, Karin, “*Interim Measures of Protection*” in Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of International Law*, published under the auspices of the Max Planck Institute for comparative public law and international law, North-Holland, 1992, V. 2, p. 69

¹³² De acuerdo con los Tratados Bryan, las disputas entre los Estados firmantes serían sometidas a una Comisión Permanente Internacional que investigaría y elaboraría un reporte al respecto, cuando las negociaciones diplomáticas hubieran fracasado y las partes no tuvieran la posibilidad de recurrir al arbitraje.

¹³³ Article IV, “*Treaty between the United States and Sweden for the Advancement of General Peace*”, Washington, October 13, 1914, U. S. Treaty Series, No. 607, disponible en <http://www.jstor.org/stable/2212180?seq=1> (Fecha de consulta 6 de junio de 2012). También citado en *Annexe No. 3, «Amendement concernant une procédure pour suppléer à celle des interdits, par M. Raoul Fernandes*», *op. cit.*, nota 104, pp. 608 - 609. (Traducción propia: “En caso de que la disputa se hubiera originado por ciertos actos que se hubieran cometido o que estén por cometerse, la Comisión debe a la mayor brevedad, indicar las medidas que considere que para preservar los derechos de cada una de las Partes deben adoptarse provisionalmente a la espera de que presente su Reporte”). El mismo artículo también se encuentra en los Tratados celebrados por los Estados Unidos con Francia y China.

¹³⁴ *Ibidem*, Article I.

Comisión para preservar el estado de las cosas hasta antes de que se emita el reporte y como acuerdo para evitar las hostilidades entre las partes.

Es importante mencionar que en ocasiones, es posible que las Partes presenten una solicitud de medidas provisionales únicamente como táctica dentro del procedimiento o cuando más que buscar una sentencia que solucione una controversia entre ellas, tratan de lograr solamente el otorgamiento de las medidas provisionales; con ello, el inicio del procedimiento se convierte solo en un prerrequisito para obtener las medidas provisionales.¹³⁵

Lawrence Collins considera que la razón por la que el solicitante de las medidas provisionales las pide aún cuando sabe que pueden resultar ineficaces, es que desea tener un foro judicial para sus quejas y no político ante el que se pueda quejar de la indiferencia que el demandado muestra ante la decisión de la Corte.¹³⁶

Consideramos que debe ser del conocimiento de las Partes que la providencia sobre medidas provisionales no constituye un pronunciamiento preliminar sobre el fondo y que por lo mismo, no es una solución al problema pues no debe prejuzgar sobre el fondo y mucho menos servir a las partes o a alguna de ellas como un prejuzgamiento que puedan utilizar en contra de la otra.

Además, en caso de que las partes decidan no continuar con el procedimiento, las medidas provisionales dejarían de tener vigencia, ya que solo se otorgan con la finalidad de que surtan efectos durante el tiempo entre su emisión y la emisión de la decisión final de la Corte.

Sobre el mismo tema, la “*Practice Direction XI*” que se promulgó, de acuerdo con el comunicado de prensa de fecha 30 de julio de 2004 la Corte

¹³⁵ Ver Treves, Tullio, “*The Political Use of Unilateral Applications and Provisional Measures Proceedings*”, Frowein J. A. et al., eds., *Verhandeln für den Frieden/ Negotiating for Peace, Liber Amicorum Tono Eitel*, 2002, p. 466.

¹³⁶ Collins, Lawrence, *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*, New York, Clarendon Press, Oxford University Press, 1994, pp. 173-174.

Internacional de Justicia junto con las *Practice Directions X y XII* y se modificó la *Practice Direction V*, esto con el objetivo de aumentar su productividad. Entonces, se encontraba redactada de la siguiente manera:

*The Court has noticed the increasing tendency of parties to request the indication of provisional measures. Parties should in their oral pleadings thereon limit themselves to what is relevant to the criteria for the indication of provisional measures as indicated in the Statute, Rules and jurisprudence of the Court. They should not enter into the merits of the case beyond what is strictly necessary for that purpose.*¹³⁷

En el texto anterior, se menciona expresamente el incremento en la presentación de solicitudes de medidas provisionales ante la Corte Internacional de Justicia, por lo que debido a la gran cantidad de providencias que tendría que emitir la Corte se hizo necesaria la implementación de nuevas directrices sobre la presentación de alegatos orales y su contenido.

Dicho texto fue reformado, y ya no hace referencia a la cantidad de solicitudes de medidas provisionales, sino que solamente contiene la parte sobre los límites en cuanto al contenido de los alegatos orales que presenten las partes, así como lo señalado sobre la limitante que tienen, en cuanto a no abordar cuestiones sobre el fondo del asunto en concordancia con la naturaleza de las medidas provisionales y en razón de que se relaciona con el procedimiento para otorgarlas. Lo anterior, de la siguiente manera:

In the oral pleadings on requests for the indication of provisional

¹³⁷ *Practice Direction XI*, Annex to Press Release No. 2004/30, International Court of Justice, disponible en <http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?pr=94&pt=&p1=6&p2=1> (Fecha de consulta 6 de septiembre de 2013). [Traducción propia: "La Corte ha notado la creciente tendencia de las Partes a solicitar el otorgamiento de medidas provisionales. Las Partes, en sus alegatos orales al respecto, deben limitarse a aquello que resulte relevante en cuanto a las condiciones necesarias para el otorgamiento de medidas provisionales señaladas en el Estatuto, Reglamento y jurisprudencia de la Corte. No deben entrar al fondo del asunto más allá de lo que sea estrictamente necesario para tal propósito".]

*measures parties should limit themselves to what is relevant to the criteria for the indication of provisional measures as stipulated in the Statute, Rules and jurisprudence of the Court. They should not enter into the merits of the case beyond what is strictly necessary for that purpose.*¹³⁸

2.4.1 Medidas Provisionales en la Corte Permanente de Justicia Internacional

Raoul Fernandes propuso, tomando como antecedente el tratado entre Estados Unidos y Suecia ya señalado, una reforma al texto del Estatuto para utilizar el siguiente texto: « *Dans le cas où la cause du différend consiste en actes déterminés déjà effectués ou sur le point de l'être, la Cour pourra ordonner, dans le plus bref délai, à titre provisoire des mesures conservatoires adéquates, en attendant le jugement définitif* ». ¹³⁹

La propuesta de Fernandes se basó, en el derecho romano, pero también consideró que en relación con la defensa de la posesión, tanto en el ámbito

¹³⁸*Direction XI, Practice Directions, as amended on 20 January 2009 and 21 March 2013, International Court of Justice, disponible en <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=4&p3=0> (Fecha de consulta 6 de septiembre de 2013). [Traducción propia: En los alegatos orales respecto de las solicitudes de otorgamiento de medidas provisionales, las Partes deben limitarse a aquello que resulte relevante en cuanto a las condiciones necesarias para el otorgamiento de medidas provisionales que se estipulan en el Estatuto, el Reglamento y la jurisprudencia de la Corte. No deben entrar al fondo del asunto más allá de lo que sea estrictamente necesario para tal propósito".]*

¹³⁹*"In case the cause of the dispute should consist of certain acts already committed or about to be committed, the Court may, provisionally and with the least possible delay, order adequate protective measures to be taken, pending the final judgment of the Court." Annexe No. 3, Amendement concernant une procédure pour suppléer à celle des interdits, op. cit., nota 104, p. 609. (Traducción propia: "En caso de que la causa de la disputa consista en ciertos actos que se hubieran cometido o que estén a punto de cometerse, la Corte podrá, de manera provisionales y en el menor plazo posible, ordenar que se tomen medidas protectoras adecuadas, en tanto la Corte emite su sentencia final".)*

nacional como en el internacional, además de las acciones posesorias se requiere que se repriman las interferencias con tal posesión y que se excluyan las controversias basadas en los derechos de propiedad. Agrega que la jurisdicción internacional no podría considerarse completa si no admitía acciones posesorias¹⁴⁰ y propuso que las medidas provisionales se acompañaran por sanciones efectivas.¹⁴¹

El comité, consideró que puede haber casos en los que sea necesario que se tomen medidas provisionales para asegurar que no se perjudiquen los derechos de las partes y tomando como base los Tratados Bryan entre Estados Unidos y otros Estados, decidió otorgar a la Corte la facultad de sugerir medidas provisionales para asegurar que no se perjudiquen los derechos de las partes.

Además señaló que las medidas provisionales, no deben considerarse como una decisión definitiva, ni aún considerándola de carácter temporal; pues lograr el cumplimiento de una sentencia definitiva es complicado ya que debe tenerse cuidado con las limitaciones de los poderes de soberanía; razón por la que las medidas que la Corte Permanente sugiere, deben comunicarse al Consejo de la Sociedad de Naciones, por considerarlo como el órgano competente para sugerir que se cumplan las medidas, para asegurar el efecto de las sentencias.

Por lo anterior, el comité sugirió que el artículo 39 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional se redactara como sigue:

Dans le cas où la cause du différend consiste en un acte effectué ou sur le point de l'être, la Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires de droit de chacun doivent être prises à titre provisoire. En attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces

¹⁴⁰*Ibidem*, p. 608.

¹⁴¹*Ibidem*, p. 588.

*mesures es immédiatement transmise aux parties et au Conseil.*¹⁴²

En la primera edición del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional el artículo 41, relativo a las medidas provisionales aparece de la siguiente manera:

La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire.

*En attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties et au Conseil.*¹⁴³

¹⁴²“If the dispute arises out of an act which has already taken place or which is imminent, the Court shall have the power to suggest if it considers that circumstances require it, the provisional measures that should be taken to preserve the respective rights of either party. Pending the final decision, notice of the measures suggested shall forthwith be given to the parties and the Council” Annexe No. I, Rapport, Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité*, 16 juin-24 juillet 1920 (avec annexes), La Haye, 1920, p. 736, disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf (Fecha de consulta 20 de octubre de 2013). [Traducción propia: En caso de que la causa de la controversia sea un acto ya realizado o bien, uno inminente, la Corte tendrá la facultad de sugerir, (en el texto en inglés, en cambio el texto en francés puede traducirse como “la facultad de indicar”) si ella considera que las circunstancias del caso lo requieren, las medidas provisionales que deban tomarse para preservar los derechos de cada una de las Partes. En tanto se emite la decisión final, se debe notificar las medidas sugeridas (según el texto en inglés) / inmediatamente la indicación de las medidas (según el texto en francés) a las Partes y al Consejo”.]

¹⁴³ Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, Series D, No. 1, Cour Permanente de Justice Internationale, 1926, p. 22 disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_01_1e_edition.pdf (Fecha de consulta 23 de octubre de 2013). [Traducción propia: “La Corte tiene la facultad de indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas que deberán adoptarse de manera provisional para salvaguardar los derechos de las Partes. En espera de la sentencia definitiva, la indicación de esas medidas se notifica inmediatamente a las Partes y al Consejo”.]

En el Reglamento de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1922 solamente el artículo 57 hacía referencia a que el Presidente de la Corte podía otorgar las medidas provisionales que considerara necesarias para preservar los derechos de las partes cuando la Corte no se encontrara reunida. Además consideraba que, en caso de que alguna de las partes no cumpliera con las medidas que el Presidente o la Corte hubieran indicado tal hecho se asentaría en el record.¹⁴⁴

Cabe señalar que la Corte Permanente de Justicia, recibió seis solicitudes para otorgar medidas provisionales. El primer caso en el que se solicitaron fue en el relativo a *Denunciation of the Treaty of November 2nd, 1865, between China and Belgium*, en 1926 y el segundo el relativo a *Chorzów Factory* en 1927. Es a partir de estos dos casos que la Corte se enfrenta con complicaciones sobre el tema de las medidas provisionales por lo que al revisarse el Reglamento en 1931 se discutieron 4 temas con relación a su artículo 57, relativo a medidas provisionales, que fueron:

1. La posibilidad de delegar al Presidente, la facultad que el artículo 41 del Estatuto le confería a la Corte Permanente;
2. La facultad de la Corte de otorgar medidas provisionales *proprio motu*;
3. Lo apropiado de una acción *ex parte*; y

¹⁴⁴« Lorsque la Cour ne siège pas, l'indication des mesures conservatoires est faite par le Président. En cas de refus de la part des parties, de se conformer aux indications de la Cour ou du Président concernant les mesures conservatoires, il en est pris acte », "When the Court is not sitting, any measures for the preservation in the meantime of the respective rights of the parties shall be indicated by the President. Any refusal by the parties to conform to the suggestions of the Court or of the President, with regard to such measures, shall be placed on record." Rules of Court adopted March 24 1922, Series D, No. I, Permanent Court of International Justice, p. 26, disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_01.pdf (Fecha de consulta 24 de octubre de 2013). [Traducción propia: Cuando la Corte no se encuentre reunida, las medidas de preservación de los respectivos derechos de las partes, serán indicadas, mientras tanto, por el Presidente. Se dejará constancia de cualquier rechazo de las partes a las sugerencias de la Corte o el presidente en relación con tales medidas".]

4. Los efectos legales de las medidas provisionales.¹⁴⁵

En relación con la primera cuestión, en la discusión sobre las reformas al Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, Anzilotti señaló que siempre existieron dudas acerca de su justificación, sin embargo consideró que al haberse reformado el artículo 27, para permitir que el Presidente convocara a la Corte para reunirse, no era necesario ya que ejercía la facultad de otorgar él mismo medidas provisionales. En relación con esto, se concluyó que los artículos del Reglamento no pueden ir más allá de los límites marcados por el Estatuto y que en este sentido, de acuerdo con el artículo 41 del Estatuto, las medidas provisionales debían ser indicadas por la Corte.¹⁴⁶

En cuanto a la facultad de la Corte para otorgar medidas provisionales *motu proprio* se discutió sobre si la conducción del caso ante la Corte lo hacían las partes, ya que si fuera así las medidas provisionales solamente podrían ser otorgadas si alguna de las partes lo hubiera solicitado. De acuerdo con Fromageot, conforme al artículo 41 del Estatuto la Corte puede otorgarlas sin necesidad de que una de las partes lo solicite, al señalar que puede otorgarlas, si considera que las circunstancias lo ameritan.

Respecto a que la Corte otorgara medidas provisionales *ex parte*, Guerrero, el entonces vicepresidente de la Corte consideró que no era necesario escuchar a las partes en una audiencia, pues no sería suficiente el tiempo con el que contaban para otorgarlas. Esta postura no fue compartida por otros miembros del comité, como Negulesco y Fromageot quienes

¹⁴⁵ Oellers-Frahm, Karin, "Article 41" en Zimmerman, Andreas, et.al. (eds.) *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006, p. 927

¹⁴⁶ *Opinion of M. Anzilotti, "Twentieth (Ordinary) Session. Thirty -Fourth Meeting", Modification of the Rules, Acts and Documents Concerning the Organization of the Court, Series D., No. 2, Addendum 2, Permanent Court of International Justice, pp. 182-183 y 185 disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_02_2e_addendum.pdf (Fecha de consulta 26 de octubre de 2013).*

consideraban a las medidas como un asunto contencioso y sostuvieron con base en esto que las Partes debían ser escuchadas.

Después de la discusión, el artículo 57 del Reglamento de la Corte Permanente de Justicia Internacional quedo de la siguiente manera:

Une requête adressée à la Cour par les parties ou par l'une d'entre elles en vue de mesures conservatoires, a la priorité sur toutes autres affaires. Il est statué d'urgence et, si la Cour ne siège pas, elle est à cette fin convoquée sans retard par le Président.

En l'absence d'une requête, si la Cour ne siège pas, le Président peut convoquer la Cour pour lui soumettre la question de l'opportunité de semblables mesures.

Dans tous les cas, la Cour n'indique des mesures conservatoires qu'après avoir donné aux parties la possibilité de faire entendre leurs observations à ce sujet.

Y en el texto en inglés:

An application made to the Court by one or both of the parties, for the indication of interim measures of protection, shall have priority over all other cases. The decision thereon shall be treated as a matter of urgency, and if the Court is not sitting it shall be convened without delay by the President for the purpose.

If no application is made, and if the Court is not sitting, the President may convene the Court to submit to it the question whether such measures are expedient.

In all cases, the Court shall only indicate measures of protection after giving the parties an opportunity of presenting their observations on the subject.¹⁴⁷

¹⁴⁷Article 75, Rules of Court, "Statute and Rules of Court and other Constitutional Documents, Rules or Regulations (with the modifications effected therein up to February 21st, 1931)", Acts and documents concerning the organization of the Court, Series D, No. 1, second edition, Permanent Court of International Justice, p. 42 disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_01_2e_edition.pdf

Este artículo modifica, como se discutió por el Comité, la facultad que el Presidente de la Corte tenía para otorgar medidas provisionales él mismo. Para establecer que cuando la Corte no se encontrara reunida, el Presidente debía convocarla para que fuera ella la que decidiera sobre su otorgamiento. De igual forma si no se hubiera presentado una solicitud de medidas provisionales, el Presidente de la Corte deba convocarla para que decidiera sobre la conveniencia de otorgarlas.

Consideramos de mayor importancia, en relación con el tema y la naturaleza de las medidas provisionales, que a partir de dicha reforma se reconoce a la urgencia como un requisito fundamental para su otorgamiento ya que en ese artículo se señala que la solicitud de tales medidas, tendrá un tratamiento prioritario sobre todos los demás casos; así mismo la decisión que se tome al respecto también será tratada como una cuestión urgente.

El artículo también prevé que las Partes en un juicio que soliciten medidas provisionales, tienen derecho a ser escuchadas por la Corte y a presentar sus observaciones al respecto, y que solamente entonces la Corte puede pronunciarse sobre su otorgamiento.

Tomando en cuenta que existen casos en los que, solicitadas las medidas provisionales, el demandado opta por no comparecer a juicio, el Juez Gros, en su opinión disidente relacionada con la providencia de medidas provisionales en el caso *Nuclear Tests*, dijo que no es adecuado considerar como un incumplimiento a las reglas de procedimiento, la decisión cuya consecuencia

(Fecha de consulta 28 de octubre de 2013). [Traducción propia: La solicitud de medidas provisionales presentada por una o ambas Partes a la Corte, tiene prioridad sobre todos los casos. La decisión al respecto, se examinará con carácter de urgencia y en caso de que la Corte no se encuentre reunida será convocada por el Presidente para tal propósito. A falta de una solicitud, y cuando la Corte no se encuentre reunida, el Presidente podrá convocarla para que considere la cuestión de la oportunidad de indicar medidas provisionales. En todos los casos, la Corte podrá indicar medidas de protección después de haber ofrecido a las Partes la oportunidad de presentar sus observaciones sobre el asunto“.]

sea la pérdida del derecho a ser escuchado por la Corte, pues esto, crearía una sanción expresamente prohibida por el artículo 53 del Estatuto.

Dicho juez, señaló también que las consecuencias cuando una de las partes no comparece son, de acuerdo con el artículo 53 del Estatuto, que la Corte debe asegurarse no sólo de que tiene competencia conforme a las disposiciones de los Artículos 36 y 37, sino también de que la demanda está bien fundada en cuanto a los hechos y al derecho y agregó que cuando una de las partes no comparece, la Corte permite cierta violación a la igualdad que los Estados deben gozar ante ella, al posponer su decisión sobre los efectos de la falta de comparecencia.¹⁴⁸

El Reglamento de la Corte Permanente de Justicia Internacional se modificó en 1936. Esta modificación amplió el contenido del ahora artículo 61, relativo a medidas provisionales, e incluyó diversos requisitos sobre las

¹⁴⁸*“It should be added that it would be a sort of abuse of procedure to seek to make use of a failure to appear as a breach of the rules of procedure incurring the loss of the right to be heard by the Court, and thus create a penalty which the Statute itself formally forbids in Article 53, the main effect of which is that, when a failure to appear has been noted, the Court ‘must . . . satisfy itself, not only that it has jurisdiction in accordance with Articles 36 and 37, but also that the claim is well founded in fact and law’. It is not usual to advance at one and the same time an argument and its opposite; faced with a failure to appear, the Court, by postponing any decision on the effects of the failure to appear, has allowed some infringement of the equality which States must enjoy before a court”. Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C. J. Reports 1973, Dissenting Opinion of Judge André Gros, p. 118. (Traducción propia: “Debe agreearse que sería una especie de abuso del procedimiento buscar utilizar la falta de comparecencia a juicio como una violación a las reglas del procedimiento que conlleve a perder el derecho a ser oído por la Corte y con ello se crearía una pena prohibida formalmente por la Corte en el artículo 53, cuyo efecto principal es que cuando se presente una falta de comparecencia, la Corte ‘debe... asegurarse, no solamente de que tiene competencia de acuerdo con los artículos 36 y 37, sino también de que la demanda está debidamente fundada en cuanto a hechos y derecho’. No es usual que se afirme y que al mismo tiempo se afirme lo contrario; al encontrarse ante una incomparecencia al posponer, la Corte, cualquier decisión sobre sus efectos, ha permitido que de cierta forma se vulnere la igualdad que los Estados deben gozar ante una corte”.]*

solicitudes de tales medidas y otras especificaciones en relación con el tema, como sigue:

1. *Une demande en indication de mesures conservatoires peut être présentée à tout moment au cours de la procédure relative à l'affaire au sujet de laquelle elle est introduite. Elle spécifie quelle est cette affaire, quels sont les droits dont la conservation serait à assurer et quelles sont les mesures conservatoires dont l'indication est proposée.*
2. *La demande en' indication de mesures conservatoires a la priorité sur toutes autres affaires. Il est statué d'urgence à son sujet.*
3. *Si la Cour ne siège pas, le Président en convoque sans retard les membres. En attendant que la Cour se réunisse et se prononce, le Président prend, s'il y a lieu, les mesures qui lui paraissent nécessaires afin de permettre à la Cour de statuer utilement.*
4. *La Cour peut indiquer des mesures conservatoires autres que celles qui sont proposées dans la demande.*
5. *Le rejet d'une demande en indication de mesures conservatoires n'empêche pas la partie qui l'avait introduite de présenter une nouvelle demande fondée sur des faits nouveaux.*
6. *La Cour peut indiquer d'office des mesures conservatoires. Si la Cour ne siège pas, le Président peut en convoquer les membres pour soumettre à la Cour la question de l'opportunité d'en indiquer.*
7. *La Cour peut en tout temps, à raison de changement des circonstances, rapporter ou modifier la décision portant indication de mesures conservatoires.*
8. *La Cour n'indique des mesures conservatoires qu'après avoir donné aux parties la possibilité de faire entendre leurs observations à ce sujet. Il en est de même si la Cour rapporte ou modifie la décision qui les avait indiquées.*

9. *Lorsqu'il y a lieu pour le Président de convoquer les membres de la Cour, les juges désignés conformément à l'article 31 du Statut de la Cour seront convoqués si leur présence sur le siège peut être assurée pour la date fixée par le Président pour entendre les parties.*

El texto del artículo aprobado en inglés, fue el siguiente :

1. *A request for the indication of interim measures of protection may be filed at any time during the proceedings in the case in connection with which it is made. The request shall specify the case to which it relates, the rights to be protected and the interim measures of which the indication is proposed.*
2. *A request for the indication of interim measures of protection shall have priority over all other cases. The decision thereon shall be treated as a matter of urgency.*
3. *If the Court is not sitting, the members shall be convened by the President forthwith. Pending the meeting of the Court and a decision by it, the President shall, if need be, take such measures as may appear to him necessary in order to, enable the Court to give an effective decision.*
4. *The Court may indicate interim measures of protection other than those proposed in the request.*
5. *The rejection of a request for the indication of interim measures of protection shall not prevent the party which has made it from making a fresh request in the same case based on new facts.*
6. *The Court may indicate interim measures of protection proprio motu. If the Court is not sitting, the President may convene the members in order to submit to the Court the question whether it is expedient to indicate such measures.*
7. *The Court may at any time by reason of a change in the situation revoke or modify its decision indicating interim measures of protection.*

8. *The Court shall only indicate interim measures of protection after giving the parties an opportunity of presenting their observations on the subject. The same rule applies when the Court revokes or modifies a decision indicating such measures.*
9. *When the President has occasion to convene the members of the Court, judges who have been appointed under Article 31 of the Statute of the Court¹⁴⁹ shall be convened if their presence can be assured at the date fixed by the President for hearing the parties.¹⁵⁰*

¹⁴⁹ El artículo 31 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional se refiere a los jueces *ad hoc*, señala los jueces de la nacionalidad de cada una de las partes en un juicio tienen el derecho a participar en el juicio. Este artículo también señala que si en la Corte hay un juez de nacionalidad de una de las Partes, la otra también puede nombrar a un juez de su nacionalidad; de igual forma si ninguna de las Partes está representada en la Corte, ambas pueden nombrar a un juez de su nacionalidad.

¹⁵⁰ Acts and Documents Concerning the Organization of the Court, Series D., No. 2, third addendum, Elaboration of the Rules of Court of March 11th 1936, Permanent Court of International Justice, p. 1014-1015, disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_02_3e_addendum.pdf (Fecha de consulta 24 de julio de 2013). [Traducción propia: 1.Una solicitud de medidas provisionales puede presentarse en cualquier momento del procedimiento del caso, en relación con el que se presenta. La solicitud debe especificar el caso con el que se relaciona, los derechos para los que se busca protección y las medidas que se propone que se indiquen. 2.Una solicitud de medidas provisionales tendrá prioridad sobre todos los demás casos. La decisión que al respecto se emita deberá ser tratada con carácter de urgencia. 3.En caso de que la Corte no estuviere reunida, sus miembros deberán ser convocados inmediatamente. En tanto la Corte se reúne y emite una decisión, el Presidente podrá, si fuera necesario, tomar tales medidas, como lo considere necesario para posibilitar a la Corte a emitir una decisión efectiva. 4.La Corte puede indicar medidas provisionales diferentes a las que fueron propuestas en la solicitud. 5.El rechazo de una solicitud de medidas provisionales no será obstáculo para que la parte que la presentó pueda presentar una nueva, dentro del mismo caso, basada en hechos nuevos. 6.La Corte puede indicar medidas provisionales de *motu proprio*. En caso de que la Corte no se encuentre reunida, el Presidente podrá convocar a sus miembros para que la Corte analice si es conveniente indicar tales medidas. 7.La Corte puede revocar o

En el Reglamento reformado, el artículo sobre medidas provisionales conservó lo establecido sobre el tratamiento prioritario que debía darse a las solicitudes sobre medidas provisionales presentadas ante la Corte y sobre el carácter de urgencia de la decisión al respecto.

La solicitud de medidas provisionales, según lo previsto por el artículo, en comentario, puede presentarse en cualquier momento durante el procedimiento y hacer referencia al caso del que se deriva o con el que se vincula, además de señalar los derechos que se busca proteger y las medidas que se propone a la Corte otorgar, aunque esta puede decidir otorgar medidas diferentes a las propuestas.

En el Reglamento se incluyó, como sucedía anteriormente, la necesidad de que en caso de que la Corte no se encontrara reunida, el Presidente la convocara; sin embargo, a diferencia de lo previsto en el anterior, facultó al Presidente, para otorgar las medidas provisionales que considerara necesarias en tanto se reunía la Corte. Esto con la finalidad de garantizar que ésta, una vez reunida, pudiera emitir una decisión que fuera eficaz.

El mismo artículo señala, en su último numeral que cuando el Presidente convocara a la Corte también debe convocar, en su caso, a los jueces nombrados *ad hoc*, siempre que se pueda asegurar su presencia en la fecha que el Presidente hubiera fijado para la audiencia de las Partes.

La Corte puede, de oficio, otorgar medidas provisionales, a partir de las modificaciones al artículo de referencia; no obstante, el mismo señala que,

modificar su decisión mediante la que indicó medidas provisionales en cualquier momento, por haberse presentado algún cambio en la situación. 8.La Corte puede indicar medidas provisionales solamente después de que haya dado a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones al respecto. La misma regla debe aplicarse cuando la Corte revoque o modifique su decisión de indicar medidas provisionales. 9.Cuando el Presidente deba convocar a los miembros de la Corte, los jueces que se hayan designado conforme al artículo 31 del Estatuto de la Corte deben convocarse si pueden asegurar su presencia en la fecha que hubiera designado el Presidente para la audiencia de las Partes.”]

cuando la Corte no se encuentre reunida, el Presidente debe convocar a sus miembros para que consideren si es conveniente que se otorguen medidas provisionales.

Consideramos que lo anterior significa que el Presidente no puede otorgar las medidas provisionales de oficio y que la única facultada para realizarlo era la Corte Permanente constituida.

El artículo reformado incluyó la posibilidad de volver a solicitar medidas provisionales, aún cuando alguna solicitud anterior hubiera sido rechazada, siempre que la nueva solicitud se basara en diferentes hechos. Asimismo estableció que la Corte puede modificar o revocar las medidas provisionales que hubiera otorgado, si hay un cambio en el estado de las circunstancias.

Finalmente previó que para que la Corte puede emitir una decisión sobre el otorgamiento de medidas provisionales, su modificación o revocación de las que ya hubiere otorgado, tiene que dar oportunidad a las Partes para que expresen observaciones al respecto.

2.4.2 Medidas Provisionales en la Corte Internacional de Justicia

La Corte Internacional de Justicia se estableció en 1945. El Estatuto de la Corte actual tiene como base el de su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Debido a lo anterior el tema de medidas provisionales lo podemos encontrar en el artículo 41 en el Estatuto de la Corte actual, igual que en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional; la diferencia entre ambos, que es mínima, la podemos encontrar al final del artículo, que anteriormente decía que las medidas provisionales se notificarían a las partes y al Consejo y en la actualidad señala expresamente que se trata del Consejo de Seguridad.

El Reglamento de la Corte Internacional de Justicia mantuvo casi en su totalidad el mismo artículo sobre medidas provisionales contenido en el

Reglamento de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 1936; excepto que se eliminó el último párrafo, que se refería a los jueces *ad hoc*. Este Reglamento se aplicó en los primeros cuatro casos que involucraron medidas provisionales llevados ante la Corte Internacional de Justicia.

La Corte Internacional de Justicia adoptó un nuevo Reglamento en 1978 en el que se modificó el artículo referente a las medidas provisionales y en su lugar, las reglas referentes a tales medidas se incluyeron en diversos artículos (73 al 78). Estos artículos incluyen diversas modificaciones.

Aunque la subsección aún tiene el nombre de *interim protection*, en su contenido se sustituyó el término *interim measures of protection* por el de *provisional measures* tal como aparece en el Estatuto de la Corte.

El actual artículo 73 del Reglamento de la Corte, a diferencia del anterior, señala que la solicitud de medidas provisionales debe presentarse por escrito y transmitir se de inmediato una copia certificada a la Parte contraria, a través del Secretario.

De acuerdo con Rosenne esto se agregó en razón de que la solicitud de medidas provisionales técnicamente no puede ser considerado como alegatos presentados por escrito y entonces no se encontrarían cubiertas por el artículo 26 del Reglamento que se refiere a estos.¹⁵¹

El escrito debe contener las razones por las que se solicitan las medidas provisionales, las posibles consecuencias en caso de que la Corte decidiera no otorgarlas y las medidas que se solicitan.

La Corte debe ser convocada para reunirse inmediatamente, si no lo estuviera al momento en que se realice la solicitud de medidas provisionales, pero no se especifica que le corresponde al Presidente convocarla. A diferencia de las reglas anteriores, en estas no se prevé que se llame también a los jueces *ad hoc*.

¹⁵¹ Rosenne, Shabtai, *Procedure in the International Court, A commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1983, p. 151.

Mientras se espera la reunión de la Corte, el artículo 74, numeral 4 otorga al Presidente la facultad especial de solicitar a las Partes que actúen de alguna manera determinada para hacer posible que la decisión sobre la solicitud de medidas provisionales que la Corte emita, surta los efectos pertinentes. Lo anterior, no otorga al Presidente la facultad expresa de señalar medidas provisionales, sino que solamente hace un llamado a las Partes con la finalidad de tratar de mantener a salvo sus correspondientes derechos.

En la providencia de medidas provisionales para el caso *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention*, la Corte señaló que en las audiencias al respecto, el Vicepresidente, ejerciendo las funciones del Presidente, se refirió a la solicitud que presentada por Libia en relación con el artículo 74, numeral 4, sobre lo cual concluyó que no sería adecuado ejercer tal facultad, la que además calificó, como discrecional.¹⁵²

El mismo artículo 74, en su numeral 3 señala que la Corte o el Presidente, en caso de que la primera no se encuentre reunida, señalarán la fecha para la audiencia de las Partes con la finalidad de que estas tengan la oportunidad de estar representadas ante ella. Las observaciones manifestadas por las Partes, antes del cierre de las audiencias orales serán tomadas en cuenta por la Corte.

Shabtai Rosenne considera que a través de lo dispuesto por el artículo mencionado, se pretendió reducir la formalidad en el procedimiento de medidas provisionales y dar mayor importancia a la audiencia que al procedimiento escrito y añade que no existe una disposición que requiera otorgar la oportunidad a la Parte contraria de presentar observaciones por escrito, pero tampoco hay una que lo prevenga.¹⁵³

Al respecto, consideramos que ambas partes en razón de su derecho a la

¹⁵²*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie* (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I. C. J. Reports 1992, p. 7 para. 8 and p. 9 para. 17

¹⁵³ Rosenne, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court*, Leiden, 4th ed. Martinus Nijhoff, 2006, p. 1387, v. III.

equidad ante la Corte, deben tener la oportunidad de presentar las observaciones que consideren, de acuerdo con lo previsto por el ya mencionado artículo 74 y que como el artículo no precisa obligación a cargo de las partes, de presentarlas de manera oral o escrita lo pueden hacer en la forma que estimen pertinente; sin embargo, en razón de la naturaleza urgente del procedimiento que nos ocupa, es posible que sea más oportuno presentarlas de manera oral, tomando en cuenta que el procedimiento escrito puede requerir mayor tiempo.

La Corte puede señalar que las medidas que otorgue deben ser cumplidas por una o ambas Partes, incluso que deben ser cumplidas por la Parte que las solicitó. De igual forma, puede señalar que las medidas que otorgó son las mismas que le fueron solicitadas, o que difieren parcialmente o en su totalidad.

Como en el Reglamento anterior, en este se menciona que la Corte puede modificar o revocar las medidas provisionales que previamente hubiera otorgado si considera que se justifica debido a un cambio en el estado de las cosas. De acuerdo con lo que el artículo 76 del Reglamento establece, la modificación o revocación de las medidas provisionales solamente se hace a petición de parte; lo que queda a consideración de la Corte es determinar si el cambio de situación amerita tal modificación o incluso su revocación.

La solicitud que alguna de las Partes realice, en ese sentido, deberá especificar el cambio de situación que considera relevante. Además, también se prevé que antes de que la Corte emita una decisión al respecto, debe escuchar las observaciones que sobre el tema quisieran presentar las Partes.

En relación con lo anterior, consideramos que la Corte debe encontrarse facultada para modificar o revocar las medidas provisionales que previamente ha otorgado, cuando se presente un cambio en las circunstancias que lo ameriten.

Por tanto, no solamente debe hacerlo cuando una de las Partes lo

proponga, pues si las medidas provisionales tuvieran que permanecer iguales sin importar los cambios que sobrevengan, los derechos de las Partes podrían encontrarse en peligro o bien pudiera ponerse en riesgo la efectividad de la sentencia final.

De manera similar, consideramos que el derecho de las Partes de ser escuchadas antes de emitir cualquier decisión respecto del tema de medidas provisionales, no debe atender en contra de la naturaleza de las mismas, es decir, debe prevalecer el tratamiento de prioridad y urgencia que debe darse tanto a las solicitudes como a las decisiones sobre medidas provisionales.

Entre 1947 y agosto de 2014 la Corte Internacional de Justicia ha recibido 44 solicitudes de medidas provisionales. La Corte ha otorgado medidas provisionales en 19 ocasiones y ha decidido no otorgarlas en 21; 3 solicitudes han sido desechadas y una fue retirada por el mismo solicitante. Además, la Corte ha recibido una solicitud para otorgar medidas adicionales, dos solicitudes de modificación y una de revisión, en todos estos casos, la Corte determinó reafirmar o confirmar las medidas provisionales que antes había otorgado.

1. En el caso *Anglo-Iranian Oil Co.*, la Corte decidió otorgar medidas provisionales, mediante la providencia de 5 de julio de 1951.
2. En el caso *Interhandel*, entre Suiza y Estados Unidos, Suiza solicitó de medidas provisionales; sin embargo, la Corte determinó no otorgarlas.
3. En el *Fisheries Jurisdiction Case*, entre Alemania e Islandia, la Corte otorgó medidas provisionales mediante la providencia de 17 de agosto de 1972. El año siguiente la Corte revisó y decidió confirmar las medidas provisionales que antes había otorgado.
4. En el *Nuclear Tests Case*, entre Australia y Francia, la Corte otorgó medidas provisionales, mediante la providencia de 22 de junio de

1973.

5. En el *Nuclear Tests Case*, entre Nueva Zelanda y Francia, también se otorgaron medidas provisionales.
6. También en 1973, la Corte decidió no otorgar medidas provisionales para el *Case Concerning Trial of Pakistani Prisoners of War*, entre Pakistán e India.
7. En el *Aegean Sea Continental Shelf Case*, mediante la providencia de 11 de septiembre de 1976, la Corte Internacional de Justicia consideró que las circunstancias en ese momento no requerían el otorgamiento de medidas provisionales.
8. En 1979, en el *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, la Corte decidió otorgar medidas provisionales.
9. En el caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, de 1984, la Corte decidió otorgar medidas provisionales.
10. En 1986, la Corte decidió otorgar medidas provisionales dentro del *Case Concerning The Frontier Dispute*, entre Burkina Faso y Mali.
11. El 21 de marzo de 1988, Nicaragua solicitó medidas provisionales a la Corte para el caso sobre *Border and Transborder Armed Actions*, entre Nicaragua y Honduras. Sin embargo, en la providencia de 31 de marzo del mismo año se señaló que Nicaragua retiró su solicitud.
12. En el *Case Concerning the Arbitral Award of 31 July 1989*, entre Guinea Bissau y Senegal, la Corte desechó la solicitud de medidas provisionales que había sido presentada por Guinea Bissau.
13. En 1991, en el *Case Concerning Passage Through the Great Belt*, entre Finlandia y Dinamarca, la Corte decidió no otorgar las medidas provisionales al determinar que no existía urgencia.

14. En el *Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie*, entre Libia y Estados Unidos, la Corte estimó que las circunstancias en el momento de la solicitud no requerían que se otorgaran medidas provisionales.
15. La Corte decidió en el mismo sentido en el *Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie*, pero entre Libia y el Reino Unido.
16. En el caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Bosnia y Herzegovina solicitó medidas provisionales y el 8 de abril de 1993, la Corte decidió otorgarlas. Posteriormente, Bosnia y Herzegovina solicitó medidas provisionales adicionales; por ello, mediante la providencia de 13 de septiembre de 1993, la Corte reafirmó las medidas provisionales que había otorgado anteriormente.
17. En *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case*, el 22 de septiembre de 1995 la Corte decidió que el asunto no se encontraba dentro del ámbito del artículo 63 del Estatuto por lo que debía desecharse junto con la solicitud de medidas provisionales.
18. En el caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, la Corte decidió otorgar medidas provisionales, mediante la providencia de 15 de marzo de 1996.
19. Mediante la providencia de 9 de abril de 1998, la Corte otorgó medidas provisionales para el *Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations*, entre Paraguay y Estados Unidos.
20. En marzo de 1999, la Corte otorgó medidas provisionales para el caso

LaGrand, entre Alemania y Estados Unidos.

21. También en 1999, Yugoslavia presentó a la Corte Internacional de Justicia 10 solicitudes de medidas provisionales, en los casos *Legality of Use of Force* contra Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Portugal, España, Reino Unido, y Estados Unidos. La Corte rechazó tales solicitudes. Además, en los casos contra Estados Unidos y España, ordenó que fueran removidas de la lista pues la falta de competencia era manifiesta.
22. En el año 2000 la Corte otorgó medidas provisionales en el marco del caso *Armed Activities on the Territory of the Congo*, entre la República Democrática del Congo y Uganda.
23. Mediante la providencia del 8 de diciembre de 2000, para el caso *Arrest Warrant of 11 April 2000*, entre la República Democrática del Congo y Bélgica, la Corte decidió no otorgar medidas provisionales.
24. El 28 de mayo de 2002, la República Democrática del Congo presentó una solicitud de medidas provisionales, en el caso *Armed Activities on the Territory of the Congo*, contra Ruanda. Ésta solicitud fue desechada por la Corte el 10 de julio de 2002.
25. En el caso *Avena and Other Mexican Nationals*, entre México y Estados Unidos, la Corte otorgó medidas provisionales mediante la providencia del 5 de febrero de 2003.
26. En el caso *Certain Criminal Proceedings in France*, entre la República del Congo y Francia, la Corte decidió no otorgar medidas provisionales.
27. En el caso *Pulp Mills on the River Uruguay*, entre Argentina y Uruguay, Argentina solicitó medidas provisionales a la Corte Internacional de Justicia que determinó, como lo señala en la providencia del 4 de julio de 2006, que no era necesario otorgarlas. Posteriormente, el 29 de noviembre de 2006, Uruguay presentó otra

solicitud de medidas provisionales a la Corte, que el 23 de enero de 2007, volvió a señalar que las circunstancias no requerían el otorgamiento de medidas provisionales.

28. En 2008 México solicitó una interpretación de la sentencia del 31 de marzo de 2004 y medidas provisionales; así en el caso *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* la Corte otorgó medidas provisionales.
29. El 15 de octubre de 2008, la Corte emitió una providencia de medidas provisionales en el caso *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, entre Georgia y Rusia, en la que otorgó medidas provisionales.
30. En el caso *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, entre Costa Rica y Nicaragua, la Corte otorgó medidas provisionales el 8 de marzo de 2011. Después, Nicaragua inició un procedimiento en contra de Costa Rica, el caso *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River*. Los procedimientos fueron acumulados y posteriormente, ambas partes solicitaron la modificación a la providencia de 2011. Mediante la providencia del 16 de julio de 2013, la Corte consideró que las circunstancias no ameritaban la modificación y reafirmó las medidas provisionales otorgadas anteriormente. El 24 de septiembre Costa Rica presentó una solicitud de medidas provisionales dentro del caso *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* que señaló, se basaba en hechos nuevos; el 22 de noviembre de 2013, la Corte reafirmó las medidas provisionales otorgadas en 2011 y otorgó nuevas medidas.
31. En el año 2011, se inició la *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear*, entre Camboya y Tailandia, en el que la Corte otorgó medidas

provisionales.

32. El 13 de diciembre de 2013 Nicaragua presentó a la Corte una solicitud de medidas provisionales en el caso *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River*, la Corte decidió no otorgar las medidas
33. En el caso *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data*, entre Timor Oriental y Australia, la Corte otorgó medidas provisionales.

CAPÍTULO III

Medidas Provisionales

3.1 Concepto 3.2 Objeto 3.3 Naturaleza 3.4 Las medidas provisionales en el derecho internacional 3.4.1 Requisitos que deben satisfacerse 3.4.1.1 Existencia de una controversia ante la Corte 3.4.1.2 Verosimilitud de los derechos 3.4.1.3 El vínculo entre los presuntos derechos y las medidas 3.4.1.4 Existencia de jurisdicción *prima facie* sobre el fondo del asunto 3.4.1.5 Urgencia y riesgo de perjuicio o daño irreparable 3.4.2 Medidas de no agravamiento del conflicto 3.4.3 Carácter vinculante de las medidas provisionales

3.1 Concepto

Las medidas cautelares pueden denominarse de diversas maneras; entre ellas, providencias cautelares o precautorias, medidas de seguridad, medidas urgentes, medidas provisionales, medidas de cautela y providencias conservatorias o interinas, expresiones que además, se utilizan indistintamente.

Derivado de lo anterior, podemos señalar que no existe uniformidad en cuanto a su denominación. Incluso, de acuerdo con el artículo 1º de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares se considera que las expresiones "medidas cautelares" o "medidas de seguridad" o "medidas de garantía" son equivalentes, cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil.

El Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se refiere a dos tipos de medidas, las cautelares y las provisionales. El artículo 76 alude a las medidas provisionales y señala que su adopción, puede ser

solicitada por la Comisión a la Corte Interamericana en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario para evitar un daño irreparable a las personas en algún asunto que aún no hubiere sido sometido a consideración de la Corte.

Por otro lado, el artículo 25, también del Reglamento de la Comisión, se refiere a las medidas cautelares y señala que esta puede, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar a algún Estado la adopción de medidas provisionales, en situaciones de gravedad y urgencia, para evitar daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente.

El numeral 2 del mismo artículo prevé que la Comisión también puede solicitar a los Estados la adopción de medidas cautelares. Esto, en situaciones de urgencia y gravedad, pero en este caso para prevenir a personas que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado al que se solicita la adopción de medidas y en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente.

El Reglamento de la Corte Interamericana no se refiere a las medidas cautelares, sino solamente a las provisionales, al establecer en su artículo 27 señala que la Corte puede ordenar de oficio medidas provisionales cuando se trate de situaciones de gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas. Esto de acuerdo con el artículo 63.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Cabe mencionar que los artículos 63.2 de la Convención Americana, 76 del Reglamento de la Comisión y 27 del Reglamento señalan que la Comisión puede pedir a la Corte que ordene medidas provisionales cuando se trate de asuntos que aún no han sido presentados ante esta última.

A partir de las disposiciones anteriormente plasmadas podemos concluir que dentro del sistema interamericano de protección a los derechos humanos, la Comisión Interamericana puede solicitar a los Estados la adopción de medidas cautelares, mientras que la Corte ordena medidas provisionales.

Podemos señalar que en este caso la diferencia más notoria sobre la denominación de las medidas provisionales se da en razón del órgano que las emita, a pesar de que ambas medidas se tomen en casos de urgencia y gravedad y para evitar daños a las personas.

Ahora bien, el Reglamento de la Comisión señala, como ya mencionamos, que las medidas cautelares también se solicitan para prevenir daños irreparables al objeto del proceso; este proceso es aquél que se lleva ante la Comisión; en cambio, el Reglamento de la Corte, no incluye en sus artículos declaración alguna que establezca que las medidas provisionales se otorguen con el propósito de evitar daños irreparables al proceso que se sigue ante ella, aunque consideramos que también tienen esa función.

Además de la confusión que la variedad de denominaciones existentes puede originar, es posible también llegar a confundir las medidas cautelares con los medios preparatorios a juicio; quizá, en razón de que las primeras pueden dictarse antes de iniciar el proceso o bien, una vez iniciado este. Los medios preparatorios a juicio pueden también considerarse medidas precautorias anticipadas.

Señaladas las diversas formas que existen para hacer referencia a las medidas cautelares, haremos alusión a su concepto.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española las denomina medidas provisionales y las define como aquellas que se adoptan para preservar el bien litigioso o para prevenir en favor del actor la eficacia final de la sentencia.¹⁵⁴

En el Diccionario Jurídico Mexicano, Héctor Fix Zamudio y José Ovalle Favela señalan que las medidas cautelares “calificadas también como providencias o medidas precautorias, son los instrumentos que puede decretar

¹⁵⁴ Real Academia Española (2001) “*Medidas cautelares*” en Diccionario de la lengua española, 22^a ed., disponible en <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=NEuN3JmNYDXX26qSQQxL> (fecha de consulta 26 de noviembre de 2012).

el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso”.¹⁵⁵

Carlo Santulli señala que las providencias de medidas provisionales son actos jurídicos en cuanto a que acarrear consecuencias de derecho. Sin embargo, considera que son actos administrativos individuales pues al adoptarlas se ejerce una función administrativa, como lo es la de garantizar una buena administración de justicia; por ello pueden ser utilizadas para la administración del procedimiento como para administrar la ejecución de los actos con los que se relacionan en cuanto a preservarlos de manera preventiva o una vez que se han adoptado, para garantizar que se respeten.¹⁵⁶

Chioventa, además de agregar otra denominación, pues las llama medidas de seguridad o de cautela; señala que son medidas especiales determinadas por el peligro o la urgencia que surgen antes de que sea declarada la voluntad de ley que nos garantiza un bien o antes de que sea realizada su actuación para garantía de su futura actuación práctica.¹⁵⁷

Además, distingue a las medidas provisionales de cautela de otras maneras que existen para asegurar previamente el derecho, sin necesidad de la resolución de algún magistrado o juez. Dentro de estas últimas, menciona a las hipotecas y prendas, así como a aquellas que a pesar de que requieren de la intervención de un magistrado son concebidas solo en el presupuesto de la efectiva existencia del derecho; es decir, son obligaciones accesorias que no tienen el carácter de provisionales. Entre los ejemplos que menciona el autor, sobre estas últimas, encontramos a la caución que debe otorgar el

¹⁵⁵Fix-Zamudio, Héctor y José Ovalle Favela, *Medidas Cautelares*, en Diccionario Jurídico Mexicano, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Porrúa, 2005, pp. 2484-2487.

¹⁵⁶ Santulli, Carlo, *“Une administration internationales de la justice nationale? Á propos des affaires Breard et LaGrand”*, Paris, *Annuaire Francais de Droit International*, XVI, CNRS Editions, 1999, p. 120.

¹⁵⁷ Chioventa, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, México, Oxford University Press, 1999, Colección Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, vol. 6, p. 114.

usufructuario para el caso de abuso de su derecho y el heredero o legatario para el cumplimiento de la voluntad del testador.¹⁵⁸

Piero Calamandrei habla sobre las garantías con finalidad cautelar, señalando que a diferencia de otros tipos de garantías jurisdiccionales, existen porque la actividad cautelar anuncia y prepara la puesta en práctica de otras garantías jurisdiccionales, de las que desea asegurar anticipadamente el más eficaz rendimiento práctico.

Así mismo, señala que las medidas o provisiones cautelares se distinguen de otras providencias jurisdiccionales en razón de su provisoriedad, misma que puede entenderse como la limitación de la duración de los efectos de las medidas cautelares, los cuales pueden ser declarativos o ejecutivos; además, agrega que la provisoriedad es la razón por la que se habla en general de providencias interinas o temporales.¹⁵⁹

Las medidas provisionales pueden concebirse por tanto, como un acto mediante el que la autoridad judicial busca proteger derechos de las partes, a fin de evitar que la sentencia de fondo que eventualmente emita, resulte inútil debido a que por la prolongación del procedimiento, el objeto principal del juicio o los derechos que debían ser protegidos sufran algún daño irreparable, como resultado de haberse materializado el riesgo a que se encontraban expuestos.

G. de Leval considera que el término *mesures provisoires* (medidas provisionales), incluye tanto a estas como a las *mesures conservatoires* (medidas de conservación).

Para él, las *mesures provisoires* son aquellas que se toman durante el

¹⁵⁸ Chiovenda José, *Principios de derecho procesal civil*, 3ª ed., trad. de José Casais y Santaló, Madrid, Editorial Reus, 1922 p. 261, disponible en <http://www.scribd.com/doc/30231923/Chiovenda-Jose-Principios-derecho-procesal-civil-TOMO-I> (Fecha de consulta 3 de noviembre de 2012).

¹⁵⁹ Calamandrei Piero, *Derecho procesal civil*, Mexico, Oxford, 1999, p. 16., Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, volumen 2.

proceso para regular momentáneamente una situación urgente, en tanto se emite una decisión definitiva (“*est la mesure prise pour la durée d’un procès afin de régler momentanément une situation urgente en attendant une décision définitive*”).

Define a las *mesures conservatoires* como medidas de urgencia que se toman con la finalidad de proteger un derecho o una cosa (“*mesure conservatoire est une mesure d’urgence prise pour la sauvegarde d’un droit ou d’une chose*”).¹⁶⁰

Derivado de lo anterior, el autor establece que la diferencia entre ambas es que mientras que las primeras permiten regular la situación entre las partes en tanto se espera la emisión del laudo arbitral; las segundas, permiten a una de las partes en el arbitraje tomar ciertas precauciones para garantizar la efectividad de la sentencia a emitirse o bien prevenir sus consecuencias desfavorables.

Aunque hace referencia a medidas en el arbitraje, dichas diferencias son aplicables también, a los principios del proceso.

Como lo señala Piero Calamandrei las medidas cautelares son necesarias debido “la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva”, es decir del *periculum in mora* sobre el que más adelante señala, se refiere a “el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario”;¹⁶¹ es decir, considera que la providencia cautelar tiene una finalidad preventiva frente a la agravación del daño.

Dicho autor afirma por otra parte, que “las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente

¹⁶⁰ Leval, G. de., *Le Juge et L’arbitrage Les mesures provisoires* en «*Revue de Droit international el de Droit Comparé*», Bruselas, Institut Belge de Droit Comparé, Etablissements Émile Bruylant, 1993, T. LXX, 70e année, premier trimestre, p. 7.

¹⁶¹*Ibidem*, p. 23.

opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario”.¹⁶²

La razón de emitir medidas cautelares, no se basa solamente en tratar de ganar tiempo para que la sentencia definitiva sea correcta, sino en lograr preservar mediante ellas, los derechos de las partes, porque no es posible dictar una sentencia sobre el fondo del asunto con los elementos con los que se cuenta al momento de dictarla, razón por la que se requiere más tiempo a fin de incorporar los medios necesarios.

Es bajo esa consideración que Calamandrei agrega que en un ordenamiento puramente ideal, en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantánea y otorgarse justicia de inmediato y de modo pleno y adecuado, al caso, no habría lugar para la providencias cautelares.

Ya hemos mencionado que la provisoriedad o provisionalidad es un elemento característico de las medidas cautelares; sin embargo, es necesario agregar que este concepto se refiere a aquello que está destinado a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo en vista y en espera del cual, el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio; en cambio, el concepto temporal solo se refiere a algo que tiene una duración limitada.

En ese sentido, provisorio¹⁶³ equivale a interino¹⁶⁴ e indica lo que está

¹⁶²*Ibidem*, p. 25.

¹⁶³ Cabe mencionar que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define “provisional” como aquello que se hace, se halla o se tiene temporalmente. <http://lema.rae.es/drae/?val=provisional>. (Fecha de consulta 4 de noviembre de 2012).

¹⁶⁴ En relación con la palabra “interino” el mismo Diccionario la define como aquello que sirve por algún tiempo supliendo la falta de otra persona o cosa. <http://lema.rae.es/drae/?val=interino> (Fecha de consulta 4 de noviembre de 2012).

destinado a durar solamente durante el tiempo intermedio que precede a un evento esperado.

Por lo tanto, los efectos de las providencias cautelares, como las llama Calamandrei, son temporales y su duración se limita al tiempo que transcurre entre la emanación de la providencia cautelar y otra providencia jurisdiccional que tendría un carácter definitivo.¹⁶⁵

Otra característica de las medidas cautelares es su instrumentalidad o subsidiaridad respecto de las providencias definitivas o principales. Inicialmente, Carneluti consideró que el proceso cautelar era autónomo, sin embargo, después modificó su posición para señalar que no podía serlo.

La instrumentalidad de las medidas cautelares se refiere a que estas encuentran vinculadas y dependen de las providencias definitivas; no son un fin en sí mismas, sino que nacen como previsión para asegurar la eficacia práctica de las segundas y están destinadas a desaparecer.¹⁶⁶

Podemos agregar que las providencias cautelares no se convalidan mediante la declaración de la providencia principal en el mismo sentido; más bien debe considerarse que al encontrarse las providencias cautelares ligadas a las principales, las primeras desaparecen si las segundas declaran que no existe un derecho; en cambio, si el derecho existe las providencias cautelares “dejan el puesto libre a aquellos efectos definitivos, las veces de los cuales ha hecho hasta ahora anticipadamente”.¹⁶⁷

De lo anterior podemos concluir que como consecuencia de su instrumentalidad, las medidas provisionales se extinguen en un término determinado, en el momento en que se dicta con eficacia la sentencia principal sin necesidad de revocarlas mediante algún pronunciamiento anterior. Es por esto que Calamandrei señala que parecieran ser una condición resolutoria,

¹⁶⁵ Calamandrei, Piero, *op. cit.*, nota 158, pp. 20-23.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp.26-27.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 68.

pues al surgir la providencia principal, las providencias o medidas cautelares pierden toda su eficacia.

Una característica más de las medidas provisionales es la variabilidad o revocabilidad, pues pueden estar sujetas a modificaciones por variaciones en las circunstancias concretas todas las veces que el juez considere que la medida cautelar inicialmente dictada ya no resulta adecuada para la situación.

En tal sentido se puede considerar que la cláusula *rebus sic stantibus* se relaciona con las medidas provisionales. A este respecto, Héctor González Chévez afirma que “la resolución cautelar no alcanza la categoría de cosa juzgada”;¹⁶⁸ sin embargo, consideramos que es definitiva y debe respetarse, pues es una declaración de certeza de las condiciones necesarias y suficientes para obtener la medida cautelar, a pesar de que puede modificarse por otra posterior.

Los efectos de las medidas provisionales pueden ser asegurativos o innovativos; los primeros, son aquellos que pretenden mantener una situación adecuada para asegurar la efectividad de la sentencia principal; sin embargo, al no ser esta, la finalidad única de las medidas provisionales, pues como ya lo hemos mencionado, también tienden a proteger bienes o situaciones para hacer posible la ejecución de la sentencia, sus efectos pueden consistir además, en el aseguramiento de tales bienes o situaciones.

Debe considerarse por otra parte, que algunas de las medidas cautelares no solo tienen efectos asegurativos, sino conservativos, al pretenderse con ellas, mantener los bienes o situaciones en exactamente el mismo estado. Esto sin dejar de considerar que hay medidas cautelares que cambian el estado existente al momento de iniciar el proceso.

Las medidas cautelares con efectos innovativos, no buscan conservar la misma situación, sino que modifican anticipadamente la situación jurídica, por

¹⁶⁸ González Chévez, Héctor, *La suspensión del acto reclamado en Amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, México, Porrúa, 2006, p. 87.

lo que se podría decir que anticipan provisionalmente la ejecución de la resolución definitiva.¹⁶⁹

3.2 Clasificación de las medidas provisionales

Existen diversos criterios de clasificación de tales medidas. Entre los que se encuentran:

A. Para Piero Calamandrei,¹⁷⁰ las medidas o como las denomina, las providencias cautelares se clasifican en:

a) Providencias instructoras anticipadas, que son aquellas mediante las que se trata de fijar y conservar ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, pueden ser utilizadas después de aquel proceso en el momento oportuno y tener como finalidad la conservación o aseguramiento de la prueba.

Dentro de esta clasificación se encuentran la demanda de verificación de escritos con carácter principal, que se ocupa para establecer certeza en cuanto a la verdad o falsedad del mismo antes de que llegue el momento de hacerlo valer como prueba en el proceso sobre el mérito o fondo. La querrela por falsedad busca destruir la eficacia probatoria del documento falso; la necesidad de hacerlo antes de que inicie el proceso, tiene por objeto, evitar que este se complique o retrase.

b) Providencias dirigidas a asegurar la ejecución forzada. Son aquellas con las que se busca evitar la dispersión de los bienes que puedan ser objeto de una ejecución forzada; esto, mediante el secuestro conservativo o judicial de los mismos.

c) Anticipación de providencias decisorias. Son aquellas mediante las que se decide interinamente, en espera de que a través del proceso

¹⁶⁹*Ibidem*, p. 98.

¹⁷⁰ Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Lima, ARA Editores, 2005, p. 40.

ordinario se perfeccione la decisión definitiva de una relación controvertida, cuya indecisión, de perdurar hasta la emanación de la providencia definitiva podría derivar en daños irreparables para una de las partes.

El autor señala que en este caso se encuentran las denuncias de obra nueva y de daño temido a través de las que se dictan providencias temporales en tanto se prepara la decisión definitiva sobre el mérito, por lo que, esta providencia cautelar es una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga a la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario.

d) Las cauciones procesales. Su finalidad cautelar consiste en la imposición de una caución como condición para obtener una ulterior providencia judicial. Estas cauciones judiciales que son a cargo de quien se ve favorecido por la providencia provisoria, pretenden asegurar preventivamente el eventual derecho al resarcimiento de los daños, en caso de que en el juicio definitivo la medida provisoria sea revocada a favor de aquél contra quien ha sido ejecutada.

Son consideradas medidas de contra cautela porque están dirigidas contra el peligro derivado de la ejecución de una providencia cautelar dictada para prevenir el peligro derivado del retraso de la providencia principal.

Calamandrei considera que las cauciones procesales tienen un carácter instrumental negativo en cuanto impiden perjudicar y otro instrumental positivo, en tanto que aseguran preventivamente la realización del derecho al resarcimiento de los daños, para el caso de que la providencia principal revoque a la provisoria, por considerarla injusta; afirma que son dos medidas cautelares orientadas en distintas direcciones con base en las que se pretende restablecer la igualdad entre las partes.

Con base en lo anterior, dicho autor sostiene que las providencias instructoras anticipadas, las destinadas a asegurar la ejecución forzada y las cauciones procesales, tratan de asegurar los medios idóneos o aptos para determinar que la providencia principal sea justa, certera y eficaz y que las medidas cautelares no pretenden acelerar la satisfacción del derecho controvertido, porque la relación sustancial continúa teniendo el carácter de controvertida y no se considera prejuzgada.

En el caso de las providencias antes mencionadas, surge el denominado *periculum in mora*, pues se teme que desaparezcan los medios necesarios para la formación y ejecución de la providencia principal, por lo que, debe considerarse que se constituye por la prolongación de la insatisfacción del derecho sobre el que se contiene en el juicio principal o de fondo, causada por las dilaciones del proceso ordinario.

- B.** Las medidas cautelares pueden clasificarse según sus efectos en conservativas e innovativas; como ya lo hemos señalado las primeras pretenden mantener el estado de hecho y derecho vigentes al momento en que se solicitan en cambio, las segundas modifican el estado en que se encontraban.
- C.** También pueden clasificarse en nominadas y genéricas o innominadas, según su forma. Esto de acuerdo con lo señalado por Jorge L. Kielmanovich que sostiene que las medidas cautelares genéricas son aquellas que “no están contempladas específicamente por la ley procesal”.¹⁷¹
- D.** Además, es posible clasificar las medidas provisionales en medidas de protección o medidas provisionales aunque como lo señala Lawrence Collins, en ocasiones es necesario que sea el tribunal arbitral quien determine si el recurso es provisional o de protección. Dicho autor menciona también, que hay otros tipos de medidas; por ejemplo las medidas que buscan mantener el estado de la situación mientras se emite

¹⁷¹ Kielmanovich L., Jorge, *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, p.65.

una decisión final sobre la controversia, en Inglaterra esto se logra mediante una medida provisional -“*interlocutory injunction*”- que otorga un juez *ex parte*, lo anterior equivale en Estados Unidos a una orden de restricción provisional -“*temporary restraining order*” que usualmente es seguida por una medida cautelar -“*preliminary injunction*”; en Francia se llama “*ordonnance de référé*” y se puede otorgar *ex parte* y en casos urgentes a petición de parte; en Alemania se logra mediante una “*Einstweilige Verfügung*” y en Italia los “*provvedimenti d’urgenza*”.¹⁷²

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea prevé medidas similares, en su artículo 185 señala aunque los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia no tendrán efecto suspensivo; el Tribunal, si estima que las circunstancias así lo exigen, puede ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

El Tribunal también puede ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos que esté conociendo, de acuerdo con el artículo 186 del mismo Tratado.

3.3 Naturaleza

Existen varios criterios sobre la naturaleza jurídica de las medidas cautelares. Uno de estos considera que constituyen un procedimiento independiente y que por lo mismo, no forman parte ni se dictan dentro de uno que tiene el carácter de principal. En este sentido, las medidas provisionales constituirían “como un proceso por sí mismo y diferente de los procesos de declaración y ejecución, que se halla al servicio de una función de la jurisdicción diferente a la de declarar el Derecho en el caso concreto y a la de realizar forzosamente ese Derecho, igualmente en caso singular”.¹⁷³

Carnelutti consideró a las medidas cautelares como un proceso

¹⁷² Collins, Lawrence, op. cit., nota 135, p. 11.

¹⁷³ Ortells Ramos, Manuel, *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000, Colección Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, p. 42

autónomo, *tertium genus*; es decir, como una prevención o aseguramiento previos, en tanto se tramita la jurisdicción y la ejecución, de lo que se concluye que puede ser considerado como un tercer tipo de proceso cuya finalidad sería obtener un arreglo provisional del litigio para prevenir daños inherentes a su duración.

La postura anterior, fue abandonada por dicho autor, basándose en la característica de instrumentalidad de las medidas provisionales, la que como lo hemos dicho hace referencia a que no tienen un fin en sí mismo, sino que como su nombre lo indica son instrumentales a una providencia definitiva que buscan asegurar.¹⁷⁴

Desde nuestro punto de vista, es inadecuado señalar que las medidas provisionales no tengan un fin, pues si con ellas se persigue preservar los derechos de las partes y la situación para que la Corte o el Tribunal ante el que se encuentre el caso pueda emitir una decisión definitiva sobre el caso y que se logre ejecutarla, es indiscutible que sí lo tienen.

Una segunda consideración sostiene que más que hablar de un proceso cautelar autónomo, se debe hablar de las medidas mencionadas como pretensiones cautelares dentro de un proceso.

Consideramos más adecuada esa consideración, la cuál también estimamos aplicable al ámbito del derecho internacional, al ser aquella que se toma en cuenta para el procedimiento dentro de la Corte Internacional de Justicia, ya que como veremos posteriormente, uno de los requisitos para otorgar medidas provisionales es la necesidad de que exista una controversia o conflicto previo ante la Corte para que esta pueda otorgarlas.

Al emitirse dentro de un proceso judicial no pueden a su vez pronunciarse sobre el fondo del asunto, ni anticipar una decisión final, pues aún es necesario realizar un análisis exhaustivo de la situación, lo que lleva a concluir que la

¹⁷⁴ Carnelutti, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, México, Oxford University Press, 1999, Colección Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, vol. 4, p. 237.

naturaleza de las medidas provisionales es la de ser instrumentales; no decisiones definitivas sobre el asunto.

También, se puede considerar que las medidas cautelares o provisionales son de naturaleza asegurativa debido a que buscan proteger bienes o derechos en espera de una resolución definitiva.

En tal sentido, la tutela cautelar está vinculada con la tutela judicial efectiva; ambas deben entenderse como garantías constitucionales de las personas para la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

La vinculación entre ellas, se debe a que las medidas cautelares tienen como fin, asegurar la efectividad de la sentencia definitiva y por lo tanto contribuyen a los fines de la justicia, pues si bien no les corresponde declarar con certeza la existencia de derechos, si anticipan la posibilidad de su futura declaración; sirven además, de instrumentos de efectividad para otras resoluciones, ya que sin ellas el objeto del asunto sería inexistente y la sentencia definitiva inútil debido a su retardo.¹⁷⁵

En el caso 19 comerciantes contra Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales no solamente tienen un carácter cautelar al preservar también una situación jurídica, sino que también tienen uno tutelar porque protegen derechos humanos y buscan evitar daños irreparables a los personas.¹⁷⁶

Por otro lado, es posible señalar que las medidas provisionales tienen un carácter incidental. En el derecho mexicano, esto se advierte del Capítulo III “De las Medidas Cautelares”, del Título II, denominado “De la Substanciación y Resolución del Juicio de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, en cuyos artículos 24 y 24 Bis, respectivamente, se establece

¹⁷⁵ González Chévez, Héctor, *op. cit.* nota 167, pp. 77-78

¹⁷⁶Cfr. Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de junio de 2012, considerando, párr. 4.

que dichas medidas pueden decretarse una vez iniciado el juicio y que se tramitarán de conformidad con el incidente respectivo.

3.4 Las medidas provisionales en el derecho internacional

La Carta de las Naciones Unidas establece que los Estados Miembros arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de manera que no se pongan en peligro la paz y seguridad internacionales ni la justicia y que así mismo, deben abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado (numerales 2 y 3 del artículo 2).

De acuerdo con el artículo 33 de la misma Carta, para la solución de controversias, sin poner el peligro del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales las partes lo harán por cualesquiera medios pacíficos. Entre estos se encuentran, la negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial y el recurso a organismos o acuerdos regionales.

Ian Brownlie sostiene que, se necesitan dos elementos primordiales para que un tribunal tenga el carácter de internacional: la organización del mismo y su jurisdicción. El arreglo judicial de una controversia es internacional cuando la decisión sobre una controversia de carácter internacional debe ser emitida por un tribunal de carácter internacional en virtud de la fuente de su autoridad, su composición, inmunidad de jurisdicción local y poder de jurisdicción; así el carácter internacional del tribunal es una cuestión que se relaciona tanto con su organización como con su jurisdicción.¹⁷⁷

Uno de los medios de solución pacífica de controversias es el arreglo judicial.

La Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, según lo previsto en el artículo 94 de la Carta de Naciones Unidas, la que en su artículo 93, menciona que los miembros de esta

¹⁷⁷ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7th ed., New York, Oxford, 2008 p. 705 -

organización son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, instrumento que en su artículo 1 dispone que debe considerarse como parte integrante de la Carta de Naciones Unidas.

La Corte realiza dos funciones una consultiva y otra judicial; como lo señala el artículo 34 del Estatuto, solamente Estados pueden ser parte en litigios ante la Corte.¹⁷⁸

La competencia de la Corte abarca todos los litigios que las partes le sometan y todos los asuntos previstos tanto en la Carta de las Naciones Unidas, como en los tratados o convenciones vigentes.

Los Estados Parte pueden declarar que reconocen *ipso facto* y sin convenio especial la jurisdicción de la Corte sobre controversias que traten sobre la interpretación de un tratado; cuestiones de derecho internacional; la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional y sobre la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.¹⁷⁹

Tanto Brownlie como López-Bassols sostienen que los Estados no se someten a la jurisdicción de la Corte como resultado de haber firmado el Estatuto,¹⁸⁰ sino que deben reconocer su competencia para que surjan

¹⁷⁸ Es preciso mencionar desde este momento, que las medidas provisionales son obligatorias también solamente para Estados, o sea que la Corte no puede dirigir una providencia de medidas provisionales a personas o entidades que no sean parte en el caso. En el caso *Application of Genocide Convention* la Corte señaló que considerando que de acuerdo con el artículo 59 del Estatuto de la Corte la sentencia en un caso es obligatoria solamente para las partes y que para la protección de los derechos que dicha sentencia puede reconocer, puede otorgar medidas provisionales que las partes en el caso deben tomar, mas no terceros Estados u otras entidades que no se encontrarían obligadas por la sentencia. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993*, I. C. J. Reports 1993, p. 334, para. 40.

¹⁷⁹ Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁸⁰ Brownlie, Ian, *op. cit.* nota 191, p. 712 y López-Bassols, Hermilo, *op. cit.*, nota 87, p. 272.

obligaciones procesales;¹⁸¹ es decir, deben dar su consentimiento para someterse al arreglo judicial; lo anterior, es un principio que se basa en la práctica internacional sobre solución de controversias y es consecuencia de la igualdad soberana de los Estados.¹⁸²

Los Estados pueden manifestar su consentimiento para ser partes en un litigio ante la Corte Internacional, de diversas formas:

- A. Mediante un acuerdo especial o *compromis* que los Estados concreten sobre una controversia relativa a una determinada cuestión.
- B. Mediante una cláusula jurisdiccional en un tratado vigente, a través de la que los Estados se comprometen a aceptar la jurisdicción de la Corte para solucionar las controversias que pudieran surgir sobre la interpretación o aplicación del mismo tratado.
- C. Mediante la declaración unilateral o cláusula facultativa a que se refiere el artículo 36, numeral 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A través de ella, los Estados reconocen como obligatoria la relación con cualquier otro Estado que acepte la misma obligación; esta declaración podrá hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados o por un tiempo determinado.

Brownlie señala que a pesar de que la firma del Estatuto no implica el consentimiento de la jurisdicción de la Corte, sí tiene otras consecuencias, como son las relativas a que los Estados están obligados a aceptar la jurisdicción de la Corte para determinar su propia competencia (principio *Kompetenz-Kompetenz*) como lo prevé su artículo 36, numeral 6.

Otra de las consecuencias involucra el tema del presente trabajo, pues de acuerdo con el artículo 41 del Estatuto, la Corte asumirá su facultad de otorgar

¹⁸¹ Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, *Sistema jurídico de las Naciones Unidas*, México, Porrúa, 2007, p. 224

¹⁸² Brownlie, Ian, *op. cit.*, nota 191, p. 711

medidas provisionales, a menos que, de acuerdo a las circunstancias sea aparente que no hay consentimiento a la jurisdicción y sin perjuicio de la jurisdicción de la Corte en relación con el fondo del asunto.¹⁸³

Entonces, dentro del Derecho Internacional y en el marco de los procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia, las medidas provisionales se encuentran previstas en dicho artículo, que señala que la Corte tiene facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes y que dichas medidas se notificarán inmediatamente, tanto a ellas como al Consejo de Seguridad.

Shabtai Rosenne señala que el procedimiento de medidas provisionales posee un carácter independiente que las distingue del procedimiento principal. En relación con tal afirmación señala que el procedimiento tiene dos elementos, el primero que refiere a que la solicitud de medidas provisionales debe estar relacionada con los derechos de las partes; y como segundo elemento señala que la Corte debe considerar, al menos *prima facie*, que es competente para conocer del caso.

El autor agrega que la independencia del procedimiento para el otorgamiento de medidas provisionales se enfatizó cuando en 1946, como ya lo hemos señalado, se eliminó del Reglamento de la Corte la necesidad de que como señalaba el artículo 61, numeral 9, se nombraran y se encontraran presentes jueces *ad hoc* en el procedimiento sobre medidas provisionales, a partir de entonces la Corte puede otorgarlas sin que ellos participen.¹⁸⁴

Hersch Lauterpracht sostiene que aunque el artículo 41 contemple la facultad de la Corte para otorgar medidas provisionales, debe realizar una determinación previa de carácter cuasi jurisdiccional sobre la conveniencia de admitir la solicitud de medidas provisionales y analizarla. De igual forma, señala que cuando la Corte decide negar el otorgamiento de medidas provisionales,

¹⁸³*Ibidem*, p. 712

¹⁸⁴Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1399.

también realiza un análisis para determinar que no puede conocer de la solitud.¹⁸⁵

Las medidas provisionales se indican a través de ordenes que la Corte está facultada a emitir, de acuerdo con el artículo 48 de su Estatuto que señala que puede dictar la providencias necesarias para el curso del proceso.

El Estatuto de referencia, no profundiza sobre dichas medidas, lo que lleva a considerar que la teoría respecto de estas encuentra su base principal en la jurisprudencia de la propia Corte,¹⁸⁶ pues ha sido mediante el análisis de diversos casos que los estudios de la figura se han profundizado, tanto sobre los requisitos que las Partes deben satisfacer para que se pueda considerar su otorgamiento, como sobre su alcance y los efectos que tienen una vez que se han otorgado.

El Reglamento de la Corte Internacional de Justicia señala en su artículo 75 que la Corte puede decidir examinar de oficio si las circunstancias del caso exigen la indicación de medidas provisionales; es decir aún cuando no exista la solicitud de alguna de las Partes la Corte puede otorgarlas *motu proprio*.

De acuerdo con ese artículo, la Corte puede optar por no otorgar las medidas provisionales exactamente como le fueron solicitadas, sino hacerlo de forma total o parcialmente distinta y aún otorgándolas de esta manera, destinarlas a la parte que las solicito, es decir la Corte puede determinar que a pesar de que no las otorgue como le fueron pedidas por la parte que formuló la demanda, esta debe también cumplir las medidas que señale.

Así, en el caso *Anglo Iranian Oil Co.* la Corte otorgó diversas medidas provisionales que fueron diferentes a las que se le solicitaron.

¹⁸⁵ Fitzmaurice Gerald, "Hersch Lauterprecht - The Scholar as a Judge. II", *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1986, vol. 2, p. 776

¹⁸⁶ Al respecto coinciden diversos autores, entre ellos: Rüdiger Wolfrum, "Interim (Provisional) Measures of Protection", in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (MPEPIL), (Rüdiger Wolfrum ed., 2006) y Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1382.

Conforme al segundo supuesto del numeral 2 del artículo 75 del Reglamento citado, las medidas pueden encontrarse destinadas también a la parte contraria de aquella que las solicitó, incluso en el evento de que no hubiese aceptado aún, la competencia de la Corte (*fórum prorogatum*). Así sucedió en el caso *Application of the Genocide Convention*.

Respecto al mismo tema, en el caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, la Corte reconoció que las solicitudes de medidas provisionales son unilaterales por naturaleza. Esto, en relación con el señalamiento de Irán, en el sentido de que al estar éstas destinadas a proteger los derechos de las partes, no podían ser unilaterales.

La Corte señaló que conforme al artículo 41 de su Estatuto, puede otorgar las medidas que considere necesarias para preservar los derechos de cualquiera de las partes y que junto con el artículo 73 de su Reglamento, conforme al cual, el otorgamiento de medidas provisionales implica su solicitud por una de las partes para preservar sus propios derechos en contra del perjuicio que podrían ocasionar las acciones de la otra, las medidas provisionales pueden estar dirigidas a ambas partes sin que ello signifique que no pueda considerarse la solicitud de solo una de ellas, simplemente porque las medidas solicitadas se encuentren dirigidas solamente a una de dichas partes.¹⁸⁷

Es importante considerar también, que el numeral 3 del artículo 75 del Reglamento previene que el rechazo de solicitud de otorgamiento de medidas provisionales no será obstáculo para que la parte que las haya solicitado pueda presentar en el mismo asunto una nueva solicitud basada en hechos nuevos.

Lo anterior, se puede apreciar en el caso *Aegean Sea Continental Shelf* en el que la Corte decidió que las circunstancias del caso no ameritaban el otorgamiento de medidas provisionales, aunque también señaló, en términos del artículo 66, párrafo 5, vigente con anterioridad a la reforma de que fue

¹⁸⁷*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, (United States of America v. Iran), Order of 15 December 1979, I. C. J. Reports 1979, pp. 16-17, para. 29

objeto el Reglamento de dicha Corte en 1978, que su decisión de no otorgar las medidas solicitadas no constituye un obstáculo para que se presente una nueva solicitud en el mismo caso, basada en nuevos hechos.¹⁸⁸

Derivado de lo anterior, podemos concluir que aunque el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia pretende profundizar sobre algunos aspectos, que no fueron tratados por el Estatuto, relacionados con las medidas provisionales, su aportación no deja de ser insuficiente para tratar el tema, pues siempre encontramos mayor desarrollo de los temas y en particular de este en la jurisprudencia emitida por la propia Corte.

Ahora bien, aún cuando el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no incluye una definición de medidas cautelares, sí alude a su finalidad u objeto al decir que consiste en preservar los derechos de las Partes.

El propio artículo 41 dispone que las medidas provisionales se justifican en casos en los que el daño al derecho o los derechos de las partes sea tan grande que sin las medidas provisionales pudiera llegar a desaparecer, o no tener ya un valor genuino al momento en que se dicte la sentencia.

Lo anterior fue sostenido por la Corte en la sentencia sobre el caso relativo a *Fisheries Jurisdiction* al señalar “*Whereas the right of the Court to indicate provisional measures as provided for in Article 41 of the Statute has as its objet to preserve the respective rights of the Parties pending the decision of the Court, and presupposes that irreparable prejudice should not be caused to rights which are subject of dispute in judicial proceedings, and that the Court’s judgment should not anticipated by reason of any initiative regarding the measures which are at issue*”.¹⁸⁹

¹⁸⁸ *Aegean Sea Continental Shelf*, Interim Protection, Order of 11 September 1976, I. C. J. Reports 1976, p. 13, para 43

¹⁸⁹ *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 34, para. 22; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain v. Iceland)*, Interim Protection, Order of 23 July 1974, I.C.J. Reports 1974, p. 11, para. 22.

De la cita anterior también podemos resaltar que la Corte señala que tiene derecho (derivado del texto del Estatuto en inglés que se refiere a “...*the right of the Court...*”), de indicar medidas provisionales, en lugar de señalarlo como un poder o una facultad, como lo establece el artículo 41 del Estatuto. Esto, hace necesario precisar la diferencia entre una facultad y un derecho.

De acuerdo con Rolando Tamayo y Salmorán una facultad suele confundirse con un derecho subjetivo y la diferencia estriba en que la facultad se trata de producir actos jurídicos válidos que produzcan los efectos que pretendan; señala también que el ejercicio de una facultad puede ser un hecho obligatorio y como ejemplo, además aplicable a nuestro caso, menciona la facultad de un juez para pronunciar sentencias; así mismo señala que la facultad jurídica presupone investidura por lo que si se realiza el acto sin ella el mismo será nulo, es decir no producirá los efectos jurídicos deseados.¹⁹⁰

El artículo en comento, menciona también que las medidas provisionales se dictarán si la Corte estima que las “circunstancias así lo exigen”. Se ha considerado que con esa frase la Corte se refiere a el perjuicio irreparable y la urgencia, elementos considerados, generalmente en conjunto por ella, al realizar el análisis de las particularidades de cada caso.¹⁹¹

La competencia de la Corte Internacional de Justicia para otorgar medidas

Britain and Northern Ireland v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p.16, para. 21. [Traducción propia: “Considerando que la facultad de la Corte de otorgar medidas provisionales contemplada en el artículo 41 del Estatuto tiene por objeto preservar los derechos de las Partes hasta en tanto la Corte emite su decisión y presupone que no se cause un perjuicio irreparable a los derechos que son objeto de una controversia dentro de un procedimiento judicial y que la sentencia de la Corte no debe anticiparse por ninguna iniciativa relacionada con las medidas en cuestión”.]

¹⁹⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando, “Facultad”, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, Serie E: Varios, Núm 93 bis, Tomo II D-H, p. 1650

¹⁹¹ Kempen, Bernhard and He, Zan, “The Practice of the International Court of Justice on Provisional Measures: The Recent Development”, *Heidelberg Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2009, volume 69, issue 4, p. 919

provisionales deriva del propio artículo 41 del Estatuto.

Hugh Thirlway¹⁹² señala que existen dos tipos de competencia: la competencia que tiene la Corte para emitir una decisión sobre el caso y la competencia para otorgar medidas provisionales que se desprende del mismo artículo 41 del Estatuto, los cuales se distinguen entre sí, en razón del consentimiento que debe existir para que la Corte pueda realizar el pronunciamiento que corresponda; así, su competencia para decidir sobre un caso, se refiere al consentimiento al Estatuto (“*Statut-Zustimmung*”), mientras que su competencia para otorgar medidas provisionales, alude al consentimiento al caso (“*Fall-Zustimmung*”). Entre ellas, señala no existe ningún vínculo directo o dependencia, pues la competencia de la Corte para otorgar medidas provisionales deriva directamente del artículo 41 del Estatuto y existe independientemente de la que le corresponde para conocer del fondo del asunto.¹⁹³

En razón de lo anterior, considera que es innecesario probar la existencia de competencia sobre el fondo del asunto como una condición previa y necesaria para el otorgamiento de las medidas, pues esa competencia deriva

¹⁹² Thirlway, H. W. A., “The Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice”, en Bernhardt, Rudolf, (ed.), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Berlin, Heidelberg, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Springer-Verlag, 1994, p. 18.

¹⁹³ En el mismo sentido, Dumbauld señala que “Jurisdiction to grant protection *pendente lite* is not dependent upon jurisdiction in the principal action. From this it follows that interim measures may be granted before a plea to the jurisdiction is disposed of; and that one court may provide a remedy *pendente lite* in aid of an action of which another court has cognisance” en Rosenne, Shabtai, “*Provisional Measures and Prima Facie Jurisdiction Revisted*”, in Ando, Nisuke, *et al.*, (eds.), *Liber Amicorum Judge Shingeru Oda*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 516, vol. 2. [Traducción propia: “La competencia para otorgar protección en un litigio pendiente no depende de la competencia sobre la acción principal. A partir de esto se desprende que las medidas provisionales pueden ser otorgadas antes de que se deseche un alegato de incompetencia; y que una corte puede ofrecer un remedio *pendente lite* sobre una acción de que la que otra corte hubiera conocido”.]

directamente del Estatuto y comprende la relativa a otorgar medidas provisionales, interpretar una sentencia y emitir una opinión consultiva, por lo que no se encuentra expuesta a objeciones que demuestren que dicha competencia sobre el fondo no existe o no abarca al caso.¹⁹⁴

Desde luego, para que exista la posibilidad de otorgar medidas provisionales, se requiere que exista una controversia ante la Corte y que esta determine la existencia de competencia *prima facie* sobre el fondo del asunto.

Al respecto, el Juez Shahabuddeen señaló en su opinión disidente en el caso *Passage through the Great Belt* que al realizar el análisis sobre la competencia *prima facie* sobre el fondo del asunto, no se cuestiona sobre la facultad de la Corte para otorgar medidas provisionales, sino sobre si el caso requiere que la Corte ejerza su facultad.¹⁹⁵

Podemos señalar por tanto, que al preverse en el Estatuto, de manera expresa, la facultad de la Corte para otorgar medidas provisionales existe aún cuando no se haya presentado una solicitud específica ante ella. Sin embargo,

¹⁹⁴“The jurisdiction to indicate provisional measures derives directly from Article 41 of the Statute and exists independently of jurisdiction over the merits, in the sense that it is not necessary to prove the existence of merits jurisdiction as a precondition to the indication of measures”. Thirlway, H. W. A., *op. cit.*, nota 191, pp. 18-19. [Traducción propia: “La competencia para indicar medidas provisionales deriva directamente del artículo 41 del Estatuto y existe independientemente de la competencia sobre el fondo, en el sentido de que no es necesario comprobar la existencia de competencia sobre el fondo como una precondition para indicar las medidas”.]

¹⁹⁵ “This being so, in considering whether it has prima facie jurisdiction over the merits, the Court is not considering whether it has power to indicate interim measures (for this rests on another basis), but is rather considering whether the case is a fit and proper one for exercising that power.” *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, p. 30. [Traducción propia: “En este sentido, al considerar si tiene competencia *prima facie* sobre el fondo del asunto, la Corte no considera si tiene competencia para otorgar medidas provisionales (pues esto tiene un fundamento distinto), sino que considera si el caso es el idóneo para que pueda ejercer esa facultad”.]

no puede considerarse que esta facultad se encuentra por encima de la competencia que requiere la Corte para poder pronunciarse sobre el fondo de un caso o asunto, pues para otorgar medidas provisionales, primero debe ser competente para resolver el fondo y sólo así podrá otorgar las medidas provisionales en el caso específico sometido a su consideración.

Por tanto, el otorgamiento de medidas provisionales, se encuentra condicionado a que la Corte sea competente para resolver de fondo el caso concreto y no solo eso, sino que además será necesario que invariablemente analice si le es posible ejercer tal facultad y que para su otorgamiento se cumple con los requisitos necesarios, en virtud de que, como veremos más adelante, si los mismos no se satisfacen, puede darse el caso de que en lugar de otorgarlas para con posterioridad solucionar de fondo la controversia, ese otorgamiento la haga más grande o acarree mayores daños y perjuicios a alguna o a todas las Partes.

En relación con este tema, es importante señalar que las Salas que se pueden constituir por la Corte Internacional de Justicia, conforme a los artículos 26 y 29 de su Estatuto, también tienen la facultad de otorgar medidas provisionales.

Burkina Faso y Mali, celebraron un acuerdo especial en el que establecieron su decisión de someter la controversia existente entre ellos ante una Sala de la Corte Internacional de Justicia.¹⁹⁶ La Sala, formada por 5 jueces para el conocimiento y análisis del caso, fue constituida mediante la providencia de 3 de abril de 1985.¹⁹⁷

En relación con las medidas provisionales esa Sala, señaló que también tiene la facultad y el deber de otorgarlas, más aún, cuando ambos Estados recurrieron a ella conjuntamente. Al conocimiento de que continuaban los incidentes o problemas entre las Partes y que esto podía extender o agravar la

¹⁹⁶ Article I, Accord entre le Gouvernement de la République du Mali et le Gouvernement de la République de Haute-Volta, 16 septembre 1983.

¹⁹⁷*Frontier Dispute*, Constitution of Chamber, Order of 3 April 1985, I. C. J. Reports 1985, p. 7.

controversia, la Sala consideró que estaba comprometida a otorgar medidas provisionales para que cesaran dichos incidentes.¹⁹⁸

El artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, hace referencia a las medidas provisionales, en su capítulo denominado “Procedimiento”, estableciéndose su forma de regulación en el Reglamento de dicha Corte, concretamente en la Sección D “Procedimientos Incidentales”, subsección I “Protección Cautelar”.

De acuerdo con Oellers-Frahm, los procedimientos incidentales constituyen fases separadas de un caso, que ese sentido se rigen por reglas especiales y que el procedimiento terminan con una decisión independiente al caso

Según lo previsto en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, el procedimiento para otorgar medidas provisionales inicia con la solicitud que de dichas medidas pueden presentar las partes ante la Corte, de manera escrita, en cualquier momento del procedimiento (artículo 73, numeral 1). Cabe señalar que dicha cuestión se regulaba en el artículo 66, numeral 1 del Reglamento anterior al cual hizo referencia la Corte en 1973 en el caso *Pakistani Prisoners of War*.¹⁹⁹

Shabtai Rosenne considera que el momento oportuno para solicitar medidas provisionales se presenta cuando un documento válido mediante el que se establece el procedimiento se inscribe en el Registro y el caso se inscribe en el Registro General.²⁰⁰

Usualmente, la solicitud de medidas provisionales se presenta en el mismo documento mediante el que se pretende el establecimiento del

¹⁹⁸*Frontier Dispute*, Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I. C. J. Reports 1986, p. 9, para. 19

¹⁹⁹*Trial of Pakistani Prisoners of War*, Interim Protection, Order of 13 July 1973, I. C. J. Reports 1973, p. 330, para. 15

²⁰⁰Rosenne, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court*, op. cit., nota 152, p. 1393.

procedimiento, o bien en documento separado que se entrega poco tiempo después.

El autor anteriormente citado, agrega que también es posible que la solicitud de medidas provisionales se presente mientras el procedimiento principal se encuentra suspendido después de haberse interpuesto las objeciones preliminares, con la condición de que los derechos cuya preservación se busca hayan sido claramente establecidos ante la Corte y antes de que el procedimiento se suspendiera.

Al respecto, menciona el caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* sobre el que señala que, la Corte determinó que a pesar de las objeciones preliminares la competencia de la Corte se había establecido *prima facie* y la solicitud presentada no le pareció *prima facie* inadmisibles a la luz de las objeciones preliminares presentadas. También refiere el caso *Administration of the Prince von Pless* ante la Corte Permanente de Justicia Internacional en el que la solicitud de medidas provisionales fue presentada después de que se presentaron las objeciones preliminares al caso.²⁰¹

Por su parte, Oellers-Frahm señala que el periodo durante el que es posible solicitar medidas provisionales inicia una vez que se ha instituido válidamente el procedimiento, por lo que al someter a la Corte un caso mediante la regla *forum prorogatum*, en tanto se espera que una de las Partes otorgue su consentimiento a la jurisdicción de la Corte, no se considera que ha iniciado el procedimiento. Esto, porque el artículo 38, numeral 5 del Reglamento de la Corte señala que, cuando es necesario el consentimiento del Estado en contra del que se ha realizado la solicitud, no se agregará a la lista general ni se realizará ninguna acción en los procedimientos, sino hasta que el Estado manifieste su consentimiento.²⁰²

²⁰¹*Ibidem*, p. 1394

²⁰² Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 944. En el mismo sentido, Rosenne señala que la solicitud de medidas provisionales también puede acompañarse de una invitación a aceptar la competencia de la Corte de acuerdo a lo que establece el artículo 36, numeral 5 del Reglamento

Lo anterior, afirma, sucedió en el caso *Certain Criminal Proceedings in France* en el que el Congo se basó en el principio *forum prorogatum*, pero que no se realizaron acciones sino hasta que Francia, como parte demandada, manifestó su consentimiento sobre la jurisdicción de la Corte.²⁰³

En el mismo sentido, en el caso *Arbitral Award* la Corte estimó que las declaraciones que las partes hicieron de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 36, numeral 2 del proporcionan la base para la competencia *prima facie* de la Corte.²⁰⁴

La solicitud de medidas provisionales, debe expresar las razones por las que se solicitan y las consecuencias que se provocarían en caso de que no fueran otorgadas; así como las medidas que se solicitan, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 73 que también señala que el Secretario de la Corte transmitirá una copia certificada de la solicitud a la otra Parte.

Cabe mencionar que el actual artículo 73 del Reglamento de la Corte sustituyó al diverso 66 del Reglamento de 1972 y al artículo 61 del de 1946.

Aunque el contenido del artículo primeramente citado, se encuentra

de la Corte (sin embargo en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia el artículo que se refiere al *forum prorogatum* es el 38, numeral 5), pero la Corte no realizara ninguna acción al respecto, a menos de que el demandado y hasta entonces manifieste su consentimiento a la competencia de la Corte. Al respecto, agrega que en caso de que sea necesario que el demandado realice alguna acción para que se perfeccione la competencia de la Corte, hasta que no se realice tal acción no se podrá establecer el procedimiento y por tanto tampoco existirá competencia para otorgar medidas provisionales. Por otro lado, si el solicitante convence a la Corte de que existe competencia *prima facie* se considera que la Corte tiene competencia para otorgar las medidas aunque se dicha competencia se controvierta. Rosenne, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court*, *op. cit.*, nota 152, p. 1393

²⁰³*Certain Criminal Proceedings in France* (Republic of the Congo v. France), *Provisional Measure, Order of 17 June 2003*, I. C. J. Reports 2003, p. 108, para. 29.

²⁰⁴*Arbitral Award of 31 July 1989*, *Provisional Measures, Order of 2 March 1990*, I. C. J. Reports 1990, p. 69, para 22.

relacionado con el del diverso 38 numerales 2 y 5 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia referentes a *forum prorogatum*, con la modificación de éste último, el significado de aquél puede considerarse diferente, a pesar de que su contenido no cambió. Esto porque de acuerdo con su redacción actual, debe entenderse que para que la Corte pueda ser competente para otorgar medidas provisionales, el caso debe encontrarse en el Registro General.

Además, en el citado artículo 73 del Reglamento ya no se prevé que se deban especificar los derechos a proteger, como sucedía anteriormente, pues ahora deben precisarse las consecuencias que la falta de medidas provisionales acarrearía. Con este cambio el texto del precepto concuerda con el Estatuto, que señala que la Corte otorga medidas provisionales cuando “[...]considera que las circunstancias así lo exigen[...]”.²⁰⁵

El artículo 74 del Reglamento establece que las solicitudes de medidas provisionales tienen prioridad sobre los demás casos; esto, en virtud de su urgencia e importancia.

Por lo tanto, en caso de que la Corte no se encuentre reunida cuando se presenta la solicitud, es convocada de inmediato para reunirse y emitir una decisión al respecto.

El artículo 54, numeral 1 del Reglamento establece que la Corte debe tomar en cuenta la prioridad a que se refiere el artículo 74, tratándose de las solicitudes de medidas provisionales, para establecer o posponer la fecha de alguna audiencia para atender lo relativo a las mismas.

De ello se concluye, que las audiencias a celebrarse en el procedimiento sobre medidas provisionales tienen preferencia sobre las de los demás casos así como sobre procedimientos consultivos. Cualquiera de ellos podrían suspenderse para llevar a cabo las primeras.

Una vez que la Corte se encuentra reunida, señala una fecha para que se lleve a cabo una audiencia en la que las partes exponen sus observaciones

²⁰⁵ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 150, p. 151.

sobre el tema que la Corte debe recibir y considerar.

El Presidente de la Corte puede señalar la fecha para la audiencia si esta no se encontrara reunida y puede también solicitar a las Partes determinados comportamientos que permitan que la orden que se emita sobre medidas provisionales, surta los efectos correspondientes, en tanto se reúne.

La solicitud presentada por alguna de las Partes, no es la única forma en la que la Corte puede iniciar el procedimiento para otorgar medidas provisionales, pues ella puede otorgarlas *motu proprio*, de acuerdo con el artículo 75 del Reglamento. Esto significa que la Corte Internacional de Justicia puede decidir examinar de oficio si las circunstancias requieren que se otorguen medidas provisionales, mismas que cualquiera o todas las partes deben cumplir.²⁰⁶

En relación con el otorgamiento de oficio de dichas medidas por la Corte Internacional, Oellers-Frahm señala que al inicio se presentaron problemas para considerar que ello era posible, pues podía presentarse como una incompatibilidad con el principio de *non ultra petita*,²⁰⁷ incompatibilidad que posteriormente, el autor señala se justificaría en razón de que la Corte utiliza esta facultad en muy raras ocasiones y con cuestiones como la posibilidad de

²⁰⁶ A diferencia de esto, el Tribunal del Derecho del Mar no puede otorgar medidas provisionales de oficio, pues el artículo 290, numeral 3, señala que ellas sólo podrán ser decretadas, modificadas o revocadas a petición de una de las partes en la controversia. Sin embargo, el artículo 89, numeral 5, del Reglamento sí prevé que este Tribunal puede otorgar medidas provisionales que sean parcial o completamente distintas a las solicitadas así como señalar las partes que se encuentren obligadas a cumplir cada medida. El artículo 25 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que la Corte puede otorgar medidas provisionales *ex officio* o a petición de la Comisión en casos de extrema urgencia y gravedad así como para prevenir daños irreparables a las personas. El Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos también señala, en el artículo 39, que puede otorgar de oficio medidas de protección.

²⁰⁷ Este principio se refiere a que la Corte no puede resolver sobre cuestiones más allá de las que le han sido solicitadas por las Partes.

escuchar a las Partes.

De acuerdo con Oellers-Frahm, el Reglamento de 1978 resolvió los problemas procesales que se presentaron sobre esa modalidad de medidas provisionales al señalar que la regla sobre el derecho de audiencia establecida por el artículo 74, numeral 3 del Reglamento aplica solamente a las solicitudes que de esas medidas presentan las Partes, mas no a aquellas que la Corte otorga *propio motu*, pues no existe una referencia sobre tales requisitos en relación con éstas últimas.²⁰⁸

Shabtai Rosenne señala, por su parte, que la posibilidad de la Corte de otorgar medidas provisionales de oficio, excluye la regla *non ultra petita* de este tipo de procedimiento incidental.²⁰⁹ Esto conforme al numeral 2 del artículo 73 del Reglamento.²¹⁰

En nuestra opinión, es inadecuada tal aseveración pues si bien los artículos 73 y 74 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia se refieren expresamente a las solicitudes de medidas provisionales que las partes pueden presentar a la Corte y además, señalan la forma en que deben presentarse, así como el procedimiento a seguir una vez que se han presentado, tales disposiciones no deben entenderse limitadas a las solicitudes a las se refieren de manera expresa, sino que también son aplicables al ejercicio por parte de la Corte, de su facultad prevista en el artículo 75, numeral 1, consistente en otorgar medidas provisionales de oficio.

²⁰⁸ Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 945. En sentido similar Shabtai Rosenne señala que con el otorgamiento *propio motu* de medida provisionales por la Corte Internacional de Justicia queda excluida la regla *nonultra petita* para todas las cuestiones relacionadas con protección provisional, en lo que se refiere a la jurisdicción de la Corte para otorgar mediadas provisiones y en la medida en que es una regla de procedimiento. Rosenne, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court*, *op. cit.*, nota 152, p. 1411

²⁰⁹ Rosenne, Shabtai, *The International Court of Justice: an Essay in Political and Legal Theory*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1957, p. 329.

²¹⁰ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 150, p. 154.

Si bien dicho artículo no contiene un procedimiento específico, como lo hacen los artículos anteriores, es necesario considerar que los mismos son aplicables en lo conducente tratándose del ejercicio de esa facultad, pues en todo caso, lo que sucede es que se está en presencia de dos modalidades, con base en las cuales la Corte puede iniciar el procedimiento para otorgar medidas provisionales y que por lo mismo no se requiere de un procedimiento distinto, ya que al tratarse del mismo tema, la Corte debe ser respetuosa de igual manera y en igualdad de condiciones de los derechos de las partes, esto es, del derecho de audiencia, en ambos casos.

De igual forma, es necesario notificar a la contraparte cuestiones previstas en los artículos 73 y 74; además, no puede soslayarse que el artículo 75, numeral 3, también se refiere a la posibilidad de presentar una nueva solicitud de medidas provisionales, cuando la anterior se ha rechazado, sin que al respecto se señale el procedimiento a seguir por lo que no sería adecuado considerar que tampoco son aplicables los artículos 73 y 74 a estas nuevas solicitudes.

Las medidas provisionales que la Corte otorgue pueden ser aquellas que le fueron solicitadas, pero también pueden ser otras que sean parcial o completamente distintas; así mismo puede señalar que los obligados a realizar lo establecido por las medidas provisionales sean las partes, solamente una de ellas e incluso, puede otorgarlas respecto de la parte que las solicitó.

En el caso *South-Eastern Greenland* la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que puede otorgar medidas provisionales solicitadas por una o por ambas partes o bien otorgarlas *motu proprio*, sin embargo también sostuvo, que en ese caso, debía primero examinar la solicitud de medidas provisionales presentada por Noruega y posteriormente, determinar si era necesario que las medidas provisionales se otorgaran *motu proprio*.²¹¹

²¹¹*Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland*, Order of August 3rd, 1932, P. C. I. J. Series A/B, No. 48, 1932, p. 284. [Traducción propia: "(...) las circunstancias, tal como ahora se —
El Otorgamiento de Medidas Cautelares por la Corte Internacional de Justicia | 117

Posteriormente, señaló que en cuanto al otorgamiento de medidas provisionales *motu proprio* la Corte debe considerar primero si existe causa para proceder a ello. En dicho caso se concluyó que en ese momento no era necesario que se otorgaran.²¹² No obstante, se reservó el derecho de otorgarlas medidas provisionales posteriormente, si surgían condiciones que las requirieran.²¹³

La Corte puede rechazar la solicitud de medidas provisionales que le fue presentada por diversos motivos, sin que esto impida que las partes puedan volver a solicitarlas, pero siempre que la solicitud nueva se funde en hechos nuevos.

La Corte Internacional de Justicia ha considerado que podrían indicarse medidas provisionales si las circunstancias del caso cambiaran. Esto en el caso *Arrest Warrant of 11 April 2000*, en el que al otorgar las medidas provisionales encontró que “[...] *the circumstances, as they now present themselves to the Court, are not such as to require the exercise of its power under Article 41 of the Statute to indicate provisional measures*”²¹⁴

De acuerdo con Oellers-Frahm, las partes raramente solían presentar una nueva solicitud de medidas provisionales y que cuando lo hacían, el objetivo era que se otorgaran medidas provisionales adicionales.²¹⁵

Lo anterior se puede observar en el caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* en el que la Corte señaló que la solicitud de medidas provisionales adicionales a las ya otorgadas

presentan ante la Corte, no requieren que ejerza de su facultad de otorgar medidas provisionales conforme al artículo 41 del Estatuto”.]

²¹²*Ibidem*, p. 287 - 288.

²¹³*Ibidem*, p. 289.

²¹⁴*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Provisional Measures, Order of 8 December 2000, I. C. J. Reports 2000, p. 202, para. 78 (2)

²¹⁵ Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 945

por la Corte, debía basarse en hechos nuevos, pues aplica el mismo principio que para las solicitudes que se presentan después de que la Corte rechaza alguna, como lo señala el artículo 75, numeral 3.²¹⁶

En la providencia de medidas provisionales para el caso antes mencionado, la Corte señaló que corresponde al solicitante; en este caso, Bosnia Herzegovina, demostrar la necesidad de otorgar las medidas provisionales adicionales para proteger los derechos derivados de la Convención sobre el Genocidio.²¹⁷

En sentido similar en el caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* el gobierno de Nicaragua comunicó a la Corte sobre el incumplimiento de Estados Unidos de América a la orden de medidas provisionales que había emitido en razón de que continuó patrocinando y realizando actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. Por esto, señaló que solicitaba medidas provisionales adicionales. El Presidente de la Corte contestó mediante una carta de fecha 16 de julio de 1984 que tal solicitud debía esperar el resultado de los procedimientos sobre la competencia de la

²¹⁶“[...] any fresh request must, according to Article 75, paragraph 3, of the Rules of Court, be ‘based on new facts’; whereas the same applies when additional provisional measures are requested;[...]” *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C. J. Reports 1993, p. 337, para. 22. [Traducción propia: “(...) cualquier solicitud nueva debe, de acuerdo con el párrafo 3 del artículo 75 del Reglamento de la Corte, ‘basarse en hechos nuevos’; considerando que lo mismo debe aplicarse cuando se soliciten medidas provisionales adicionales; (...)”] Las medidas provisionales adicionales no fueron otorgadas, pues en su lugar la Corte declaró que la situación no las requería, sino que se requería la inmediata y efectiva implementación de las medidas otorgadas anteriormente, por ello la Corte reafirma diversas medidas y orden su efectiva e inmediata implementación. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C. J. Reports 1993, p. 349, paras. 59 and 61.

²¹⁷*Ibidem*, p. 344, para. 39.

Corte que en ese momento se estaban llevando a cabo.²¹⁸

Ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, Bélgica retiró la solicitud que al respecto había presentado, para el caso *Electricity Company of Sofia*; sin embargo, después de la fase de objeciones preliminares presentó una nueva solicitud derivada de la que se le otorgaron medidas provisionales.

Es posible que la Corte Internacional de Justicia otorgue medidas provisionales aún cuando una de las Partes no comparezca al juicio, como lo señaló en el caso *Fisheries Jurisdiction*, en el que de acuerdo con su jurisprudencia y la de la Corte Permanente de Justicia Internacional, sostuvo que no es obstáculo la no comparecencia de alguna de las partes para el otorgamiento de medidas provisionales, en razón de que han tenido la oportunidad de presentar sus observaciones en relación con el tema.²¹⁹

El artículo 53 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone que cuando una de las Partes no comparezca o bien, se abstenga de defender su caso, la otra parte puede solicitar a la Corte que decida a su favor.

Oeller-Frahms sostiene, que cuando una de las partes no comparece al procedimiento relativo al otorgamiento de las medidas provisionales, no es aplicable el artículo 53 del Reglamento, conforme al cual es necesario que la Corte establezca su jurisdicción plenamente y que la demanda esté fundada en hechos y derecho, porque su contenido no puede considerarse compatible con las medidas provisionales, pues en tal caso debe prevalecer la urgencia y permitir que la Corte las otorgue basando su jurisdicción solamente en principio, *prima facie*.²²⁰

La decisión que la Corte emite sobre las medidas provisionales tiene la

²¹⁸*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1986, p. 144, para. 287.

²¹⁹*Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 33, para. 11.

²²⁰ Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 948

naturaleza de una orden. Esto se sustenta en el artículo 48 de su Estatuto en el que se señala que puede emitir las órdenes o providencias que sean necesarias para el curso del proceso.

La Corte Permanente de Justicia Internacional señaló en su reporte de 1932 a 1933 que, tanto en el caso *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland* de 1932 como en casos anteriores las decisiones respecto a medidas provisionales se han dado en forma de órdenes o como lo señala el artículo citado del Estatuto, de providencias.

De acuerdo con lo señalado por la Corte, la razón por la que se emite una orden o providencia en lugar de una sentencia es la naturaleza provisional de las medidas; pues las sentencias se dictan respecto a cuestiones definitivas por lo que pondrían fin a la solicitud preliminar, mientras que mediante la orden subsiste hasta que se decide sobre el fondo del asunto. Además, la Corte no puede emitir una sentencia sobre las medidas provisionales que dicte *propio motu*.²²¹

La Corte Internacional de Justicia, desde el primer caso en el que le fue solicitado el otorgamiento de medidas provisionales, *Anglo-Iranian Oil Co.*, señaló en la providencia sobre medidas provisionales, que estas se otorgaban en la espera de la decisión final de la Corte. Esto fue recordado en la sentencia final en la que también señaló que las medidas provisionales que habían sido otorgadas dejan de aplicarse y prescribían al emitirse la sentencia.²²²

También en el caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* la Corte señaló que las medidas provisionales continuaban vigentes hasta la emisión de la decisión final.

²²¹*Digest of Decisions taken by the Court*, Ninth Annual Report of the Permanent Court of International Justice, Series E. No. 9, June 15th, 1932 – June 15th, 1933, p. 171

²²²*Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran)*, Order of July 5th, 1951, I. C. J. Reports 1951, p. 93 and *Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction)*, Judgment of July 22nd, 1952: I. C. J. Reports 1952, p. 114

Al respecto, Rosenne señala que la providencia de medidas provisionales continúa vigente hasta que la Corte emita una decisión final sobre el fondo del asunto, a menos que la propia Corte especifique otra cosa. En relación con esto, el autor refiere que en los casos *Fisheries Jurisdiction* las providencias sobre medidas provisionales eran válidas para un periodo de tiempo determinado después del que se emitieron nuevas providencias que regirían a las partes hasta la emisión de la sentencia sobre el fondo.²²³

De lo anterior puede concluirse, que tratándose de las medidas provisionales que puede otorgar la Corte Internacional de Justicia, no debe entenderse que se ha anticipado la emisión de la sentencia o que puede hacerlo.

Es posible que las medidas provisionales solicitadas y las que la Corte otorgue, sean confirmadas al emitir la decisión final;²²⁴ sin embargo, puede también suceder que las medidas provisionales sean revocadas.

En caso de que se confirmen y la sentencia final recoja rasgos importantes de la orden de medidas provisionales, no puede entenderse que esta prejuzgue sobre el fondo del asunto. Esto porque dichas medidas son de prevención y deben considerarse también como de conservación, en tanto que buscan preservar el estado de cosas para evitar posibles daños irreparables; es decir, no son medidas de anticipación que se adelantan al análisis de fondo que la Corte habrá de realizar.

La posibilidad de que en la sentencia la Corte adopte las mismas consideraciones y resuelva en el mismo sentido que en la orden de medidas provisionales debe considerarse como derivada de un análisis posterior que realizó a profundidad, con base en cuyo resultado decidió que lo señalado en la orden de medidas provisionales aún es aplicable al caso.

²²³Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1397

²²⁴ Hay diversos casos en los que las medidas provisionales han coincidido, ya sea parcial o totalmente, con la decisión final. Entre ellos se encuentran: *Nuclear Test cases*, *Tehran Hostages case*, *Genocide case (Bosnia)*, *the Breard case*, *the LaGrand case*, *the Avena case*.

No obstante ello, la resolución final de la Corte Internacional de ninguna manera se encuentra condicionada a lo establecido en la orden de medidas provisionales.

En el caso *Chorzów Factory*, resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional se señaló que Polonia había violado la Convención de Ginebra entre Alemania y Polonia de 1922 sobre la región de Alta Silesia, derivado de la expropiación de la fábrica Chorzów. Esto motivó que el gobierno alemán reclamara posteriormente una compensación por la expropiación; Polonia sostuvo que la Corte Permanente no tenía competencia para conocer de tal asunto porque las controversias sobre reparaciones no se comprendían en la Convención de Ginebra. La Corte señaló que el incumplimiento involucra la obligación de reparar el daño de manera adecuada y agregó que la reparación es un complemento indispensable derivado de la falta de aplicación o violación de la convención y que no es necesario que ello se establezca en la Convención y por ello las diferencias sobre ello son diferencias que se relacionan con la aplicación de la Convención.²²⁵

Derivado de eso, Alemania solicitó que la Corte Permanente señalara una suma que debía pagarle Polonia como una medida provisional, hecho que señaló ya se había determinado faltando únicamente establecer los límites de la cantidad, en tanto que se resolviera sobre el fondo del asunto, sobre lo que Alemania también señaló que en caso de que en dicho momento la cantidad

²²⁵*"It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself. Differences relating to reparation, which may be due by reason of failure to apply a convention, are consequently differences relating to its application."* *The Factory at Chorzów, (claim for indemnity), (jurisdiction), July 6th, 1927, P. C. I. J. Series A, No. 9, 1927, p. 21.* [Es un principio de derecho internacional que el incumplimiento de un compromiso trae consigo la obligación de dar una reparación adecuada. Por lo tanto, la reparación es un complemento indispensable ante la falta de aplicación de un Convenio y no hay necesidad de que ello se estipule en el Convenio mismo. Las diferencias que se susciten en relación con la reparación, que se deba en virtud de la falta de aplicación de un convenio, son consecuentemente diferencias relacionadas con su aplicación".]

señalada resultara menor que aquella determinada como medida provisional, se comprometía a reembolsar la diferencia. Sin embargo, en relación con el tema analizado en este momento, la Corte Permanente de Justicia Internacional determinó negar el otorgamiento de medidas provisionales pues no podía considerar la petición alemana como una relacionada con el otorgamiento de medidas de provisionales sino que la considero diseñada para obtener una sentencia provisional.²²⁶

Shabtai Rosenne señala también que en el caso *Anglo-Iranian Oil Co.* se estableció la separación entre la competencia para otorgar medidas provisionales y aquella en relación con el fondo del asunto, cuya consecuencia es que siguen vigentes mientras el caso se encuentre ante la Corte, mismo en el que otorgó dichas medidas; sin embargo, posteriormente, no se consideró competente para decidir sobre el fondo del asunto, lo que dice Rosenne, ha causado preocupaciones.²²⁷

En la orden que la Corte emite, se incluyen las medidas provisionales que decide otorgar.

Hemos señalado que las medidas provisionales, son materia de la solicitud específica que al respecto se formula; sin embargo, debe tomarse en consideración que, el artículo 75 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia establece que esta puede otorgar las medidas solicitadas o decidir el otorgamiento de otras completa o parcialmente diferentes a estas.

En el caso *The Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, el gobierno belga solicitó que la Corte Permanente de Justicia Internacional, como medida provisional, indicara que se suspendieran nuevos procedimientos en cortes

²²⁶*The Factory at Chorzów, (indemnities), Order made on November 21st, 1927, Series A, No. 12, 1927, p. 10*

²²⁷Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1397-1398

búlgaras hasta que emitiera una sentencia.²²⁸

Sin embargo, al decidir sobre las medidas provisionales, la Corte optó por señalar que Bulgaria debía asegurar que no se realizarían acciones que pudieran perjudicar los derechos reclamados por Bélgica o que pudieran agravar o extender la controversia.²²⁹ Esto pone de manifiesto que los pronunciamientos en materia de medidas provisionales, no necesariamente deben ser acordes con lo solicitado.

En el caso *Denunciation of the treaty of November 2nd, 1865, between China and Belgium*, el gobierno belga solicitó medidas provisionales que incluían que en materia aduanera, en caso de que el gobierno chino aplicara a mercancía importada de Bélgica tarifas diferentes a las establecidas en el Tratado o a aquellas acordadas en la modificación del mismo, restituyera las cantidades pagadas de manera indebida.²³⁰

La Corte solamente otorgó medidas provisionales relativas a la protección de nacionales belgas, respecto de propiedad y transporte y sobre garantías judiciales; no sobre lo solicitado.²³¹

En el caso *Anglo-iranian Oil Co.* la Corte Internacional de Justicia otorgó medidas similares a las solicitadas por el Reino Unido respecto a que se garantizara la continuación en los trabajos de la compañía, pero no incluyó la que también le solicitó, relativa a que Irán detuviera la propaganda destinada a

²²⁸*The Electricity Company of Sofia and Bulgaria, (Interim Measures of Protection)*, P. C. I. J. Series A / B, No. 79, p. 196

²²⁹*Ibidem*, p.199

²³⁰*Affaire relative a la Dénonciation du Traité Sino-Belge du 2 novembre 1865*, Cour Permanente de Justice Internationale, Série C, No. 16-1, Section A Documents Transmis par le Gouvernement Belge, *Mémoire du Gouvernement Belge*, Bruxelles, le 3 janvier 1927, p. 23

²³¹*Denunciation of the Treaty of November 2nd. 1865, between China and Belgium, Order made on January 8th, 1927*, P. C. I. J. Series A, No. 8, 1927, pp. 7-8.

exacerbar la opinión en su contra y en contra de la Compañía.²³²

También ha otorgado medidas provisionales diferentes a las solicitadas, con lo que ha limitado su ámbito de aplicación.

Así se advierte del caso *Fisheries Jurisdiction*, en el que Alemania le solicitó medidas provisionales a cargo de Islandia y de ella misma, a fin de que señalara que la primera, debía asegurar que las embarcaciones registradas en Alemania no sobrepasaran el límite de 120,000 toneladas de pescado durante un año como se estableció por el Consejo Internacional para la Exploración del Mar; sin embargo, la Corte estimó conveniente limitar la cantidad a 119,000 toneladas al tomar en cuenta que en 1970 las embarcaciones alemanas atraparon 111,000 toneladas en total y en 1971, 123,000, mientras que la cantidad de 120,000 toneladas referida por Alemania en su solicitud, se basó en el promedio de las anualmente atrapadas, entre 1960 y 1969.²³³

En sentido similar en el caso *Nuclear Tests*, la Corte señaló como medida provisional que Francia debía evitar realizar pruebas nucleares que ocasionaran el depósito de material radioactivo, solamente en territorio australiano. En cambio, Australia había solicitado que Francia se abstuviera de realizar cualquier prueba nuclear sin limitarse a las que afectaran su territorio.²³⁴

De acuerdo con Oellers-Frahm, tratándose de conflictos armados, la Corte generalmente otorga medidas provisionales adicionales a las solicitadas, en el sentido de que se pida la contención general en tanto se resuelve sobre

²³²*Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran), Request for the Indication of Interim Measures of Protection*, I. C. J. Reports 1951, pp. 91, 93-94.

²³³*Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 31, para 1, p. 34, para. 26.

²³⁴*Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973*, I. C. J. Reports 1973, p. 100, para. 1, p. 106

el fondo del asunto.²³⁵

En relación con lo anterior, alude al caso sobre personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, en el que las medidas otorgadas por la Corte, aunque son más generales que las solicitadas por Estados Unidos, pueden considerarse como específicas, al referirse a las instalaciones y su restitución a las autoridades de los Estados Unidos, así como a la liberación y protección de sus nacionales que hubieran sido retenidos como rehenes en su Embajada o en el Ministerio de Asuntos Exteriores de Irán, en Teherán o en cualquier otro lugar.²³⁶

La última de las medidas provisionales, que podemos considerar como la más general y que es quizá a la que se refiere Oellers-Frahm, es aquella conforme a la cual, ambas partes deben abstenerse de realizar acciones que agraven la tensión entre ellas o que hagan más difícil la solución del conflicto.²³⁷ Esta fórmula ya había sido utilizada anteriormente por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *The Electricity Company of Sofia and Bulgaria* y por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Anglo-iranian Oil Co.*

Oellers-Frahm también menciona el caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, en el que la Corte otorgó medidas provisionales a fin de que las Partes previnieran la comisión del delito de genocidio, aseguraran que sus unidades militares, paramilitares o armadas así como cualquier otra organización o personas bajo su control no cometerían actos de genocidio, ni conspirarían para cometerlo o incitaran a su comisión o a conspiraciones para cometerlo; posteriormente, agregó la que señala que las partes debían abstenerse de realizar acciones que agravaran o

²³⁵Oellers-Frahms, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 930.

²³⁶*Idem.*

²³⁷*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, (United States of America v. Iran), Order of 15 December 1979, I. C. J. Reports 1979, p. 21 para 47.

extendieran la controversia.²³⁸

El caso *Land and Maritime Boundary*, al que también se refiere Oellers-Frahm, es uno en el que se han otorgado medidas provisionales que podemos considerar, son más generales que las otorgadas en los casos anteriormente citados, y consistieron, la primera en señalar que las partes no deben llevar a cabo acciones que perjudiquen los derechos de las partes, sino los que se reconozcan en la sentencia que la Corte emita o que agraven o extiendan la controversia; la siguiente medida provisional señala, de manera general, que las partes deben cumplir el acuerdo alcanzado por sus Ministros de Relaciones Exteriores sobre el cese de hostilidades en la Península de Bakassi; las restantes señalan que las partes deben asegurar que no haya presencia de fuerzas armadas en una zona determinada de la Península, conservar la evidencia relevante para el caso y dar asistencia a la Misión que las Naciones Unidas enviarían para realizar una investigación sobre los hechos.²³⁹

En nuestra opinión, es el último de los casos referidos por Oellers-Frahm, *Armed Activities on the Territory of the Congo*, el que contiene las medidas provisionales más generales pues de acuerdo con estas, como en los anteriores, además de que las partes deben abstenerse de llevar a cabo acciones que perjudiquen los derechos de las mismas o que agraven o extiendan la controversia, también se señaló que deben tomar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones impuestas por el derecho internacional, por la Carta de Naciones Unidas, la para la Unidad Africana, así como por la Resolución 1304 (2000) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.²⁴⁰

²³⁸*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, I. C. J. Reports 1993, p. 24 para. 52

²³⁹*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Provisional Measures, Order of 15 March 1996*, I. C. J. Reports 1996, p. 24-25 para. 49

²⁴⁰*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Provisional Measures, Order of 1 July 2000*, I. C. J. Reports 2000, p. 129, para. 47.

El artículo 76, del Reglamento señala que la Corte puede modificar o revocar la decisión sobre medidas provisionales que hubiere emitido, en cualquier momento, antes de que se emita la decisión final si considera que algún cambio en la situación justifica la modificación o revocación.

Es importante resaltar; sin embargo, que la Corte solamente puede llevar a cabo tal modificación o revocación, como lo indica el mismo numeral 1 del mencionado artículo 76 al inicio, a solicitud de una de las partes.

La solicitud que se haga sobre la revocación de medidas provisionales debe especificar cuál es el cambio de situación por la sustenta. La Corte debe en este caso, otorgar a las Partes la oportunidad de presentar sus observaciones al respecto.

Lo anterior, a diferencia de su otorgamiento, que como hemos señalado puede ser realizarlo de oficio. En este caso, cuando una de las partes lo solicite la Corte analiza si es procedente que las medidas señaladas se modifiquen o revoquen en razón de que considere que ha habido un cambio en la situación que lo amerite, el cual debe señalarse en la solicitud de modificación o revocación por la parte que la presente.

Además, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 76, las Partes pueden presentar las observaciones que consideren necesarias respecto de la modificación o revocación.

Como lo señala Oellers-Frahm, lo anterior no significa que la modificación o revocación se encuentre condicionada a la presentación y consideración de las observaciones que hagan las partes, pues la Corte puede aún sin que las partes las presenten, revocar o modificar las medidas provisionales.

Ello, dice la autora, sucedió en los casos *Fisheries Jurisdiction* en los que se emitió una orden de medidas provisionales el 17 de agosto de 1972 precisando que las partes podían solicitar la revisión de esa orden antes del 15 de agosto de 1973, en caso de que la Corte no hubiera emitido una decisión final y que tanto el Reino Unido como Alemania, ambos demandantes,

solicitaron que se continuaran aplicando las medidas provisionales; pero que el Reino Unido señaló que no consideraba necesario realizar observaciones, por lo que la Corte emitió su decisión sin ellas.²⁴¹

Mediante la revocación de las órdenes de medidas provisionales prevista en el artículo 76 previamente analizado, se termina con la orden de medidas provisionales; de otra forma, como lo hemos señalado en razón de su naturaleza, las medidas provisionales y la orden que las contiene se mantiene en vigor hasta que la Corte emita su decisión final.

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar, que fue establecido por la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; tiene competencia para dirimir controversias sobre la aplicación o interpretación de la misma, como lo señala su artículo 287 que establece diversos medios alternativos para la solución de controversias.

Los otros medios con los que cuentan las partes en una controversia son los relativos a acudir ante la Corte Internacional de Justicia, ante un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII de la Convención o ante un tribunal arbitral especial constituido de conformidad con el Anexo VIII para una o varias de las categorías de controversias que en él se especifican.

Al respecto, Tullio Treves, dice que de acuerdo con el artículo 290 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es posible otorgar medidas provisionales en el marco del procedimiento para la solución arbitral o judicial de controversias previsto en la Parte XV sobre el arreglo de controversia e general; o bien según lo previsto por la Parte XI, sección 5, sobre solución de controversias en la Zona Internacional de los Fondos Marinos que en la mayoría de los casos compete resolver a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos; por otro lado, las controversias sobre la interpretación de la Convención, en general, pueden ser sometidos al Tribunal del Derecho del Mar, a la Corte Internacional de Justicia o a un tribunal arbitral de competencia general o a uno de competencia especial, como lo prevé el

²⁴¹Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 951

artículo 287 de la Convención.²⁴²

El artículo 290 de la Convención sobre Derecho del Mar prevé el otorgamiento de medidas provisionales por el tribunal o corte ante el que se hubiera sometido una controversia, mismo que si considera, en principio, que es competente, podrá decretar las que estime apropiadas con arreglo a las circunstancias para preservar los derechos respectivos de las partes en la controversia o para impedir que se causen daños graves al medio marino en espera de que se adopte la decisión definitiva.

Dicho artículo establece también que las medidas mencionadas solamente podrán ser decretadas, modificadas o revocadas a petición de una de las partes en la controversia, las que se notifican a estas y a los Estados Parte de la Convención que el tribunal o corte estime procedente para que puedan ser oídos.

En caso de que la corte, tribunal o tribunal arbitral seleccionado por las partes no se encontrara reunido o no se haya constituido aún, cualquier corte o tribunal designado de común acuerdo por ellas y, a falta de acuerdo, el Tribunal Internacional del Derecho de Mar en caso de que hubieran pasado dos semanas desde que se hubiera hecho la solicitud de medidas provisionales, podrá decretar medidas provisionales si considera que el tribunal o corte que haya de constituirse será competente y que la urgencia de la situación así lo requiere. El tribunal o corte podrán modificar y revocar las medidas que hubiere otorgado el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

Cuando el tribunal o corte se hubieren ya reunido o constituido, estos podrán modificar, revocar o confirmar las medidas antes decretadas.

Shabtai Rosenne considera que es posible que sea la primera vez que se otorga a un tribunal permanente, competencia residual obligatoria para dictar

²⁴² Treves, Tullio, "Provisional Measures Granted by an International Tribunal Pending the Constitution of an Arbitral Tribunal" in *Studi di Diritto Internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. 1243.

medidas provisionales obligatorias cuando el tribunal que conocerá del asunto principal aún no se encuentra constituido.²⁴³

El artículo 290, numeral 6 de la Convención citada, dispone también, que las partes en la controversia deben aplicar sin demora las medidas provisionales que hayan sido decretadas, lo que significa que es en este numeral que se establece la obligación de las Partes de cumplir con las medidas provisionales que se hubieren decretado.

Aunado a lo anterior, es posible notar que la Convención sobre el Derecho del Mar profundiza más que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia sobre los lineamientos para otorgar medidas provisionales, facultad que prevé, cualquiera que sea el medio de solución de controversias elegido por las partes.

El Estatuto del Tribunal Internacional de Derecho del Mar (Anexo VI de la Convención sobre el Derecho del Mar), prevé en su artículo 25 que el propio Tribunal, así como su Sala de Controversias de los Fondos Marinos estarán facultados para decretar medidas provisionales.

En caso de que el Tribunal no se encontrara reunido o no hubiera quórum para decretar las medidas provisionales estas serán decretadas por la sala que se establezca en virtud del párrafo 3 del artículo 15 que se refiere a aquella constituida por cinco miembros para oír y fallar controversias en procedimiento sumario. El artículo 25 también señala que no obstante lo establecido por el párrafo 4 del artículo 15²⁴⁴, las medidas provisionales podrán ser adoptadas a solicitud de cualquiera de las partes en la controversia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituido en 1959 resuelve controversias sobre violaciones a los derechos civiles o políticos establecidos en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las

²⁴³Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 150, p. 49

²⁴⁴ El párrafo 4 del artículo 15 señala que las salas a que se refiere el propio artículo 15 oirán y fallarán las controversias si las partes lo solicitan.

Libertades Fundamentales; las demandas pueden presentarse por Estados, así como por individuos directamente, grupos de individuos e incluso por organizaciones no gubernamentales en contra de uno o más Estados que hayan ratificado el Convenio.

El artículo 39 del Reglamento de dicho Tribunal, dispone que la Sala o en su caso el Presidente de la Sección o un juez en turno nombrado por el Presidente del Tribunal, de acuerdo con el numeral 4 del mismo artículo, pueden, a iniciativa propia o por la solicitud de una de las partes o de cualquier persona interesada, indicar a las partes cualquier medida provisional que consideren, deba adoptarse para proteger los intereses de las partes o el correcto desarrollo de los procedimientos ante el Tribunal.

Las medidas que se hayan adoptado se notifican y cuando se considere pertinente, se comunican al Comité de Ministros.

También se prevé que tanto la Sala o en su caso, el Presidente de la Sección o el juez en turno pueden solicitar información a las Partes sobre cualquier asunto vinculado a la implementación de las medidas provisionales indicadas.

El artículo 47, numeral 5.1, inciso (b) señala que una solicitud que no cumpla con los requisitos establecidos en el mismo artículo no será examinada por la Corte, a menos que se trate de una sobre medidas provisionales, lo que consideramos obedece a la trascendencia de su otorgamiento.

Las “*Practice Directions*” del Tribunal Europeo relativas a las medidas provisionales²⁴⁵ señalan que son vinculantes respecto del Estado de que se trate y que la Corte emitirá medidas provisionales en contra de algún Estado Miembro cuando después de haber analizado toda la información relevante considere que el solicitante, en caso de que la medida no fuera ordenada, se encontraría ante un riesgo real de daño irreparable.

²⁴⁵ Practice direction issued by the President of the Court in accordance with Rule 32 of the Rules of the Court on 5 March 2003 and amended on 16 October 2009 and on 7 July 2011.

Podemos notar que esta “*Practice Direction*” profundiza más que las disposiciones de otros Tribunales, al disponer que la solicitud de medidas fundamentales debe contener detalladamente las razones en las que el solicitante basa sus temores, la naturaleza de los supuestos riesgos y las disposiciones de la Convención que considera han sido violadas.

Al efecto, es necesario proporcionar al Tribunal todos los documentos de apoyo necesarios; especialmente, decisiones o sentencias relevantes de cortes o tribunales nacionales o cualquiera otra, así como cualquier otro material que se considere necesario para fundamentar sus denuncias del solicitante.

Hemos señalado que aunque la solicitud de medidas provisionales no cumpla con todos los requisitos del artículo 47 del Reglamento del Tribunal, será analizada por este; sin embargo, en esta “*Practice Direction*” se señala que en caso de que la solicitud no incluya la información necesaria, normalmente no será sometida para que se tome una decisión sobre ella.

Así mismo, se establece que las solicitudes de medidas provisionales deben presentarse lo más pronto posible después de que se hubiera emitido la decisión final por un tribunal nacional.

Sin embargo, cuando la emisión por un tribunal nacional de la sentencia final sea inminente y exista el riesgo de que se cumpla inmediatamente, especialmente en los casos de extradición y deportación, se puede presentar la solicitud ante el Tribunal sin necesidad de esperar la emisión de la sentencia nacional, señalando la fecha en la que se emitirá y que la solicitud queda sujeta a que el sentido de la sentencia nacional sea negativo.

No obstante, tratándose de casos sobre extradición y deportación, se prevé que el solicitante debe agotar, antes de acudir a solicitar medidas provisionales ante el Tribunal todos los medios internos mediante los que se pueda decretar la suspensión de la extradición o deportación, pues el Tribunal Europeo no es uno de apelación y en caso de que exista la posibilidad para el solicitante de agotar procedimientos internos que pudieran tener el efecto de

suspender la extradición o deportación, el Tribunal no aplicara medidas provisionales para evitarlas.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos que se rige por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y cuyos principales órganos son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, prevé también el otorgamiento de medidas provisionales por la Corte y la solicitud de medidas cautelares por la Comisión.

Unas y otras, tienen la naturaleza jurídica de ser provisionales, por lo que se otorgan:

1. Únicamente en casos de extrema gravedad y urgencia
2. Siempre que sea necesario evitar o prevenir daños irreparables a las personas y
3. Sin que constituyan un prejujuicio sobre la violación de derechos protegidos por la Convención y otros instrumentos aplicables.

Las medidas cautelares que otorga la Comisión encuentran su fundamento en el artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos que establece la existencia de la Comisión y sus funciones de promoción y defensa de los derechos humanos, así como la de servir como órgano consultivo de la Organización en materia de derechos humanos. También, en el artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que le otorga diversas funciones y atribuciones a la Comisión para la observancia y defensa de los derechos humanos, entre las que se encuentra, en el inciso b, la de formular recomendaciones a los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, de manera idéntica lo señala el artículo 18.b del Estatuto de la Comisión.

Además, el artículo XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas señala que las peticiones o

comunicaciones que se presenten a la Comisión en las que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares.

El Reglamento de la Comisión se refiera a las medidas cautelares en sus artículos 4, 12, 25, 59, 62, y 76 mismos que prevén dicha Comisión podrá a iniciativa propia o a solicitud de parte, e incluso de un tercero en la situaciones en la que la ausencia de consentimiento se encuentre justificada, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares.

Con esa solicitud se busca prevenir daños irreparables que pudieran causarse a las personas en los casos en que esté conociendo la Corte, a aquellas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado que deba adoptarlas en forma independiente a cualquier petición o caso pendiente; o a las que tengan un vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas, siempre que el beneficiario o los beneficiarios puedan ser determinados o determinables; o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente.

Cabe mencionar que la Comisión puede solicitar medidas cautelares aún cuando no guarden conexidad con una petición o caso.

Para solicitar las medidas, la Comisión debe considerar además de la gravedad y urgencia de la situación, su contexto y la inminencia del daño, si se ha denunciado la situación de riesgo ante las autoridades pertinentes o los motivos por los que no se hubiera podido realizar la denuncia, la identificación individual de los potenciales beneficiarios de las mismas o determinación del grupo al que pertenecen y su conformidad, esto último cuando la petición sea presentada a la Comisión por un tercero.

La Comisión puede requerir información relevante al Estado involucrado a menos que, por la urgencia de la situación se justifique el otorgamiento

inmediato de las medidas.

Las medidas provisionales que otorga la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a las que en ocasiones también se refiere como urgentes, se encuentran previstas en los artículos 63 de la Convención, 17, 27, 30 y 44 del Reglamento de la Corte y 25 y 76 del Reglamento de la Comisión.

Cabe mencionar que las medidas provisionales pueden otorgarse incluso en los casos que aún no se someten a la consideración de la Corte, en los que puede actuar a solicitud de la Comisión.

Como ya se mencionó, debe existir gravedad y urgencia de evitar daños irreparables para el otorgamiento de este tipo de medidas, por lo tanto, el caso también debe cumplir con estos requisitos para que la Comisión solicite a la Corte su otorgamiento.

También, la Comisión debe considerar que puede presentar su solicitud a la Corte:

- a. cuando el Estado concernido no haya implementado las medidas cautelares otorgadas por la Comisión;
- b. cuando las medidas cautelares no hayan sido eficaces;
- c. cuando exista una medida cautelar conectada a un caso sometido a la jurisdicción de la Corte;
- d. cuando la Comisión lo estime pertinente al mejor efecto de las medidas solicitadas, para lo cual fundamentará sus motivos.

Cuando la Comisión no se encuentre reunida, su Presidente o uno de los Vicepresidentes, pueden solicitar a la Corte su adopción de las medidas. Esto obedece a que la finalidad de su otorgamiento es evitar un daño irreparable a las personas, aún en asuntos no sometidos aún a consideración de la Corte, debido a las situaciones de extrema gravedad y urgencia que puedan motivarlos.

No obstante lo anterior, debe considerarse que en el Asunto Alvarado

Reyes y otros, la Corte determinó que para que la Comisión pueda solicitarle las medidas, debe existir al menos, la posibilidad de que el asunto que motiva la solicitud de medidas provisionales pueda ser sometido a consideración del Tribunal en su competencia contenciosa; para que tal posibilidad exista, debe haberse iniciado el proceso ante la Comisión establecido por los artículos 44, 46 y 48 de la Convención Americana.²⁴⁶

Es importante mencionar que la Corte puede otorgar medidas provisionales de oficio, en casos que se hayan sometido a su conocimiento, cuando existan situaciones de extrema gravedad y urgencia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también otorga medidas provisionales, mismas a las que en ocasiones también se refiere como urgentes.

El artículo 27 de su Reglamento señala por una parte que, dichas medidas se otorgan de oficio en casos de extrema gravedad y urgencia, los cuales ya han sido sometidos a su conocimiento y por otra, que en aquellos que aún no han sido sometidos a su conocimiento, la Corte puede actuar a solicitud de la Comisión.

Las solicitudes de otorgamiento de medidas provisionales, deben tener relación con el objeto del caso y pueden ser presentadas directamente por las víctimas o presuntas víctimas o sus representantes, utilizando para ello cualquier medio de comunicación.

La Corte, antes de resolver sobre la solicitud de medidas, puede requerir al Estado, a la Comisión o a los representantes de los beneficiarios información sobre la misma, si lo considera posible e indispensable.

Sin embargo, en el numeral 8 del mismo artículo 27 se señala que la Corte también puede allegarse de otros medios de prueba, pues puede recurrir

²⁴⁶ Cfr. Corte IDH. *Asunto Alvarado Reyes y otros*. Medidas Provisionales respecto de México. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2010, considerando, párr. 7.

a otras fuentes de información referentes a datos relevantes sobre el asunto y requerir los peritajes e informes que considere oportunos para poder apreciar la gravedad y urgencia de la situación y lograr la eficacia de las medidas.

En caso de que al momento de la solicitud la Corte no se encontrara reunida, la Presidencia, después de consultar con la Comisión Permanente y los demás jueces si fuera posible, puede requerir al Estado respectivo para que dicte providencias urgentes necesarias a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que la Corte pudiera indicar en el periodo de sesiones próximo.

Una vez que la Corte ha ordenado medidas provisionales las supervisa mediante la presentación de informes que presentan los Estados y de las observaciones que hacen a dichos informes los beneficiarios de las medidas o sus representantes. La Comisión también presenta observaciones al informe de los Estados y a las observaciones de los beneficiarios o de sus representantes.

En el informe que la Corte presenta anualmente a la Asamblea General se incluye una relación de las medidas provisionales que haya ordenado en el período del informe. En caso que las medidas no hubieran sido debidamente ejecutadas, la Corte formulará las recomendaciones que estime pertinentes.

El Reglamento dispone en su artículo 30, numeral 4, que la Corte Interamericana puede ordenar la acumulación de medidas provisionales, cuando exista identidad de objeto o de sujetos.

El artículo 44 de dicho Reglamento, relativo a planteamientos de *amicus curiae*, señala en relación con las medidas provisionales, que en los procedimientos sobre la supervisión de su cumplimiento podrán presentarse escritos del *amicus curiae*.

3.4.1 Objeto

El objeto o finalidad de las medidas cautelares, como ya se ha mencionado, es preservar los derechos de las partes. Esto, se encuentra

establecido en el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que señala: “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 cada una de las partes”.

En el caso *Aegean Continental Shelf* el presidente de la Corte Jiménez de Aréchaga, sostuvo que el objeto esencial de las medidas provisionales es asegurar que no se frustré, mediante acciones de alguna de las partes *pendente lite*, la ejecución de una decisión que pudiera emitirse en el futuro, sobre el fondo del asunto.

En el mismo caso el juez Jiménez de Aréchaga, consideró que la protección cautelar constituye uno de los principios generales del derecho reconocidos en el derecho interno de diversos sistemas jurídicos y en la jurisprudencia de la Corte Internacional cuya justificación, como se ha establecido anteriormente, radica en que antes de que se emita una decisión final alguna acciones de alguna de las partes puede dañar o amenazar con dañar los derechos de la otra, de tal forma que con la simple emisión de la sentencia a su favor, no sería posible repararlos o bien remediar la violación.

Lo anterior, es decir, la concepción de que la función de las medidas provisionales es preservar la integridad de la decisión final corresponde al derecho moderno, pues en el derecho romano, en la Edad Media e incluso en códigos procesales modernos como el alemán, su función se concentraba en prevenir el uso de la fuerza u otros medios por sí mismo.²⁴⁷

La protección cautelar es un principio general del derecho en el sentido del artículo 38, numeral 1, inciso c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.²⁴⁸

En el caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que el artículo 61, párrafo 4 del

²⁴⁷ Collins, Lawrence, *op. cit.*, nota 135, p. 11.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 169.

Reglamento de la Corte que señalaba: "The Court may indicate interim measures of protection other than those proposed in the request." recoge el principio, universalmente aceptado por tribunales internacionales y contenido en diversas convenciones, en el sentido de que las partes en una controversia deben abstenerse de tomar medidas que puedan tener efectos perjudiciales para la ejecución de la decisión que se emita; y que en general no deben permitir que se realicen acciones que puedan empeorar o alargar la controversia.²⁴⁹

Si bien en dicho caso se hace referencia a un principio general de derecho, consideramos que se refiere al principio sobre el no empeoramiento o alargamiento de la controversia, mas no, como lo señala Collins a la protección cautelar como principio general. A pesar de lo anterior, es adecuada la postura del autor que relaciona el deber de las partes de no empeorar la controversia, que se ha enfatizado, con el proceso sobre el arreglo pacífico de controversias del que las medidas provisionales son parte integral.²⁵⁰

La Corte ha señalado lo anterior, de la misma manera, desde la primera providencia de medidas provisionales que emitió, en el caso *Denunciation of the Treaty of November 2nd, 1865* entre China y Bélgica.

En la providencia de medidas provisionales del 8 de enero de 1927 encontramos que la Corte considera que "[...] *the object of interim protection contemplated by the Statue of the Court is to preserve the respective rights of the Parties, pending the decision of the Court*".²⁵¹

²⁴⁹*The Electricity Company of Sofia and Bulgaria, Bulgaria* (Interim Measures of Protection), Order of December 5th, 1939, P. C. I. J. Series A / B, No. 79, 1939, p. 199. [Traducción propia: "La Corte puede indicar medidas provisionales de protección distintas a las que fueron propuestas en la solicitud".]

²⁵⁰ Collins, Lawrence, *op. cit.*, nota 135, p. 170.

²⁵¹*Denunciation of the Treaty of November 2nd, 1865, between China and Belgium*, Order made on January 8th, 1927, P. C. I. J. Series A, No. 8, 1927, p. 6. [Traducción propia: "(...) el objeto de la
El Otorgamiento de Medidas Cautelares por la Corte Internacional de Justicia] 141

Consideramos necesario señalar que el texto del Estatuto en inglés señala lo siguiente: “[...] *to preserve the respective rights of either party*”. El verbo *preserve* en inglés significa “*to keep safe from injury, harm, or destruction*”.²⁵²

Ahora bien, el texto del Estatuto en español utiliza el verbo “resguardar” que gramaticalmente significa “defender; cautelarse o prevenirse contra un daño”.²⁵³

Es necesario hacer notar que, la diferencia entre esas palabras y sus definiciones, radica en que el significado en inglés considera adicionalmente el término destrucción; podemos considerar que a partir de ello se deriva el señalamiento que hace Thirlway respecto de que a pesar de que se infrinja o se viole un derecho, este continúa existiendo, por lo que de acuerdo con el autor no es necesario que se busque la preservación de los derechos, pues nunca dejarán de existir o bien, señala que el término no es el adecuado.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, como lo señala dicho autor, hizo tal análisis en el caso sobre la delimitación marítima de una zona ubicada en Groenlandia entre Noruega y Dinamarca en el que la Corte Permanente determinó, en su orden de medidas provisionales de 1932, que incluso las que se tomaran para cambiar el estado jurídico del territorio no

protección provisional contemplada en el Estatuto de la Corte, es preservar los respectivos derechos de las Partes, en tanto la Corte emite su decisión”.]

²⁵²Preserve (n.d.), *Merriam-Webster.com*, obtenido de <http://www.merriam-webster.com/dictionary/preserve> (Fecha de consulta 28 de noviembre de 2013). [Traducción propia: “mantener libre de daño, peligro o destrucción”.]

²⁵³Real Academia Española. (2001). Resguardar en *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.), recuperado de <http://lema.rae.es/drae/?val=resguardar> (Fecha de consulta 28 de noviembre de 2013).

afectarían el valor de los supuestos derechos y por lo tanto, las consecuencias de tales medidas no serían irreparables²⁵⁴.

En relación con ello, el autor considera que aún cuando un Estado viole el o los derechos de otro Estado o amenace violarlos no es necesario que tales derechos se protejan en contra de su destrucción y agrega, que si para obtener las medidas provisionales solamente fuera necesario que se demostrara que el derecho será o está siendo violado, tales medidas se otorgarían en la mayoría de los casos.

Al respecto, podemos señalar que la Corte Permanente no realizó un análisis del que se concluya concretamente que los derechos no son destructibles, el mismo autor señala que la Corte fue cuidadosa al respecto y se limitó a negar el otorgamiento de medidas provisionales por considerar que los derechos de las partes no serían dañados.

En relación con esa observación consideramos que si bien, el derecho como concepto no deja de existir, es posible afirmar que existe una destrucción en el momento en que se viola o vulnera, quizá no en un plano abstracto, pero si en uno real, en el que se destruye la posibilidad de su ejercicio por la parte a

²⁵⁴ *“Whereas, having regard to the character of the alleged rights in question, considered in relation to the natural characteristics of the territory in issue, even ‘measures calculated to change the legal status of the territory’ could not, according to the information now at the Court’s disposal, affect the value of such alleged rights, once the Court in its judgment on the merits had recognized them as appertaining to one or other of the Parties, and as, in any case, the consequences of such measures would not, in point of fact, be irreparable”* *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland*, Order of August 3rd, 1932, P. C. I. J. Series A/B, No. 48, 1932, p. 288. [Traducción propia: “Considerando que teniendo en cuenta el carácter de los presuntos derechos reclamados, en relación con las características del territorio en cuestión, aún ‘las medidas que busquen cambiar el estado legal del territorio’ no podrían, de acuerdo con información ahora a disposición de la Corte, afectar el valor de tales derechos una vez que la Corte los ha reconocido como pertenecientes a alguna de las Partes en su sentencia sobre el fondo del asunto, además de que en cualquier caso, tales medidas, de hecho, no serían irreparables”.]

la que le corresponde o a quien la Corte, se lo reconozca, al emitir un fallo definitivo.

Por lo tanto, creemos que debe buscarse siempre una protección a tales derechos, pues aún cuando es posible que dejen de existir, lo cierto es que si una de las partes considera que su derecho existe, pero no está en posibilidad de ejercerlo o de gozar de sus beneficios plenamente, la existencia de su derecho no se materializa.

De manera similar consideramos que el objeto de las medidas provisionales no es exclusivamente el de preservar o resguardar los derechos de manera que siempre resulten intactos, pues puede haber casos en los que los derechos ya han sido violados y entonces las medidas provisionales se solicitan para evitar que el daño a tales derechos se continúe hasta convertirse en uno efectivamente irreparable.

La Corte Internacional de Justicia utilizó, por primera vez, en los casos sobre *Fisheries Jurisdiction*, y a partir de entonces en varios casos más, una fórmula que amplía lo establecido en el artículo 41 del Estatuto al señalar que su facultad de otorgar medidas provisionales tiene como objeto preservar o resguardar los derechos de las partes y que además, presupone que no se debe causar ningún daño a los derechos que constituyen la materia de la controversia; lo anterior lo señala de la siguiente manera:

*Whereas the right of the Court to indicate provisional measures as provided for in Article 41 of the Statute has as its object to preserve the respective rights of the parties pending the decision of the Court, and presupposes that irreparable prejudice should not be caused to rights which are the subject of dispute in judicial proceedings and that the Court's judgment should not be anticipated by reason of any initiative regarding the measures which are in issue.*²⁵⁵

²⁵⁵*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 16, para. 21; Fisheries Jurisdiction (Federal*
144 | El Otorgamiento de Medidas Cautelares por la Corte Internacional de Justicia

En sentido similar en el caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* la Corte señaló que considera que las circunstancias requieren que otorgue medidas provisionales con la finalidad de preservar los derechos reclamados.²⁵⁶

En relación con ello, se debe señalar que las partes tienen diversos derechos, que son los que consideran violados o en peligro de ser violados, mismos que son diferentes de acuerdo al caso de que se trate.²⁵⁷

Por otro lado, existen los derechos que se desprenden del propio procedimiento, como el derecho a que se emita una sentencia sobre el fondo del asunto²⁵⁸, pero también a que dicha sentencia pueda ser ejecutada al

Republic of Germany v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 34, para. 22. [Traducción propia: “Considerando que la facultad de la Corte de indicar medidas provisionales conforme al artículo 41 del Estatuto tiene por objeto preservar los respectivos derechos de las partes en tanto se espera la decisión de la Corte y presupone que no se cause un perjuicio irreparable a los derechos que son objeto de una controversia dentro de un procedimiento judicial y que la sentencia de la Corte no debe anticiparse por ninguna iniciativa relacionada con las medidas en cuestión”.]

²⁵⁶ “Whereas in the light of the several considerations set out above, the Court finds that the circumstances require it to indicate provisional measures, as provided by Article 41 of the Statute of the Court, in order to preserve the rights claimed” *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I. C. J. Reports 1984, p. 186, para. 39

²⁵⁷ En el caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Estados Unidos señaló como derechos los de sus nacionales a la vida, libertad, protección y seguridad; los derechos de inviolabilidad, inmunidad y protección para sus oficiales diplomáticos y consulares, así como el derecho de inviolabilidad y protección para sus instalaciones diplomáticas y consulares. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, (United States of America v. Iran), Order of 15 December 1979, I. C. J. Reports 1979, p. 19, para. 37.

²⁵⁸ Al respecto, en el caso *LaGrand* en su memorial, Alemania, una de las partes en la controversia, al buscar que se reconociera la obligatoriedad de las medidas provisionales, como se verá en el capítulo respectivo, argumentó que una vez que se ha establecido un vínculo sobre

finalizar el juicio. Esto para que las partes tengan el derecho a gozar de los derechos y a que se cumplan las obligaciones que esta reconoce.

Las medidas provisionales pueden otorgarse con la finalidad de conservar la materia u objeto principal del litigio ante el riesgo que puede existir de que estos resulten dañados irreparablemente; también pueden destinarse a prevenir que ninguna de las partes cambie la situación en la que se encontraban al iniciar el procedimiento en tanto se emite una sentencia definitiva que resuelva sobre el fondo del asunto y con ello lograr la protección de los derechos de mismas.

Jean Claude Tron Petit señala que, además de posibilitar la ejecución de una sentencia su uso se ha extendido como “medio alternativo y de justicia provisional que facilita y coadyuva a la negociación y arreglo del conflicto en lo esencial, esto es, fomentar y auspiciar que las partes negocien y pacten acuerdos”.²⁵⁹

Para Chiovenda las medidas provisionales responden a “la necesidad efectiva y actual de remover el temor de un daño jurídico: si este daño era en realidad inminente y jurídico, ha de resultar de la declaración definitiva”.²⁶⁰

De acuerdo con lo anterior, se concluye como lo señala el mismo autor, que la inminencia de un posible daño a un derecho o a un posible derecho es una condición general para otorgar medidas provisionales.

la jurisdicción el demandante tiene derecho a recibir una sentencia obligatoria y definitiva que además, debe ser protegida por medidas provisionales igualmente obligatorias. *LaGrand Case* (Germany v. United States of America), Memorial of the Federal Republic of Germany, Volume I (Text of the Memorial), International Court of Justice, 16 September 1999, para. 4. 129

²⁵⁹ Tron Petit, Jean Claude, “*La suspensión como modalidad de medida cautelar en el amparo*”, 2007, p. 18, disponible en http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4 (Fecha de consulta 27 de diciembre de 2012).

²⁶⁰ Chiovenda, *op. cit.*, nota 157, p. 262

En la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, se prevé específicamente en su artículo 10, como finalidad de las medidas cautelares garantizar el resultado de un litigio pendiente o eventual. Al respecto, considera que son estas medidas, las que los Estados Parte podrán ordenar y ejecutar, con aquella finalidad.

En relación con el derecho moderno sobre procedimientos judiciales internacionales, Shabtai Rosenne también señala que la naturaleza y propósito de las medidas provisionales de protección es la preservación e integridad de la sentencia final y agrega que en razón de esto, pueden ser consideradas como un instrumento esencial que permiten a una corte o tribunal llevar a cabo sus funciones.²⁶¹

En sentido similar, el abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló en su opinión sobre el caso *Factortame*²⁶² que en ocasiones la

²⁶¹ Rosenne, Shabtai, *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, New York, Oxford, 2005, p. 4, En el mismo sentido, sobre la función de las medidas provisionales en el derecho moderno Collins, Lawrence, *op. cit.*, nota 135, p.10.

²⁶² El caso *Factortame* tiene su origen en la implementación de la política pesquera común para regular la pesca de los Estados Miembros de la hoy Unión Europea estableciendo cuotas sobre las cantidades que podían pescar. Posteriormente algunos barcos españoles fueron re-registrados como ingleses y contribuían a la cuota inglesa, pero el pescado se vendía en España. La respuesta del gobierno inglés fue emitir el *Merchant Shipping Act* de 1988 en el que se estableció que los barcos podían registrarse como ingleses solamente si tenían una conexión genuina y substancial con el Reino Unido; lo anterior incluía la condición de que la administración y el 75% de los socios fueran ciudadanos ingleses con domicilio y residentes en el Reino Unido, en un sentido discriminatorio. Así, las empresas dueñas de los barcos españoles que habían registrado como ingleses interpusieron un recurso ante el gobierno inglés argumentando que el *Merchant Shipping Act* violaba sus derechos directamente aplicables en virtud del derecho comunitario. Primero se solicitó protección interina para que el *Merchant Shipping Act* de 1988 no se aplicara mientras se esperaba la resolución del Tribunal que llegó, sobre la protección interina en 1990 (C-213/89) y en 1991 sobre las reglas de registro bajo el *Merchant Shipping Act* de 1988 (C-221/89).

existencia de un derecho se reconoce demasiado tarde para que el mismo pueda ejecutarse completamente, para lo que recuerda el principio establecido por la jurisprudencia que señala que al acudir a un recurso legal para ejecutar un derecho, este no debe causarle daño a la parte que lo posea.²⁶³

En relación con ello, señala que precisamente la finalidad de las medidas provisionales es asegurar que no se prive al derecho de substancia por eliminar cualquier posibilidad de ejercerlo debido al tiempo que sea necesario para declarar su existencia, lo que en otras palabras, es asegurar la efectividad de la protección judicial. Así mismo, sostiene que las medidas provisionales también tienen el propósito de prevenir que se ocasione algún daño ocasionado en tanto se demuestra la existencia del derecho y con ello se perjudique la eficacia y propósito de la sentencia.²⁶⁴

²⁶³ “[...] the need to have recourse to legal proceedings to enforce a right should not occasion damage to the party in the right.” *Opinion of Mr. Advocate General Tesouro*, delivered on 17 May 1990, Case C-213/89 *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*, p. I-2456.

²⁶⁴ “[...] has precisely that objective purpose, namely to ensure that the time needed to establish the existence of the right does not in the end have the effect of irremediably depriving the right of substance, by eliminating any possibility of exercising it; in brief, the purpose of interim protection is to achieve that fundamental objective of every legal system, the effectiveness of judicial protection. Interim protection is intended to prevent so far as possible the damage occasioned by the fact that the establishment and the existence of the right are not fully contemporaneous from prejudicing the effectiveness and the very purpose of establishing the right, which was also specifically affirmed by the Court when it linked interim protection to a requirement that, when delivered, the judgment will be fully effective; or to the need to 'preserve the existing position pending a decision on the substance of the case'”. *Ibidem*, p. I - 2457. [Traducción propia: “(...) tiene precisamente el propósito objetivo de asegurar que el tiempo necesario para demostrar la existencia del derecho no tenga el efecto de privar irremediablemente al derecho de substancia, mediante la eliminación de toda posibilidad de ejercerlo; en resumen, el propósito de la protección provisional es alcanzar el objetivo fundamental de todo sistema legal, la efectividad de la protección judicial. La protección provisional pretende prevenir, en la medida de lo posible, que se ocasione un daño por el hecho

En el caso *Aegean Sea Continental Shelf*, el Juez Jiménez de Aréchaga, reconoce que son principios generales del derecho, reconocidos por diversos ordenes internos y por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia considerar que la justificación esencial del otorgamiento de medidas provisionales se basa en que es posible que las acciones de alguna de las partes pueden dañar los derechos de la otra de tal manera que una sentencia su favor no serviría para restituir los derechos o remediar el daño; a este respecto, señaló lo siguiente: “*The essential object of provisional measures is to ensure that the execution of a future judgment on the merits shall not be frustrated by the actions of one party pendente lite*”.²⁶⁵

Podemos señalar que la finalidad de las medidas cautelares no se limita a pretender asegurar la efectividad de una sentencia definitiva sino que además y como complemento a esta, también cumplen con otra, la cual consiste en evitar que durante la pendencia del proceso se puedan producir daños o perjuicios de difícil o imposible reparación, pues al sufrir algún daño irreparable el objeto principal del juicio, la eventual sentencia no tendría sentido.

Cabe mencionar que la decisión final puede no referirse a la decisión respecto del fondo del asunto, pues como lo señala Shabtai Rosenne, las sentencias sobre el fondo pueden no ser las finales, lo que se presenta, cuando todavía es necesario llevar a cabo procedimientos sobre el monto de las restituciones que la Corte ha considerado procedentes.

de que con la demostración de la existencia del derecho perjudique su eficacia y la finalidad de establecer el derecho, lo que también fue específicamente afirmado por la Corte al relacionar la protección provisional con el requisito de que la sentencia, al emitirse, será plenamente eficaz o con la necesidad de ‘mantener la situación existente en tanto se emite una decisión sobre el asunto principal’.]

²⁶⁵*Aegean Sea Continental Shelf*, Interim Protection, Order of 11 September 1976, I. C. J. Reports 1976, Separate Opinion of President Jiménez de Aréchaga, p. 16. [Traducción propia: El propósito esencial de las medidas provisionales es asegurar que no se frustre la ejecución de la sentencia sobre el fondo, mediante acciones que *pendente lite* realice algunas de las partes”.]

Así, sucedió en el caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* en el que la sentencia sobre el fondo del asunto no fue la sentencia final, pues existió un procedimiento adicional que la Corte se reservó en caso de que las partes fallaran en alcanzar un acuerdo sobre el monto de las restituciones debidas, para ella establecerlas.²⁶⁶

Sin embargo, posteriormente se refiere al artículo 76, numeral 1 del Reglamento de la Corte, que señala que esta puede modificar o revocar las medidas provisionales cuando una de las partes se lo solicite y antes de que emita su decisión final, en este caso, señala que presumiblemente se refiere al sentido de sentencia sobre el fondo.²⁶⁷

Al respecto, consideramos que si bien la sentencia que emite la Corte Internacional sobre el fondo del asunto no es la decisión final que dictará sobre el asunto, si debe considerarse como la final para el caso de las medidas provisionales, pues si bien puede haber otras decisiones, estas pueden no tener la forma de una sentencia, además, es en las sentencias en las que se reconocen los derechos a las partes, así como obligaciones que las contrarias están obligadas a respetar y cumplir, aunque posteriormente surjan decisiones sobre cuestiones adicionales a tales derechos u obligaciones.

Las medidas provisionales pueden tener objetivos adicionales. Un ejemplo de estos, se encuentra en el artículo 290, numeral 1 de la Convención sobre el Derecho del Mar que además de señalar que las medidas provisionales se otorgan para preservar los derechos respectivos de las partes, agrega que, también se pueden otorgar con la finalidad de impedir que se causen daños graves al medio marino.

En sentido similar, el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios

²⁶⁶ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1377.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 1377

señala en el numeral 2 de su artículo 31 que las medidas provisionales se pueden otorgar para prevenir cualquier daño a la población de peces de que se trate.

Derivado de lo anterior, se puede considerar que las partes en una controversia pueden actuar como defensoras del medio ambiente, aún cuando no tengan un interés directo en ello. En el caso *Southern Bluefin Tuna* el Tribunal del Derecho del Mar consideró la prevención del daño al ambiente marino junto con la preservación de los derechos de las partes.²⁶⁸

A partir de lo anterior, podemos señalar que los derechos que las medidas provisionales están destinadas a proteger, incluyen derechos distintos a aquellos derivados y relacionados con el juicio, como sería el relativo a que se emita una sentencia y que esta sea ejecutable, sino que también se incluyen dentro del ámbito de protección de las medidas provisionales a los derechos derivados y reconocidos en y por tal sentencia.

Entonces, también es posible que las mencionadas medidas; incluso se destinen a proteger derechos humanos cuando el caso así lo requiera.

Lo anterior, aún cuando en los litigios se considere a los derechos de las partes de manera restrictiva como aquellos que solamente pertenecen a los Estados como partes en el procedimiento; sin embargo, consideramos que la protección debe hacerse de manera extensiva los habitantes del Estado, en razón de que como el territorio, constituyen uno de sus elementos integrantes y de que uno de los fines del Estado es la protección de sus habitantes y con ello, la de sus libertades y derechos.

3.4.2 Requisitos que deben satisfacerse

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, señala en su artículo 41, que las medidas provisionales se otorgan cuando la Corte considera que las circunstancias lo ameritan, razón por la que la facultad de la Corte para otorgarlas, es discrecional.

²⁶⁸ Treves, Tullio, *op. cit.*, nota 241, p. 1249.

A pesar de ello, para que la Corte pueda otorgar las medidas, existen ciertos requisitos que deben satisfacerse.²⁶⁹

Tales requisitos son la inminencia de un posible daño y la posibilidad de la existencia del derecho que podría violarse de no otorgarlas.

Chiovenda consideraba que el juez debe examinar si existen serios motivos para considerar que existe la posibilidad de que se produzca un daño; así como si el hecho es *urgente*, en razón de lo cual se considerará si resulta necesario proveer en vía provisional. En relación con la plausibilidad del derecho menciona que debido a la urgencia solamente es posible realizar un examen superficial o *summaria cognitio*. Ambas cuestiones se analizan según cada caso en particular.²⁷⁰

Tratándose de los casos llevados ante la Corte Internacional de Justicia, dado que el artículo 41 señala que las medidas se otorgan cuando las circunstancias lo ameriten, se ha considerado que esto, se refiere en sentido general a las condiciones que deben satisfacerse. Por otro lado y en un sentido más restringido se considera que las circunstancias incluyen solamente a la urgencia y el riesgo de que se produzca un daño irreparable.²⁷¹

Así, las circunstancias y prerequisites necesarios para que sea posible otorgar medidas provisionales son:

1. La existencia de un caso ante la Corte.
2. La existencia de un vínculo entre los derechos para los que se busca protección y el caso o el asunto principal que se ha llevado ante la Corte.
3. La necesidad de jurisdicción *prima facie* sobre el fondo antes de que la Corte analice otras circunstancias.
4. La urgencia.

²⁶⁹ Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 132, p. 930.

²⁷⁰ Chiovenda, *op. cit.*, nota 157, p. 263

²⁷¹ Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 132, p. 933

5. El riesgo de un daño o perjuicio irreparable.

En la práctica, la Corte Internacional de Justicia rechaza la solicitud de medidas provisionales basándose en la falta de jurisdicción *prima facie* sobre el fondo, sin analizar otros elementos.

La Corte Interamericana ha señalado que el artículo 63.2 de la Convención exige que, para que pueda disponer de medidas provisionales deben concurrir siempre en todas las situaciones que se presenten ante la Corte tres condiciones que deben coexistir y son la extrema gravedad, la urgencia y que se trate de evitar daños irreparables a las personas.²⁷²

Dicha Corte reiteró lo anterior en el caso 19 comerciantes vs. Colombia, al sostener que “las medidas se aplican siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños aplicables a las personas”.²⁷³

Esas condiciones deben persistir para que la Corte mantenga la protección ordenada a través de las medidas, pues en caso de que una de las condiciones deje de tener vigencia el Tribunal valorará la pertinencia de continuar con la protección.²⁷⁴

3.4.2.1 Existencia de una controversia ante la Corte

El primer requisito con el que se debe cumplir para el otorgamiento de medidas provisionales es la existencia de una controversia en la que la Corte

²⁷² Cfr. Corte IDH. *Asunto Guerrero Larez*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2009, considerando, párr. 10. ; Cfr. Corte I.D.H. *Asunto Alvarado Reyes y otros. Medidas Provisionales respecto de México*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2010. Considerando, párr. 9; Cfr. Corte I.D.H. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de junio de 2012, párr. 22.

²⁷³ Cfr. Corte I.D.H. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de junio de 2012, párr. 4.

²⁷⁴ *Ibidem*, párr. 10.

tiene competencia *prima facie*. Esto debido a que la solicitud de medidas provisionales es de carácter subsidiario.

Lo anterior, se puede deducir del numeral 2 del artículo 41 del Estatuto de la Corte que señala que las medidas provisionales se otorgan ante la espera de una sentencia definitiva.

De manera similar, el artículo 73 del Reglamento de la Corte establece que la solicitud de medidas provisionales puede realizarse en cualquier momento durante el proceso, es decir una vez que se encuentra instituido el proceso.

Ello, se debe a que el propósito de las medidas provisionales es proteger los derechos que la sentencia del juicio principal busca proteger o bien, los que podrían ser reconocidos mediante la decisión definitiva.²⁷⁵

Así, las medidas provisionales deben relacionarse directamente con los derechos reclamados por las partes en el procedimiento principal.

La Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *South-Eastern Greenland* señaló que en principio es discutible que la facultad de otorgar medidas provisionales solamente exista respecto de un caso que ha sido presentado ante ella; sin embargo también señaló que no se le había solicitado resolver tal cuestión ni emitir una decisión respecto de sus poderes y que además ya se había presentado una controversia ante ella, no profundiza sobre el asunto.²⁷⁶

²⁷⁵ Metou, Brusil Miranda, *Le rôle du juge dans le contentieux international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 156

²⁷⁶ *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland*, Order of August 3rd, 1932, P. C. I. J. Series A/B, No. 48, 1932, pp. 283-284.

Posteriormente, en 1974 en el caso sobre *Nuclear Tests*, ahora ante la Corte Internacional de Justicia, ésta señaló que la existencia de un conflicto es condición fundamental para que pueda ejercer su función judicial.²⁷⁷

En el caso *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests*, relacionado con el citado anteriormente y presentado ante la Corte en 1995 por Nueva Zelanda en contra de Francia, si esta señaló, que iniciaría una serie de pruebas nucleares solo que esta vez serían subterráneas, consideró que el caso resuelto en 1974 abarcaba pruebas nucleares atmosféricas exclusivamente y que por ello no era posible que considerara las pruebas subterráneas.

También, la Corte señaló que no se había afectado el fundamento de la sentencia de 1974 y por lo tanto el nuevo caso no se encontraba comprendido dentro de lo previsto por el párrafo 63 de tal sentencia y deba ser desechado y que derivado de ello, era necesario que también se desechará la solicitud de medidas provisionales.²⁷⁸

Se considera que en ese caso las medidas provisionales no se otorgaron, en razón de que no se pudo establecer la existencia de un caso ante la Corte.

La solicitud de medidas provisionales puede hacerse también cuando se solicita a la Corte la interpretación de uno de sus fallos.

²⁷⁷ “[...] the existence of a dispute is the primary condition for the Court to exercise its judicial function” *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I. C. J. Reports 1974, p. 270 - 271, para. 55.

²⁷⁸ *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case*, I. C. J. Reports 1995, pp. 306 - 307, paras. 63, 65, 67 and 68 (1) and (2).

La primera vez que se otorgaron medidas provisionales dentro del procedimiento de interpretación de una sentencia fue en el Caso Avena.²⁷⁹

Cuando una de las partes solicita la interpretación de una sentencia a la Corte, de acuerdo con el artículo 60 de su Estatuto, dentro de la que hemos mencionado se puede incluir la solicitud de medidas provisionales, la Corte debe examinar la existencia *prima facie* de una controversia sobre el sentido o alcance de la sentencia.

En ese sentido, la Corte ha señalado que puede otorgar dichas medidas en el marco de un procedimiento de interpretación de una sentencia por el solo hecho de considerar que parece que existe *prima facie* una controversia, de acuerdo con el artículo 60 del Estatuto; es decir no esta obligada a declarar de forma definitiva que tal conflicto existe.²⁸⁰

Sobre este tema, también cabe señalar que de acuerdo con lo establecido en la sentencia del caso *Mavromatis* de 1924 una controversia internacional es el “desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un desacuerdo sobre opiniones o tesis jurídicas o de intereses entre dos personas” definición que llega a ser relevante para determinar la existencia *prima facie* de alguna. Sin embargo y de acuerdo con Yoshifumi Tanaka aún no ha quedado claro el grado de diferencia que existe entre la determinación de existencia *prima facie* de la controversia y la determinación definitiva sobre la existencia de la controversia y señala que en la práctica una vez que la Corte ha identificado la

²⁷⁹ *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America) (*Mexico v. United States of America*), Provisional Measures, Order of 16 July 2008, I. C. J. Reports 2008, 311.

²⁸⁰ “[...] may indicate provisional measures in context of proceedings for interpretation of a judgment only if it is satisfied that there *appears prima facie* to exist a ‘dispute’ within the meaning of Article 60 of the Statute” *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear* (Cambodia v. Thailand) (*Cambodia v. Thailand*), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I.C.J. Reports 2011, p. 542, para. 21.

existencia *prima facie* en la etapa referente a las medidas provisionales es difícil que en alguna etapa posterior niegue su existencia.²⁸¹

Cuando la solicitud de medidas provisionales se presenta en un caso en el que la competencia de la Corte Internacional de Justicia no hubiera sido aún establecida, se encontrara controvertida o bien, los hechos esenciales se encontraran en litigio, Rosenne señala que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, esta examina en primer lugar, si existen las condiciones para el funcionamiento de ese tipo de procedimiento incidental. Si considera que las condiciones existen, entonces analiza si las circunstancias requieren que la Corte otorgue las medidas provisionales.²⁸²

En relación con lo anterior, refiriéndose al caso *Anglo-Iranian Oil Co.*, el autor afirma que la competencia de la Corte se encontraba establecida por la aceptación mutua de su obligatoriedad, pero que esto fue controvertido por Irán, como parte demandada lo que motivo que la Corte procediera a realizar su análisis en las dos fases mencionadas en el párrafo anterior.²⁸³

²⁸¹ Tanaka, Yoshifumi, "A New Phase of the Temple of Preah Vihear Dispute before the International Court of Justice: Reflections on the Indication of Provisional Measures of 18 July 2011", *Chinese Journal of International Law*, Oxford University Press, 2012, volume 11, issue 1, March 2012, p. 200, doi: 10.1093/chinesejil/jmr051 disponible en <http://chinesejil.oxfordjournals.org> (Fecha de consulta 16 de mayo de 2012).

²⁸²Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1399

²⁸³*Ibidem*, p. 1399. La Corte Internacional de Justicia en los párrafos finales de la providencia de 5 de julio de 1951 señala que las consideraciones señaladas son suficientes para que la Corte admita la solicitud de medidas provisionales; que el otorgamiento de tales medidas no prejuzga sobre la competencia de la Corte para resolver sobre el fondo del asunto y no afecta el derecho del demandado de presentar argumentos en contra de tal competencia; que el objeto de las medidas es preservar los derechos de las partes y que la Corte debe preocuparse de ello; finalmente señaló que la situación en ese momento justificaba el otorgamiento de medidas provisionales. *Anglo-Iranian Oil Co.*, (United Kingdom v. Iran), Order of July 5th, 1951, I. C. J. Reports 1951, p. 93.

En su opinión disidente, sobre la providencia de medidas provisionales en el caso antes referido, los jueces Winiarski y Badawi Pasha, señalan que el tema de medidas provisionales se encuentra relacionado con la competencia de la Corte, pues ésta puede otorgarlas siempre que cuente con competencia para conocer del fondo del asunto, al menos de manera provisional.

Al respecto señalan que el artículo 41 que señala que la Corte puede otorgar medidas provisionales cuando las circunstancias lo requieran, presupone su competencia, pues se incluye en el apartado llamado “*Procedure*” y a las partes en este; por lo que se debe entender que existe ya ante ella un procedimiento y en él ya hay partes.

Dichos jueces señalan que no puede considerarse que la Corte se pronuncie sobre su competencia de manera final, pero ésta debe considerarse como probable.

En la misma opinión disidente, los jueces nos recuerdan que en derecho internacional la Corte tiene competencia por virtud de consentimiento de las Partes, es decir, si éstas han aceptado la competencia y que la facultad de la Corte para otorgar medidas provisionales no es incondicional, sino que se encuentra limitada para los propósitos de los procedimientos y a tales procedimientos.

Asimismo sostienen que las medidas provisionales son excepcionales y que la Corte solamente debe otorgarlas cuando sea razonablemente probable que tendrá competencia y que para que el otorgamiento de medidas provisionales se realice en concordancia con los principios de derecho internacional es necesario que se otorguen solamente cuando existan argumentos sólidos a favor de considerar que es competente y no cuando existan serias dudas o argumentos en contra.

De acuerdo con lo anterior, para dichos jueces no es sencillo considerar que si la falta de competencia no es patente, es decir si existe una posibilidad remota de que la Corte pueda tener competencia, deba otorgar las medidas

provisionales.

Sostienen también, que en ocasiones las partes controvierten la competencia de la Corte solamente como táctica de su defensa, pues de cualquier forma, se presentan en el procedimiento. Sin embargo, para el caso con el que se relaciona su opinión disidente, sobre la *Anglo-Iranian Oil Co.* señalan que Irán no aceptó la competencia de la Corte y por ello consideran también que no debió otorgar medidas provisionales.²⁸⁴

Retomando el tema sobre las fases mencionadas en las que la Corte decide diversas cuestiones antes de emitir su decisión sobre medidas provisionales, Shabtai Rosenne señala que a partir de los casos *Fisheries Jurisdiction* y *Nuclear Tests*, la Corte asumió la postura de resolver en primer lugar las cuestiones sobre competencia y admisibilidad. Sin embargo, también señala que esta manera es contraria a la que generalmente se realiza en la práctica y que puede acarrear problemas, a menos que las partes estén de acuerdo en llevar a cabo el procedimiento de esa manera.²⁸⁵

De igual forma en el caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, la Corte también requirió que, primero se consideraran las cuestiones sobre competencia y admisibilidad, con el consentimiento de las partes.²⁸⁶

El demandado Estados Unidos participó en los procedimientos sobre medidas provisionales y en los relativos a la competencia y admisibilidad, pero no en los posteriores.

En la providencia sobre medidas provisionales la Corte analiza cuestiones relativas a su competencia, a partir de argumentos presentados por las partes; posteriormente, declara que no es necesario asegurarse de que de tiene

²⁸⁴*Anglo-Iranian Oil Co. Case*, Provisional Measures, Order of 5 July 1951, I. C. J. Reports 1951, *Dissenting Opinion of Judges Winiarski and Badawi Pasha*, p. 96-98.

²⁸⁵Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 141, p. 1404

²⁸⁶*Ibidem*, p. 1405

competencia sobre el fondo del asunto o que una excepción sobre la competencia se encuentra fundada para otorgar las medidas provisionales, aunque no debe otorgarlas si *prima facie* no parece que su competencia pueda considerarse fundada.²⁸⁷

Ahora bien, en diversos casos tales como el caso *Fisheries Jurisdiction*, señaló que si bien no debe asegurarse de que tiene competencia para conocer del fondo del asunto, no debe otorgar las medidas provisionales si la ausencia de competencia es manifiesta.²⁸⁸

Por otro lado, en el caso *Pakistani Prisoners of War* la Corte sostuvo que en las circunstancias del caso, primero tenía que asegurarse de que tenía competencia para conocer del caso.²⁸⁹

Además, tanto en las providencias de medidas provisionales como en las sentencias de los casos en los que estas se han otorgado, la Corte ha dicho

²⁸⁷"Whereas on a request for provisional measures the Court need not, before deciding whether or not to indicate them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, or, as the case may be, that an objection taken to jurisdiction is well-founded, yet it ought not to indicate such measures unless the provisions invoked by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded;" *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I. C. J. Reports 1984, p. 179, para. 24. [Traducción propia: Considerando que al conocer de una solicitud de medidas provisionales no es necesario que la Corte, antes de decidir si las indicará o no, se asegure de que tiene competencia sobre el fondo del asunto o, según sea el caso, de que alguna excepción de incompetencia se encuentra debidamente fundada; sin embargo, no debe otorgar medidas provisionales a menos de que las provisiones invocadas por el solicitante parezcan *prima facie* que proporcionen una base en la que se funde la competencia de la Corte".]

²⁸⁸*Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 33, para 16. Posteriormente, también en *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C. J. Reports 1973, p. 101, para. 13.

²⁸⁹*Trial of Pakistani Prisoners of War*, Interim Protection, Order of 13 July 1973, I. C. J. Reports 1973, p. 330, para. 16

que su decisión sobre el otorgamiento de medidas provisionales no prejuzga sobre el fondo del asunto ni sobre cuestiones relacionadas con él; y que también el derecho de las partes de presentar argumentos en contra de su competencia o en relación con el fondo del asunto permanece intacto.²⁹⁰

En relación con el tema sobre *forum prorogatum* que hemos mencionado, Shabtai Rosenne dice que cuando ambas partes solicitan a la Corte el otorgamiento de medidas provisionales, la competencia de esta no se discute, agregando que puede perfeccionarse vía *forum prorogatum*.

Sin embargo, el autor también afirma que no es suficiente considerar que la Corte tiene competencia mediante *forum prorogatum* cuando se trata de casos en los que el demandado, en la solicitud de medidas provisionales, mientras que niega que la Corte tenga competencia para conocer del fondo del asunto, le sugiere medidas provisionales que considera que su contraparte. En casos como estos en los que las partes o alguna de ellas controvierten la competencia de la Corte en la fase de medidas provisionales, no se ha seguido la práctica de solicitar que se trate en primer lugar las cuestiones sobre competencia y admisibilidad.²⁹¹

3.4.2.2 Verosimilitud de los derechos

Como ya hemos mencionado, las medidas cautelares o provisionales tienen la finalidad de proteger los derechos de las partes. Para que la Corte pueda preservar los derechos de éstas, es necesario que aquella que las solicitó demuestre que puede acreditar ante la Corte, *prima facie*, que tales derechos existen. Para su otorgamiento por tanto, basta con determinar que la

²⁹⁰ *Anglo-Iranian Oil Co. Case*, (United Kingdom v. Iran), Order of July 5th, 1951, I. C. J. Reports 1951, p. 93; *Anglo-Iranian Oil Co. case* (jurisdiction), Judgment of July 22nd, 1952: I. C. J. Reports 1952, p. 102; *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 34, para. 21; también las salas de la Corte así lo sostienen *Frontier Dispute*, Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I. C. J. Reports 1986, p. 11, para. 30.

²⁹¹ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1409.

existencia de tales derechos parece verosímil, pues como ya lo señalaba Calamandrei, declarar la certeza de su existencia, corresponde a la providencia principal y no a la cautelar que solo se limita a un juicio de probabilidad y verosimilitud. Así, en la etapa de medidas provisionales, la existencia del derecho tiene valor de hipótesis y basta con prever que la sentencia principal declarara el derecho en sentido favorable a quien solicitó la medida cautelar.²⁹²

En este sentido, es admisible basarse en la apariencia del buen derecho o *fumus boni iuris*,²⁹³ es decir en la simple presunción o apariencia de que los derechos que se busca proteger existen, debido que dicha protección debe ser inmediata ante el riesgo de peligro o daño que existe, por lo que su otorgamiento, basado en un análisis superficial se justifica, pero también puede considerarse que ofrece una gran ventaja, al evitar que algún recurrente habilidoso carente de fundamento *prima facie* invoque pretensiones temerarias o que alguna actuación, omisión o disposición que tenga apariencia de ilegalidad produzca sus efectos durante el transcurso del juicio y cause perjuicios al recurrente.²⁹⁴

²⁹² Calamandrei, Piero, *op. cit.*, nota 169, p. 42.

²⁹³ En relación con estos conceptos Raquel Sandra Contreras López considera que se ha realizado una traducción literal del concepto *fumus boni iure* a apariencia del buen derecho al utilizar la palabra “buen” lo que considera inadecuado ante la consideración respecto a que no puede existir un derecho bueno y otro malo, por lo que señala que más que bueno debe considerarse que se debe referir a un derecho justo. Contreras López, Raquel Sandra, *Teoría integral de la apariencia jurídica*, México, Porrúa, 2006, pp. 215-217.

Al respecto consideramos que, al tratarse de una apariencia, no se puede aseverar aún que el derecho aparente sea justo, pues es justo para la parte que lo considera aparente y no para la contraria; por lo tanto consideramos que debería entenderse como un derecho válido que si bien también cae en la suposición anterior de ser válido solamente para la parte que alega le corresponde, el peso es menor a aseverar en el proceso incidental que el derecho que aún no se demuestra existente, es justo.

²⁹⁴ González Chévez, Héctor, *op. cit.* nota 167, p. 101.

Raquel Sandra Contreras López define la apariencia jurídica como “lo que percibe la colectividad como cualidades o calidades fundadas en derecho, o derivadas de una norma jurídica, respecto de una determinada persona o cosa, cuando en verdad esa persona o esa cosa, pueden o no tenerlas en realidad”.²⁹⁵

Jean Claude Tron Petit define el *fumis boni iuris* como “una serie de circunstancias que en conjunto permiten advertir la existencia o cuando menos presunción de una infracción evidente en términos de verosimilitud o posibilidad -probabilidad lógica y estadísticas prácticas-, a partir de la información con que se dispone y sin pretender o exigir que exista prueba sin género de dudas”.²⁹⁶

Conforme lo prevé el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el objetivo de las medidas provisionales es preservar los derechos de las partes; sin embargo, para que se puedan indicar estas medidas, debe satisfacerse el requisito consistente en que los derechos que una de las partes alega poseer, tienen que ser al menos verosímiles -“*at least plausible*”-.²⁹⁷

Tanaka²⁹⁸ sostiene que la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre medidas provisionales evolucionó notablemente al introducir la

²⁹⁵ Contreras López, Raquel Sandra, *op. cit.*, nota 292, p. 79.

²⁹⁶ Tron Petit, *op. cit.*, nota 258, p.36

²⁹⁷ En algunos textos podemos encontrar la palabra en español “plausible” esta palabra en español existe, pero no como traducción de aquella que en inglés se escribe igual. En español “plausible” quiere decir “digno o merecedor de aplauso”; o bien “atendible, admisible, recomendable” (Real Academia Española. (2001). Plausible en *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.). Recuperado de <http://lema.rae.es/drae/?val=plausible>). El significado de la palabra en inglés distinto “*plausible*” puede significar “*superficially fair, reasonable, or valuable but often specious*” o “*superficially pleasing or persuasive*” o “*appearing worthy of belief*”. Tomando en cuenta lo anterior es que consideramos que para una traducción correcta al español se debe utilizar la palabra “verosímil”.

²⁹⁸ Tanaka, Yoshifumi, *op. cit.*, nota 280, p. 218.

prueba de verosimilitud como un claro requisito para otorgar las medidas; aunque también señala que normalmente la Corte no examina explícitamente la verosimilitud de los derechos pretendidos en la solicitud principal como condición de las medidas provisionales, cita como excepción a la afirmación anterior, el caso *Lockerbie*, en el que después de haberse iniciado el procedimiento, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó una resolución conforme al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas solicitando a Libia la entrega de dos de sus nacionales acusados como responsables del atentado al vuelo de la aerolínea PanAm. La Corte sostuvo que de acuerdo con el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas las obligaciones de las Partes, prevalecen sobre sus obligaciones conforme a cualquier otro acuerdo internacional, incluyendo a la Convención de Montreal. Esto motivó que negara a Libia el otorgamiento de medidas provisionales, pues los derechos que reclamó conforme a la Convención de Montreal no son considerados apropiados para protegerse mediante medidas provisionales.²⁹⁹

Dentro de los procedimientos ante la Corte Permanente de Justicia el juez Anzilotti señaló que si es posible con el análisis preliminar (*summaria cognitio*) que se realice, darse cuenta de la posibilidad o verosimilitud del derecho pretendido y de la posibilidad de peligro a la que tal derecho está expuesto, la solicitud de medidas provisionales sería justa, oportuna y apropiada.³⁰⁰

²⁹⁹*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I. C. J. Reports 1992, p. 15, paras. 39-40; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I. C. J. Reports 1992, p. 126 - 127, paras. 42- 43.

³⁰⁰"If the *summaria cognitio*, which is characteristic of a procedure of this kind, enabled us to take into account the possibility of the right claimed by the German Government, and the possibility of the danger to which that right was exposed, I should find it difficult to imagine any request for the indication of interim measures more just, more opportune or more appropriate than the one which we are considering." *Case concerning the Polish Agrarian Reform and German Minority*, Order made on July 29th, 1933, P.

C. I. J. Series A/B No. 58, Dissenting Opinion Judge Anzilotti, p.181. [Traducción propia: "Si el
164 El Otorgamiento de Medidas Cautelares por la Corte Internacional de Justicia

En el caso *Anglo-Iranian Oil Co.* los jueces Winiarski y Badawi Pasha afirmaron que un juez solo otorga las medidas provisionales cuando considera que el derecho del solicitante es claro o evidente.³⁰¹

Otro caso que merece atención respecto de este tema es el de *Passage through the Great Belt* entre Finlandia y Dinamarca. En la providencia sobre medidas provisionales para el mismo, se señala que de acuerdo con Dinamarca señala que para que las medidas provisionales sean otorgadas es esencial que Finlandia, como solicitante de ellas, sea capaz de sostener que el derecho que reclama existe; hasta el punto de que existan posibilidades de éxito en el caso principal. Al respecto, la Corte sostuvo que la existencia del derecho de Finlandia al paso por el Gran Canal no se encuentra controvertida, sino que la controversia entre las partes es sobre la naturaleza y alcance de tal derecho, que puede ser protegido por medidas provisionales, si la Corte estima que las circunstancias lo ameritan.³⁰²

Como se observa en ese Caso la Corte consideró, que aunque no se cuestionaba la existencia del derecho de paso de Finlandia, si versaba sobre su naturaleza y alcance y consideró que podía ser protegido mediante el otorgamiento de medidas provisionales, si de acuerdo con el artículo 41 del Estatuto la Corte considera que las circunstancias así lo exigen.³⁰³

análisis preliminar, característico en un procedimiento de este tipo, nos permite tener en cuenta la verosimilitud del derecho reclamado por el gobierno alemán así como la del peligro al que tal derecho fue expuesto, me resulta difícil imaginar que haya una solicitud más justa, más oportuna y más apropiada que esta sujeta a nuestra consideración”.]

³⁰¹ “[...] a judge will only grant it if the right of the applicant appears to him to be clear”. *Anglo Iranian Oil Co. Case*, (United Kingdom v. Iran), Order of July 5th, 1951, I. C. J. Reports 1951, Dissenting Opinion of Judges Winiarski and Badawi Pasha, p. 96. [Traducción propia: “(...) un juez solamente las otorgará si le parece evidente el derecho del solicitante”.]

³⁰² *Passage through the Great Belt*, (Finland v. Denmark), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of July 29th, 1991, I. C. J. Reports 1991, p. 17, paras. 21 and 22.

³⁰³ *Ibidem*, p. 17, para. 21-22.96.

En relación con la obligación del Estado solicitante de las medidas provisionales, referente a comprobar, al menos de manera provisional, la existencia de los derechos cuya protección busca, el juez Shahabuddeen emitió una opinión disidente para la providencia citada en el caso *Passage through the Great Belt* que consistió en afirmar que el solicitante de medidas provisionales, Finlandia, se encontraba obligado a demostrar la posibilidad de existencia de el derecho de paso que reclamaba.³⁰⁴

La diferencia de opiniones se alimenta, cuando se considera que al otorgar medidas provisionales la Corte podría limitar el ejercicio de un derecho por parte de alguno de los Estados parte en una controversia, sin requerir que se demuestre que el derecho existe, al menos probablemente.

De acuerdo con el juez Shahabuddeen si la Corte otorgara las medidas sin contar con una base adecuada para considerar que el derecho existe se presenta un problema relacionado con el carácter excepcional de las medidas provisionales.³⁰⁵

También afirma que se ha considerado que en caso de demostrar la existencia de un derecho existiría un peligro de prejuzgar sobre el fondo del asunto, pero que al otorgar medidas provisionales la Corte no decide definitivamente que el derecho existe, sino que lo que toma en cuenta es si el solicitante ha demostrado la posibilidad de que el derecho exista.

Manifestó, asimismo, que es importante que se presente material suficiente para demostrar la posibilidad de existencia de los derechos que se

³⁰⁴*Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I. C. J. Reports 1991, Separate Opinion Judge Shahabuddeen, p. 28.

³⁰⁵ El mismo juez señaló que el carácter excepcional de las medidas provisionales adquiere mayor fuerza en razón de que no se ha establecido que en caso de que alguna de las partes sufra un daño derivado de haber cumplido con lo establecido por alguna providencia de medidas provisionales, ésta reciba una compensación.

busca proteger, y que el grado de prueba exigido debe determinarse según la naturaleza depende del carácter y circunstancias de cada caso en particular.³⁰⁶

Concluye afirmando que el Estado que solicita las medidas provisionales debe demostrar la posible existencia de los derechos cuya protección busca, mediante una *summaria cognitio* tomando en cuenta la posibilidad del derecho reclamado y la del peligro ante el que se encuentre expuesto tal derecho; en el caso en relación con el que emite su opinión disidente, señala que Finlandia logra demostrar la existencia del derecho.³⁰⁷

Sobre el mismo caso Tanaka manifiesta, que a pesar de la afirmación de Dinamarca, la Corte no examinó la existencia *prima facie* del derecho susceptible de protección.³⁰⁸

Sin embargo podemos señalar que lo que se debe demostrar *prima facie* es la existencia de un conflicto, no la de los derechos; aunque es posible que la Corte no se haya pronunciado al respecto en razón de que como lo hemos mencionado, en la providencia de medidas provisionales señaló que la existencia del derecho no era una cuestión en disputa en ese momento.

El caso relativo a *Pulp Mills on the River Uruguay* entre Argentina y Uruguay buscaba determinar si de acuerdo con el Estatuto del Río Uruguay de 1975 un proyecto en el río era procedente solamente si ambas partes estaban de acuerdo o no. Argentina consideró que tenía derecho a que Uruguay asegurara que no autorizaría o llevaría a cabo la construcción de obras que pudieran causar un daño significativo al Río Uruguay o a Argentina.³⁰⁹

³⁰⁶*Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I. C. J. Reports 1991, Separate Opinion Judge Shahabuddeen, p. 30.

³⁰⁷*Ibidem*, p. 36

³⁰⁸Tanaka, Yoshifumi, *op. cit.*, nota 280, p. 219.

³⁰⁹*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006, pp. 116-117, para. 14.

Uruguay, por su parte, sostenía que el Estatuto de 1975 no confería a ninguna de las Partes poder de veto sobre la otra³¹⁰ y que se debían rechazar las medidas provisionales solicitadas por Argentina, pues el incumplimiento al Estatuto del Río Uruguay del que se le acusa “*prima facie lack substance*” y la pretensión de Argentina no tenía perspectivas de éxito serias.³¹¹

La Corte evitó realizar el análisis sobre la existencia *prima facie* de tal derecho en la etapa del procedimiento de medidas provisionales, que de acuerdo con el juez Bennouna debió haber realizado.³¹²

En el caso entre Bélgica y Senegal la Corte se refirió a la prueba de verosimilitud al señalar que “*The power of the Court to indicate provisional measures should be exercised only if the Court is satisfied that the rights asserted by a party are at least plausible*”.³¹³

En dicho caso, Bélgica consideraba que su solicitud de medidas provisionales tenía el objetivo de proteger su derecho a que Senegal procesara al Sr. Habré directamente o, en su defecto, a obtener su extradición; también señaló, que la Convención contra la tortura confiere a todos los Estados Partes el derecho a que Senegal cumpla con todas las disposiciones de la Convención.³¹⁴

La Corte consideró que no era necesario, en la fase de los procedimientos de medidas provisionales, establecer la existencia definitiva de los derechos

³¹⁰*Ibidem*, p. 127, para. 53.

³¹¹*Ibidem*, p. 123, para. 43.

³¹²*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006, Separate Opinion of Judge Bennouna, p.131, paras. 70 - 71.

³¹³*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I. C. J. Reports 2009, p. 151, para. 57. [Traducción propia: La facultad de la Corte de indicar medidas provisionales solamente debe ejercerse si la Corte se ha asegurado de que los derechos que determinada parte alega son al menos verosímiles”.]

³¹⁴*Ibidem*, p. 152, para. 58.

pretendidos por Bélgica o considerar su capacidad de hacerlos valer ante la Corte.

Así, sostuvo que los derechos que Bélgica hizo valer, basada en una posible interpretación de la Convención contra la Tortura, parecen verosímiles. En este caso la prueba de verosimilitud se discutió en relación con el vínculo entre el derecho a proteger y las medidas solicitadas.

En cambio, en el caso entre Costa Rica y Nicaragua la verosimilitud de los derechos se consideró explícitamente como un requisito para otorgar medidas provisionales. La Corte señaló que para considerar la solicitud de medidas provisionales solo tenía que determinar si los derechos pretendidos por el solicitante y para los que busca protección al menos son verosímiles. Concluyó que los derechos pretendidos por Costa Rica eran verosímiles.³¹⁵

En relación con el mismo caso, el juez *ad hoc* Dugard sostuvo en su opinión consultiva que no es suficiente con que el Estado solicitante afirme tener un derecho, sino que debe demostrar que tal derecho existe o que es un derecho verosímil, de acuerdo con el nuevo lenguaje de la Corte agrega Dugard. También señala que sería injusto que sujetar a un Estado a una orden vinculante, cuando el Estado solicitante solamente ha afirmado tener un derecho, sin demostrar sin fundamento *prima facie* que tenía posibilidades de que su demanda sobre el fondo prosperara.³¹⁶

Tanaka anota las dificultades que surgen respecto de la prueba de verosimilitud de los derechos pretendidos por las Partes. La primera es la vaguedad e incertidumbre de la prueba, pues estima que a pesar de que ha sido considerada dentro de la jurisprudencia de la Corte, sus estándares no son claros, precisando además, que la vaguedad de la prueba puede implicar

³¹⁵*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, p.19 paras. 55-59.

³¹⁶*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Dugard, p. 62 , para. 3-4

un riesgo a afectar la previsibilidad de la Corte al dictar medidas provisionales.³¹⁷

El Juez Koroma, en su opinión disidente para el caso entre Costa Rica y Nicaragua, sostiene que “... *the most problematic aspect of the plausibility standard is its vagueness, giving the impression that the threshold for the indication of provisional measures has been lowered.*”³¹⁸

También señala que el término “verosimilitud” es poco confiable para considerarse como estándar que las partes deben cumplir para que se puedan otorgar medidas provisionales, debido a la vaguedad del mismo significado de la palabra.³¹⁹

Para Tanaka, por otra parte, el examen de verosimilitud de los derechos pretendidos por las partes en la etapa relativa a las medidas provisionales,

³¹⁷Tanaka, Yoshifumi, *op. cit.*, nota 280, p. 223

³¹⁸*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I. C. J. Reports 2011, Separate Opinion Judge Koroma, p. 31, para. 7. [Traducción propia: “ (...) el aspecto más problemático del estándar de verosimilitud es su vaguedad, lo que da la impresión de que se ha reducido el umbral para la indicación de medidas provisionales”.]

³¹⁹“*The ambiguity or vagueness inherent in the English-language meaning of “plausible” makes it unreliable as a legal standard that parties must meet to obtain relief from this Court in the form of provisional measures, especially since the binding force of orders indicating provisional measures has been confirmed by the Court. The standard may even inadvertently offer parties an opportunity to submit specious claims which, at a superficial glance, may appear credible but could mislead the Court to indicate provisional measures.*” *Ibidem*, para. 8. [Traducción propia: La ambigüedad o vaguedad inherente al significado en inglés de la palabra “verosímil” lo hace poco fiable como un estándar legal con el que debe cumplirse para lograr que la Corte otorgue medidas provisionales, especialmente desde que la Corte ha confirmado que las providencias de medidas provisionales son de carácter obligatorio. El estándar incluso ofrece, de manera involuntaria a las partes, la oportunidad de presentar demandas engañosas que a simple vista aparentan credibilidad, pero podrían inducir a la Corte a otorgar medidas provisionales”.]

puede correr el riesgo de desembocar en el análisis de cuestiones que deben analizarse al momento de juzgar sobre el fondo del asunto.³²⁰

Es probable que sea difícil distinguir entre el examen de verosimilitud en la etapa de medidas provisionales y el examen que sobre los mismos derechos se examine sobre el fondo del asunto. En relación con esto, el juez ad hoc Dugard señaló en su opinión disidente sobre el caso entre Costa Rica y Nicaragua que el examen de verosimilitud de los derechos requiere inevitablemente que se realice alguna reflexión sobre el fondo del caso.³²¹

Lo anterior, ha motivado la afirmación del juez Shahabuddeen, en el sentido de que no se debe ignorar el riesgo de prejuzgar sobre el fondo.³²²

Las “*Practice Directions*”, término traducido en algunas ocasiones como “Instrucciones Prácticas”, lo que consideramos inadecuado pues lo que estas pretenden es dar instrucciones, respecto del procedimiento a lo que se refiere la palabra “*practice*”, por lo que una traducción más apropiada deberá ser directrices para el procedimiento, incluyen la “*Practice Direction XI*”, reformada el 20 de enero de 2009, que en relación con el otorgamiento de medidas provisionales señala que las Partes deben limitarse a asuntos relevantes de acuerdo con los criterios establecidos por el estatuto, reglamento y jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y no pueden analizar sobre el fondo del asunto más allá de lo que sea estrictamente necesario para tal propósito.³²³

³²⁰ Tanaka, Yoshifumi, *op. cit.*, nota 280, p. 224

³²¹ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, Separate Opinion Judge ad hoc Dugard, p. 62, para. 3.

³²² *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I. C. J. Reports 1991, Separate Opinion Judge Shahabuddeen, p. 29.

³²³ “*In the oral pleadings on requests for the indication of provisional measures parties should limit themselves to what is relevant to the criteria for the indication of provisional measures as stipulated in the Statute, Rules and jurisprudence of the Court. They should not enter into the merits of the case beyond*”

Tanaka considera que contrario a lo dispuesto por la “*Practice Direction XI*” al considerar que una vez que la Corte ha confirmado la verosimilitud de los derechos pretendidos por las Partes sería difícil que negara su existencia posteriormente, por lo que el examen de verosimilitud alentaría a las Partes a examinar cuestiones sobre el fondo en la etapa de las medidas provisionales.³²⁴

En relación con lo anterior el autor cita al juez Sepúlveda Amor quien en su opinión disidente sobre el caso entre Costa Rica y Nicaragua señaló que la imprecisión del requisito de verosimilitud puede alentar a los Estados a abordar excesivamente la substancia de la controversia en una etapa temprana y por lo tanto a sobrecargar los procedimientos para el otorgamiento de medidas provisionales con cuestiones que deben tratarse al momento de juzgar sobre el fondo.³²⁵

Una cuestión más, que trasciende a la verosimilitud de los derechos es aquella, sobre si debe considerarse como condición para otorgar medidas provisionales. Al respecto, los jueces Sepúlveda Amor³²⁶ y juez Greenwood³²⁷

what is strictly necessary for that purpose.” Practice Direction XI, Practice Directions, nota as amended on 20 January 2009 and 21 March 2013, International Court of Justice, disponible en <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=4&p3=0> (Fecha de consulta 6 de septiembre de 2013)..

[Traducción propia: En los alegatos orales sobre solicitudes de medidas provisionales, las Partes deben limitarse a aquello que resulte relevante en cuanto a las condiciones necesarias para el otorgamiento de medidas provisionales que se estipulan en el Estatuto, el Reglamento y la jurisprudencia de la Corte. No deben entrar al fondo del asunto más allá de lo que sea estrictamente necesario para tal propósito“.]

³²⁴Tanaka, Yoshifumi, *op. cit.*, nota 280, p. 224.

³²⁵*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, Separate Opinion of Judge Sepúlveda-Amor, p. 38, para. 15.*

³²⁶ *Ibidem*, p. 38, para. 16.

³²⁷ El juez Greenwood manifestó sus consideraciones de la siguiente manera “[...] *it was not adding a new requirement but simply spelling out the implications of the general principle that* El Otorgamiento de Medidas Cautelares por la Corte Internacional de Justicia

consideran que no se ha agregado un requisito adicional, sino que se ha pretendido dar un nombre o clarificar un requisito que ya se encontraba implícito en la jurisprudencia de la Corte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha analizado la apariencia del buen derecho o verosimilitud de los derechos en diversos casos que le han sido presentados.

En el caso *Castañeda Gutman* la Corte determinó que no podía apreciar la configuración de la apariencia del buen derecho sin emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado y que las pretensiones del peticionario se consumirían con la orden de medidas provisionales por lo que la adopción de las medidas implicaría un juzgamiento anticipado por vía incidental.³²⁸ Así lo considero también, en el caso *Luisiana Ríos y otros*.³²⁹

3.4.2.3 El vínculo entre los presuntos derechos y las medidas solicitadas

El propósito de las medidas provisionales, como ya hemos mencionado, es asegurar los derechos de las partes durante las controversias que se planteen ante la Corte, para asegurar la efectividad de la sentencia de fondo que emita, razón por la que se considera que estas medidas son instrumentales o auxiliares a la pretensión principal.

provisional measures exist to protect rights which might be adjudged to belong to one of the parties". Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, Separate Opinion of Judge Greenwood, p. 47 para. 5.

³²⁸*Cfr.* Corte IDH. *Asunto Castañeda Gutman respecto México*. Medidas Provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de los Estados Unidos Mexicanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2005, considerando, párr. 6.

³²⁹*Cfr.* Corte IDH. *Asunto Luisiana Ríos y otros respecto Venezuela*. Medidas Provisionales respecto de la República Bolivariana de Venezuela. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de junio de 2007, considerando, párr. 10.

Las medidas deben estar relacionadas con los derechos objeto de la controversia, pero su solicitud no puede utilizarse para tratar cuestiones que no sean materia de la controversia principal.

Derivado de lo anterior es preciso señalar que la solicitud de medidas provisionales debe estar vinculada con el fondo del asunto debido a que el objeto de tales medidas es proteger los derechos de las partes, por lo que con su otorgamiento no solamente se pretende lograr la emisión de una sentencia, sino lograr también la protección de los derechos de las partes, pero siempre como medio de proteger el fondo del asunto.

En relación con este tema, también debemos mencionar que otra forma de vincular las medidas provisionales con los derechos de las partes es que si bien esas medidas deben atender a la urgencia, gravedad y riesgo de daño irreparable, también deben considerar el tipo de derechos que se busca proteger, es decir, se debe ser cuidadoso para emitir medidas que sean proporcionales a las circunstancias que se presenten en cada caso en concreto.

3.4.2.4 Determinar la existencia de jurisdicción *prima facie* sobre el fondo del asunto

La Corte Internacional de Justicia tiene la facultad de otorgar medidas provisionales; sin embargo, de acuerdo con el artículo 41 de su Estatuto esta facultad es distinta de la competencia que puede o no tener en un asunto determinado para otorgarlas.

En virtud de considerar al otorgamiento de medidas provisionales, como un principio universal, es posible concluir que un tribunal internacional tiene la facultad inherente de otorgar medidas provisionales aún cuando el instrumento en el que se basa, no le otorga expresamente dicha facultad, como señala Collins que sucedió en *The Gramophone case* resuelto en 1922 por un Tribunal Arbitral Mixto entre Inglaterra y Alemania.³³⁰

³³⁰ Collins, Lawrence, *op. cit.*, nota 135, p. 170

Sobre el mismo tema el Juez Fitzmaurice en su opinión disidente para el caso *Northern Cameroon case* dijo que:

*Although, much (though not all) of this incidental jurisdiction is specifically provided for in the Court's Statute, or in the Rules of Court which the Statute empowers the Court to make, it is really an inherent jurisdiction, the power to exercise which is a necessary condition of the Court –or of any court of law- being able to function at all.*³³¹

Hemos señalado que para que la Corte Internacional de Justicia sea competente para conocer un caso es necesario que las partes manifiesten su consentimiento.

Uno de los requisitos necesarios para el otorgamiento de medidas provisionales³³² se relaciona con la competencia de la Corte para conocer sobre el fondo del asunto. Esto se debe a que para que otorgue medidas provisionales, es necesario que estime *prima facie* que tiene competencia para conocer sobre el fondo del asunto.

Lo anterior significa que para que la Corte Internacional de Justicia otorgue medidas provisionales, de acuerdo con el artículo 41 de su Estatuto no

³³¹ *Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963: I. C. J. Reports 1963, Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, p. 103. [Traducción propia: “A pesar de que mucho (aunque no todo) sobre la competencia incidental se encuentra previsto en el Estatuto de la Corte o en su Reglamento, mismo que la Corte está facultada, por virtud del Estatuto, a crear; se trata realmente de una competencia, la posibilidad de ejercerla es una condición necesaria de la Corte –o de cualquier tribunal- para poder funcionar”.]

³³² Más que una circunstancia que contribuya a la necesidad de otorgar medidas provisionales, el juez Mosler señaló en su opinión disidente respecto de la orden de medidas provisionales en el caso *Aegean Sea Continental Shelf*, que la afirmación provisional sobre la competencia es un requisito para examinar si existen las circunstancias para otorgar las medidas. *Aegean Sea Continental Shelf*, Interim Protection, Order of 11 September 1976, I. C. J. Reports 1976, p. 25.

es necesario que se declare fehacientemente competente sobre el fondo del asunto, pero sí tiene que señalar que *prima facie* parece que tendrá jurisdicción sobre el fondo del mismo. Por esto, Jiménez de Aréchega dice que las “*interim measures will not be granted unless a majority of judges believes at the time that there will be jurisdiction the merits*”.³³³

Como antecedente de la competencia *prima facie* encontramos que en el caso *Anglo-Iranian Oil Co.*, el primero en el que se solicitaron y otorgaron medidas provisionales ante la Corte Internacional de Justicia, la Corte señaló que no podía considerar que las reclamaciones se encontraran completamente fuera del ámbito derecho internacional y con ello cumple el requisito de considerar que es competente *prima facie*.

Whereas the complaint made in the Application is one of an alleged violation of international law by the breach of the agreement for a concession of April 29th, 1933, and by a denial of justice which, according to the Government of the United Kingdom, would follow from the refusal of the Iranian Government to accept arbitration in accordance with that agreement, and whereas it cannot be accepted a priori that a claim based on such a complaint falls completely outside the scope of international jurisdiction;

*Whereas the considerations stated in the preceding paragraph suffice to empower the Court to entertain the Request for interim measures of protection; [...]*³³⁴

³³³ Shaw, Malcom N., *International Law*, 6th edition, Cambridge University Press, 2008, p. 109.

[Traducción propia: “Las medidas provisionales no se otorgarán a menos que la mayoría de los jueces considere en ese momento, que habrá competencia para conocer del fondo del asunto”.]

³³⁴ *Anglo-Iranian Oil Co. Case, (United Kingdom v. Iran)*, Order of July 5th, 1951, I. C. J. Reports 1951, pp. 92-93. [Traducción propia: “Considerando que la queja presentada en la Solicitud es sobre una presunta violación al derecho internacional mediante un incumplimiento al acuerdo de concesión del 28 de abril de 1933 y la denegación de justicia que, de acuerdo con el gobierno

En cuanto al caso antes mencionado y los párrafos de la providencia de medidas provisionales transcritos, Shabtai Rosenne señala que no es convincente el argumento de que no se puede aceptar *a priori* que la reclamación se encuentra dentro del ámbito de jurisdicción internacional porque la preocupación de una corte o tribunal internacional sólo debe ser si la reclamación se encuentra dentro de su propia jurisdicción.³³⁵

Sin embargo, tanto en él, como en los casos *Nuclear Tests* entre Australia y Nueva Zelanda contra Francia, la Corte estimó, posteriormente, no conocer sobre el fondo del asunto.

Rosenne³³⁶ señala también, que la principal característica de la competencia incidental es que no depende del consentimiento de las partes, sino de un hecho objetivo como la existencia de un procedimiento ante la Corte o, en el caso de la revisión o interpretación de sentencias, la existencia de la sentencia a revisar o interpretar. Tales hechos objetivos se encuentran previstos en el Estatuto de la Corte, en el Reglamento, en principios generales sobre la administración de justicia o bien, se desprende de una combinación de estos instrumentos. El autor también señala que la competencia incidental de la Corte solamente descansa indirectamente en el consentimiento de las partes.

Menciona también, que el procedimiento para otorgar medidas provisionales tiene un carácter independiente que lo diferencia del procedimiento principal del caso, menciona que así se ha considerado en diversas providencias como la del caso *Sino-Belgian Treaty* hecha por el entonces presidente de la Corte, el Juez Huber, en el caso *Prince von Pless*

del Reino Unido, se originó a partir de la negativa del gobierno iraní a aceptar el arbitraje conforme a aquel acuerdo; y considerando que no se puede aceptar *a priori* que una reclamación de ese tipo se encuentra fuera del ámbito de la jurisdicción internacional; Considerando que las consideraciones establecidas en el párrafo anterior son suficientes para que la Corte se encuentre facultada para conocer de la Solicitud de medidas provisionales de protección; (...)]

³³⁵ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 177, p. 518.

³³⁶ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 193, p. 326.

Administration y en el caso *Anglo Iranian Oil Co.* y que además es la postura de los Jueces Winiarski y Badawi que sostuvieron al señalar que la Corte puede otorgar medidas provisionales solamente cuando pueda determinar, provisionalmente, que es competente para conocer el fondo del asunto.³³⁷

Lawrence Collins menciona que, en cuanto el nivel de convencimiento que debe tener la Corte sobre su competencia sobre el fondo del asunto, para poder entonces otorgar medidas provisionales, existen diversas posturas. El autor dice que la del Juez André Gros consiste en que la Corte debe estar convencida de su competencia, en cambio considera como una postura moderada a la de los Jueces Winiarski y Badawi Pasha en el caso *Anglo Iranian Oil Co.*³³⁸

En el caso *Nuclear Tests* el Juez André Gros dijo que la Corte debe convencerse de que es competente para conocer del fondo antes de otorgar medidas provisionales. Al respecto, señaló que el poder o facultad de la Corte para otorgar medidas provisionales no es discrecional, pues al efecto debe cumplir con lo señalado por el artículo 41 cuando establece que las circunstancias así lo ameriten y que de acuerdo con el artículo 36, párrafo 6, la Corte tiene la obligación en todos los casos, incluyendo los urgentes de convencerse de que es competente para conocerlos.³³⁹

³³⁷ *Ibidem*, p. 328

³³⁸ Collins, Lawrence, *op. cit.*, nota 135, pp. 174-175.

³³⁹ "Article 41 does not give the Court a discretionary power but a competence bound by the conditions laid down in that text; it is necessary that 'circumstances so require' and that the measures should be necessary to preserve 'the respective rights of either party', which covers the same examination of fact and of law that Article 53, paragraph 2, imposes on the Court, in addition to the general obligation upon every judge, including a judge of urgent cases, to satisfy himself that he has jurisdiction; that is what Article 36, paragraph 6, recalls." *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C. J. Reports 1973, Dissenting Opinion Judge André Gros, p. 122 [Traducción propia: "El artículo 41 no otorga a la Corte una facultad discrecional, sino una competencia limitada por las condiciones establecidas en el texto; es necesario que 'las circunstancias lo requieran' y que las medidas sean necesarias para 'preservar los derechos de cualquiera de las

El Juez Gros agrega que el análisis de los hechos y derechos, condición necesaria para el otorgamiento de medidas provisionales, no puede dejarse de lado argumentando que puede causarse un perjuicio irreparable a los derechos de las Partes y que no se debe anticipar la sentencia final.

También señaló que cuando la Corte declara que su decisión de otorgar medidas provisionales que no se prejuzga sobre la competencia ni sobre el fondo del asunto, lo hace para garantizar que el artículo 41 del Estatuto se ha interpretado y aplicado correctamente y que en caso de que una providencia de medidas provisionales prejuzgara sobre tales cuestiones, las medidas no deberían otorgarse pues no se habría cumplido con las condiciones establecidas por el artículo 41.³⁴⁰

En el mismo sentido opinaron el Juez Forster³⁴¹, y el Juez Petren³⁴² en el

partes', con lo que se cubre la necesidad realizar un examen de hecho y de derecho impuesta a la Corte por el párrafo 2 del artículo 53, además de la obligación que tienen todos los jueces, incluidos los jueces en casos de urgencia, de asegurarse de que es competente, según señala el párrafo 6 del artículo 36".]

³⁴⁰"It is not just a kind of ritual formula, but a warranty that the Court is satisfied that Article 41 has been correctly interpreted and applied to a certain case. But if in reality an indication of provisional measures prejudices the jurisdiction or the existence of *jus standi*, the Court does not have the power to grant these measures, because the condition laid down by Article 41 of the Statute will not have been respected." *Ibidem*, p. 123. [Traducción propia: "No se trata solamente de una formula establecida como rito, sino de la garantía de que la Corte se ha asegurado de que el artículo 41 de ha interpretado y aplicado correctamente en un caso determinado. Sin embargo, si en la realidad el otorgamiento de medidas provisionales prejuzga sobre la competencia o sobre la existencia de *jus standi*, la Corte no tendrá la facultad de otorgar tales medidas, pues no se habría respetado la condición prevista en el artículo 41 del Estatuto".]

³⁴¹"To exercise this power conferred by Article 41, the Court must have jurisdiction. Even when it considers that circumstances require the indication of provisional measures, the Court, before proceeding to indicate them, must satisfy itself that it has jurisdiction. Neither the provisional character of the measures nor the urgency of the requirement that they be indicated can dispense the judge from the necessity of ascertaining his jurisdiction in *limine litis*; especially when it is seriously and categorically

mismo caso, y el último también en el caso *Trial of Pakistani Prisoners of War*.³⁴³

contested by the State proceeded against, which is the case at present." El juez también recordó que hay casos en los que el análisis que hizo la Corte sobre su competencia, en la fase sobre medidas provisionales, fue breve, práctica que considera no debería convertirse en regla en la jurisprudencia de la Corte. Señaló también que en algunos casos es posible decidir rápidamente sobre la competencia para poder otorgar medidas provisionales y en otros es necesario que se realice un examen más profundo sobre la existencia o falta de competencia para que esta sea aparente. *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973, Dissenting Opinion of Judge Forster, p. 111. [Traducción propia: "Para poder ejercer la facultad conferida por el artículo 41, la Corte debe ser competente. Aún cuando la Corte considere que las circunstancias requieren que señale medidas provisionales, antes de indicarlas debe asegurarse de que es competente. El juez no puede utilizar el carácter provisional de las medidas ni la urgencia de la solicitud para prescindir de establecer su competencia al iniciar el proceso; especialmente cuando el Estado demandado ha impugnado de manera tan seria y categórica como sucede en el presente caso".]

³⁴²*"Before undertaking the examination of the merits of the case, the International Court of Justice, like any other court, has the duty of making sure as far as possible that it possesses jurisdiction and that the application is admissible. The absence of the State against which application is made does not alter this requirement in any way. On the contrary, Article 53 of the Statute lays an obligation on the Court to satisfy itself as to its possession of jurisdiction and the admissibility of the application on the basis of the elements at its disposal."* *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports, Dissenting Opinion of Judge Petró, 1973, p. 125. [Traducción propia: "Antes de examinar el fondo del asunto, la Corte Internacional de Justicia, como cualquier otra corte, tiene el deber de asegurarse en la medida de lo posible que es competente para ello y que la solicitud es admisible. La ausencia del Estado en contra del que se presentó la solicitud de ninguna manera cambia este requisito. Al contrario, el artículo 53 del Estatuto establece la obligación de la Corte de asegurarse de su competencia y sobre la admisibilidad de la demanda tomando como base todos los medios a su disposición".]

³⁴³*"La première question sur laquelle la Cour, à mes yeux, aurait dû porter son attention est celle de sa propre compétence quant au fond de l'affaire, question qui ne figure qu'au dernier paragraphe des*

Por otro lado, también en el caso *Nuclear Tests* el Juez Jiménez de Aréchaga hizo una declaración en relación con la providencia de medidas provisionales sobre cuestiones de competencia de la Corte y el otorgamiento de medidas provisionales, en la que sostuvo que la Corte no debe otorgar las medidas provisionales si es claro, aún solamente *prima facie*, que la Corte no será competente para conocer del fondo del asunto. Por ello, considera que la cuestión sobre competencia es una de las más importantes dentro de las que se deben considerar al otorgar medidas provisionales.³⁴⁴

Sobre la urgencia, el Juez Gros en su opinión disidente para el caso *Nuclear Tests* señaló que la urgencia no es una consideración dominante ni

considéranants de l'ordonnance. En toute affaire, la Cour a évidemment le devoir de s'assurer aussi vite que possible de sa propre compétence." Procès de prisonniers de guerre pakistanais, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 1973, C. J. I. Recueil 1973, Opinion dissidente de M. Petré, p. 334. [Traducción propia: "En mi opinión, la primera cuestión que debe atender la Corte es aquella sobre su competencia en cuanto al fondo del asunto, misma que no figura sino hasta el último párrafo de los considerandos de la providencia. Es evidente que en todos los casos, la Corte debe asegurarse de la manera más rápida posible acerca de su propia competencia".]

³⁴⁴*"I do not believe the Court should indicate interim measures without paying due regard to the basic question of its jurisdiction to entertain the merits of the Application. A request should not be granted if it is clear, even on a prima facie appreciation, that there is no possible basis on which the Court could be competent as to the merits. The question of jurisdiction is therefore one, and perhaps the most important, among all relevant circumstances to be taken into account by a Member of the Court when voting in favour of or against a request for interim measures." Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C. J. Reports 1973, Declaration by Judge Jiménez de Aréchaga, p. 107. [Traducción propia: "No considero que la Corte debe indicar medidas provisionales sin atender debidamente a la cuestión básica sobre su competencia para conocer del fondo de la Solicitud. La petición no debería ser otorgada si es evidente, aún a partir de una apreciación *prima facie*, que no es posible que haya fundamento para que la Corte pueda ser competente para conocer del fondo del asunto. Por lo tanto, la competencia es una, y quizá la más importante, de las circunstancias relevantes que se deben tomar en cuenta por un Miembro de la Corte al votar a favor o en contra de una solicitud de medidas provisionales".]*

exclusiva, por lo que la Corte debe buscar un equilibrio entre ella y su competencia.³⁴⁵

El Juez Schwebel en su opinión disidente para la providencia de medidas provisionales en el caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* señaló que la Corte no debe otorgar medidas provisionales si no tiene competencia para conocer del fondo del asunto, que bajo consideraciones de urgencia la Corte no debe determinar definitivamente que tiene competencia. Posteriormente, agregó que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte que le otorga autoridad para otorgar medidas provisionales si es posible considerar que hay una base para que la competencia se funde, aunque sea de manera provisional. Para ello, en inglés se utiliza la frase “[...] *appears, prima facie, to afford a basis on which the Court's jurisdiction might be founded.*” [“(...) *prima facie* parece que otorga una base sobre la que se puede establecer la competencia de la Corte]. Al respecto, el Juez considera que es motivo de

³⁴⁵“*In the decision which the Court has to take on any request for provisional measures, urgency is not a dominant and exclusive consideration; one has to seek, between the two notions of jurisdiction and urgency, a balance which varies with the facts of each case. If the jurisdiction is evident and the urgency also, then there is no difficulty, but that is an exceptional hypothesis. When the jurisdiction is not evident, whether there is urgency or not, the Court must take the time needed for such an examination of the problems arising as will enable it to decide one way or the other, and that is something which it could have done without undue delay in the present instance with regard to various objections to its power to judge the case as described in the principal Application.*” *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C. J. Reports 1973, Dissenting Opinion of Judge André Gros, 120. [Traducción propia: “La urgencia no es la consideración dominante ni exclusiva en la decisión que la Corte debe emitir sobre una solicitud de medidas provisionales; sino que se debe buscar el equilibrio entre las nociones de competencia y urgencia, mismo que varía en cada caso según sus hechos. Cuando es evidente que hay urgencia y que la Corte es competencia, entonces no habrá ninguna dificultad sin embargo, esto es una hipótesis excepcional. Cuando no es evidente que la Corte sea competente, sin importar si hay urgencia o no, la misma Corte debe tomarse el tiempo que sea necesario para realizar un análisis de los problemas lo que le permitirá decidir de una u otra manera, mismo que se pudo haber hecho sin retrasos en la presente instancia tomando en cuenta las objeciones que se presentaron a la posibilidad de decidir el asunto descritas en la Solicitud principal”.]

controversia decidir si en la frase “*might be founded*” la palabra “*might*” quiere decir “*possibly might*” (podría posiblemente), “*might well*” (podría) o “*might probably*” (podría probablemente) a lo que no da respuesta ni emite opinión.³⁴⁶

Desde 1932, Dumbauld consideró que solamente era necesario que se demostrara *prima facie* que la existencia del derecho o del daño era probable debido a la naturaleza provisional de la providencia de medidas provisionales y la necesidad de rapidez por lo que no es necesario que haya una prueba convincente que se requeriría para la emisión de la sentencia final.³⁴⁷

De acuerdo con Lawrence Collins, el punto de vista que prevalece en la actualidad es el que considera que el fondo del asunto es irrelevante al otorgar medidas provisionales y que la práctica de la Corte no requiere que *prima facie* exista un caso en la solicitud de medidas provisionales.³⁴⁸

Para Gerald Fitzmaurice la característica que distingue a la competencia para otorgar medidas provisionales es que involucra cuestiones del fondo del asunto y la cuestión preliminar de competencia o la forma de ejercerla.³⁴⁹

En su opinión disidente sobre el caso *Anglo-Iranian Oil Co.*, los jueces Winiarski y Badawi señalaron que en derecho internacional la Corte tiene competencia en virtud del consentimiento de las partes, que el poder que otorga a la Corte el artículo 41 no es incondicional, pues se le otorga a efectos del procedimiento y esta limitado a tal procedimiento. También dicen que si, después de un breve análisis, se desprende que hay fuertes razones para considerar que la Corte tiene competencia, entonces se pueden otorgar las medidas provisionales y que si por el contrario, hay dudas fuertes sobre su

³⁴⁶*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I. C. J. Reports 1984, Dissenting Opinion Judge Schwebel, p. 207.

³⁴⁷Dumbauld, Edward, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, Netherlands, Springer, 1932, pp. 160-161.

³⁴⁸ Collins, Lawrence, *op. cit.*, nota 135, p. 179.

³⁴⁹ Fitzmaurice Gerald, *op. cit.*, nota 184, p. 776.

competencia, entonces, no se deben otorgar. Señalaron igualmente, que si no hay jurisdicción sobre el fondo del asunto, tampoco puede haberla para señalar medidas provisionales.

Respecto de las medidas provisionales, consideran que tienen un carácter excepcional, aún mayor que el que tienen en el derecho interno de los Estados y que puede llegar a considerarse que su otorgamiento constituye una interferencia en los asuntos de un Estado soberano difícilmente tolerable, razón por la que la Corte solamente debe otorgarlas cuando parezca probable que será competente para conocer del caso y agregan que la opinión de la Corte sobre este punto debe alcanzarse después de realizar una consideración breve, que además debe ser provisional y no puede prejuzgar sobre su decisión final.³⁵⁰

Shabtai Rosenne afirma que fue Sir Hersch Lauterpacht quien utilizó por primera vez el término “*prima facie* jurisdiction”³⁵¹ cuando en su opinión disidente sobre el caso *Interhandel* señala que la objeción preliminar planteada por Estados Unidos, consistente en que algunos de los asuntos referidos corresponden a su jurisdicción interna, desechaba la suposición sobre la existencia de jurisdicción *prima facie*.³⁵²

El caso *Internhandel* fue llevado a la Corte Internacional de Justicia por el gobierno de Suiza que solicitaba que la Corte declarara que Estados Unidos estaba obligado a restaurar los activos, que habían sido transferidos, a la

³⁵⁰ “[...] the Court ought not to indicate interim measures of protection unless its competence, in the event of this being challenged, appears to the Court to be nevertheless reasonably probable”. *Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran)*, Order of July 5th, 1951, I. C. J. Reports 1951, Dissenting Opinion of Judges Winiarski and Badawi Pasha, p. 97. [Traducción propia: “(...) en caso de que se impugne la competencia de la Corte, esta no debe otorgar medidas provisionales de protección a menos que considere, no obstante, que su competencia es razonablemente probable”.]

³⁵¹ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 150, p. 98

³⁵² *Interhandel Case (Interim Measures of Protection)*, Order of October 24th, 1957: I.C.J. Reports 1957, *Separate Opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht*, p. 117

empresa Interhandel. Suiza solicitó como medida provisional que los Estados Unidos no se desprendieran de esos activos y que no vendieran acciones de la General Aniline and Film Corporation, en tanto se resolvía el juicio.

Al tratar el tema de la competencia *prima facie* en su opinión disidente, el juez Lauterpreht señala que la Corte no puede actuar según lo previsto en el artículo 41 de su Estatuto, sin considerar la competencia sobre el fondo y considerando que esta es independiente de la solicitud de medidas provisionales; señala que puede por el contrario, indicarlas, siempre y cuando exista algún instrumento que otorgue *prima facie* competencia a la Corte.³⁵³

Cabe mencionar que tanto en el caso *Interhandel*, como en dos de los casos sobre *Nuclear Tests* y *Aegean Sea Continental Shelf* la Corte analizó primero la existencia de jurisdicción *prima facie*, a pesar de que después no otorgó las medidas provisionales, por considerar que no se satisfacían los requisitos para indicarlas. Posteriormente, replanteó la fórmula sobre la competencia *prima facie* para que fuera más clara.³⁵⁴

En el caso *Fisheries Jurisdiction* señaló que no es necesario que se encuentre plenamente convencida de tener competencia sobre el fondo del asunto para poder otorgar medidas provisionales; sin embargo, no puede otorgarlas cuando la ausencia de competencia de la Corte sea evidente.³⁵⁵ Lo anterior, fue denominado como prueba *prima facie* por Lawrence Collins.³⁵⁶

³⁵³*Ibidem*, pp. 118 - 119.

³⁵⁴ En este sentido Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 150, p. 99; Rüdiger Wolfrum, *op. cit.*, nota 185.

³⁵⁵ "Whereas on a request for provisional measures the Court need not, before indicating them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, yet it ought not to act under Article 41 of the Statute if the absence of jurisdiction on the merits is manifest" *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*, Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 15, para.15 and *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 33, para. 16. [Traducción propia: "Considerando que tratándose de una solicitud de medidas provisionales no es necesario que, antes de otorgarlas, la Corte se asegure definitivamente de que tiene competencia

Después, en el caso *Nuclear Tests* se reformuló la segunda parte de la frase y se estableció que se para otorgar medidas provisionales era necesario que fuera posible constituir *prima facie una* base para la competencia de la Corte a partir de las disposiciones señaladas por el demandante. La última parte de la frase se redactó de la siguiente manera:

*Whereas on a request for provisional measures the Court need not, before indicating them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, and yet ought not to indicate such measures unless the provisions invoked by the Applicant appear, prima facie, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded.*³⁵⁷

En la definición sobre medidas provisionales en la Enciclopedia del Instituto Max Planck, Rüdiger Wolfrum³⁵⁸ señala que ésta última fórmula se aparta de la mencionada anteriormente, utilizada en el caso *Fisheries Jurisdiction*; sin embargo, consideramos que se trata de una afirmación inadecuada, pues ambas fórmulas señalan que no es necesario que la Corte garantice que tiene competencia sobre el fondo del asunto.

La diferencia se encuentra en la segunda parte de la fórmula, pues la utilizada para el caso *Fisheries Jurisdiction* agrega que la Corte no puede otorgar medidas provisionales cuando exista una seguridad manifiesta de que

para conocer del fondo del asunto, sin embargo no debe actuar según lo establecido en el artículo 41 del Estatuto si la ausencia de competencia sobre el fondo del asunto es evidente”.]

³⁵⁶ Collins, Lawrence, *op. cit.*, nota 135, p. 175.

³⁵⁷*Nuclear Tests (Australia v. France)*, Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C. J. Reports 1973, p. 101, para. 13. [Traducción propia: “Considerando que tratándose de una solicitud de medidas provisionales no es necesario que, antes de otorgarlas, la Corte se asegure definitivamente de que tiene competencia para conocer del fondo del asunto, y sin embargo no debe otorgar dichas medidas a menos que las provisiones invocadas por el solicitante *prima facie* parezcan establecer una base en la que pueda fundamentar la competencia de la Corte”.]

³⁵⁸Rüdiger Wolfrum, *op. cit.*, nota 185.

no será competente para analizar el fondo del asunto. En cambio, la frase utilizada en el caso *Nuclear Tests* señala que la Corte solo debe otorgar las medidas cuando a primera vista parezca que tendrá competencia para analizar el fondo.

Por lo anterior, consideramos que si bien las fórmulas son distintas, no son contrarias, pues lo que sucede es que señalan lo mismo de diferente forma, aunque solamente la segunda hace referencia a la competencia *prima facie*; la primera señala cuando no puede otorgarlas en absoluto.

En el caso *Passage through the Great Belt*, Dinamarca mencionó que para que la Corte pudiera otorgar medidas provisionales, era esencial que Finlandia demostrara el derecho que reclamaba hasta un punto en el que se existiera una posibilidad razonable de éxito en el juicio principal. Dinamarca sostenía que no existía, ni siquiera *prima facie* un derecho a favor de Finlandia, pues aunque reconocía la existencia de un derecho de paso para los buques mercantes de todos los Estados, negaba la existencia de un derecho de paso para estructuras de más de 170 metros de alto, argumentando que no podían considerarse como barcos.

El caso *Passage through the Great Belt*,³⁵⁹ fue llevado ante la Corte en 1991 por Finlandia derivado de construcciones iniciadas por Dinamarca que dificultarían el paso de embarcaciones que superaran los 65 metros de altura. Finlandia sostuvo que desde 1972 había fabricado embarcaciones como buques de perforación y plataformas petrolíferas, que muchas de ellas han transitado a través del *Great Belt* y que a partir de las construcciones mencionadas no podrían volver a hacerlo.

Finlandia sostenía que el *Great Belt* es un estrecho utilizado para navegación internacional y que existe un derecho de libre paso por el *Great Belt* regido por el Tratado de Copenhague de 1857, la Convención de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial y Zona Contigua, el derecho internacional

³⁵⁹*Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I. C. J. Reports 1991, pp. 12 - 14, paras. 1 - 6.

consuetudinario y el régimen de paso establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982; y que tal derecho de libre paso también comprende a los buques de perforación y las plataformas petrolíferas, e incluso embarcaciones cuyo diseño sea razonablemente previsible.

Finlandia pidió a la Corte que declarara que existía un derecho de libre paso por el *Great Belt*, que es aplicable a todas las embarcaciones que ingresen y abandonen sus puertos y astilleros; que dicho derecho se extiende a embarcaciones perforadoras, maquinarias y embarcaciones cuyo diseño sea razonablemente previsible; que la construcción de un puente fijo sobre el Great Belt tal como había sido planeado por Dinamarca sería incompatible con el derecho de paso antes mencionado; y que ambos países debían entrar en negociaciones, de buena fe, acerca de las formas en que el derecho de libre tránsito sería garantizado.

Finlandia también solicitó como medidas provisionales que Dinamarca se abstuviera de continuar las construcciones relacionadas con el proyecto del puente sobre el *Great Belt* que impediría el paso de embarcaciones provenientes de aquella y que se abstuviera de realizar acciones que pudieran perjudicar el resultado de los procedimientos.

Dinamarca, en sus observaciones solicitó a la Corte que rechazara la solicitud finlandesa de medidas provisionales y que en caso que otorgara total o parcialmente las medidas y posteriormente, al resolver sobre el fondo del asunto, si decidía rechazar los alegatos de Finlandia, señalara que esta debía compensarle todas las pérdidas derivadas del cumplimiento de la providencia de medidas provisionales.

Como señala Lawrence Collins, la Corte no se pronunció respecto al punto anterior, porque decidió no otorgar las medidas provisionales; sin embargo el autor señala que en su presentación de argumentos orales, Dinamarca sostenía como principio general del derecho, basándose en legislación procesal de diversos países, que la parte que obtenga protección

provisional de un tribunal debe compensar a la parte contraria si posteriormente resulta que nunca se debió otorgar la protección cautelar. A lo anterior, el autor agrega que solamente tres semanas antes de que Dinamarca presentara sus argumentos orales, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos emitió su decisión sobre el caso *Connecticut v. Doebr* en la que cuatro de sus jueces sostuvieron que la cláusula sobre el debido proceso contenida en la Constitución de Estados Unidos requiere que el demandante otorgue una fianza u otra garantía para proteger al demandado cuya propiedad se encuentra, en este caso, sujeta a embargo.³⁶⁰

En la providencia de medidas provisionales la Corte consideró que el derecho a que se refería Finlandia era aquél sobre el paso, específicamente a través del *Great Belt*, de buques de perforación y plataformas petrolíferas sin que se les realizaran modificaciones y sin que se desmontaran, es decir, del mismo modo en que hasta entonces se había realizaba el paso de tales embarcaciones. Al respecto, Dinamarca consideraba que el derecho no comprendía a las embarcaciones o estructuras de más de 170 metros de altura, debido a que tales no podían ser consideradas como embarcaciones.³⁶¹

En relación con lo anterior, la Corte estimó que era claro que existía un derecho de paso a través del *Great Belt*, pero el caso versaba sobre la naturaleza y alcance de tal derecho; al respecto, también señaló que este derecho en disputa era susceptible de ser protegido por medidas provisionales, de acuerdo con el artículo 41 del Estatuto, si las circunstancias así lo exigen.³⁶²

Anteriormente, en la providencia de medidas provisionales, la Corte se considera facultada para otorgar medidas provisionales y señala también que el derecho reclamado por Finlandia es susceptible a ser protegido por medidas provisionales considerando tal como el derecho de paso por el *Great Belt* de

³⁶⁰ Collins, Lawrence, *op. cit.*, nota 135, p. 10.

³⁶¹ *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I. C. J. Reports 1991, p. 17, para. 21.

³⁶² *Ibidem*, p. 17, para. 17.

embarcaciones que incluyen los buques de perforación y las plataformas petrolíferas que provengan de puertos y astilleros finlandeses, pero señala también que el derecho de paso a embarcaciones cuyo diseño sea razonablemente previsible (*reasonable foreseeable ships*) no es objeto de la providencia de medidas provisionales.³⁶³

La Corte también consideró que el otorgamiento de medidas provisionales podía justificarse si se esperaba que los trabajos de construcción en el *East Channel Bridge*, que obstruirían el derecho de paso reclamado, se llevaran a cabo antes de que emitiera su resolución sobre el fondo del asunto.³⁶⁴

Al respecto, y en relación con la necesidad de urgencia para que sea posible otorgar medidas provisionales, en este caso, Dinamarca aseguró a la Corte que el *East Channel* no se obstruiría físicamente sino hasta finales del año 1994, tiempo que consideraba suficiente para que resolviera sobre el fondo del asunto, con lo que no se demuestra que el derecho reclamado no sería violado por trabajos de construcción durante el curso del procedimiento.³⁶⁵

Sin embargo, Finlandia señaló que debía considerarse que hay urgencia porque las actividades relacionadas con el proyecto anticipan el cierre del *Great Belt* excluyendo las posibilidades de atender a los intereses de Finlandia y de ejecutar sus derechos en caso de que la Corte emitiera una sentencia a su favor.³⁶⁶

En relación con lo anterior, Dinamarca señaló que en caso de que la sentencia final sobre el fondo del asunto emitida por la Corte resultara favorable para Finlandia, sus reclamaciones no podrían resolverse mediante una providencia de restitución sino que solamente sería posible satisfacerse

³⁶³*Ibidem*, p. 16, para. 22.

³⁶⁴*Ibidem*, p. 18, para. 26.

³⁶⁵*Ibidem*, p. 18, para. 27.

³⁶⁶*Ibidem*, p. 19, para. 30.

mediante el pago de daños y perjuicios, ya que la restitución sería excesivamente onerosa.³⁶⁷

Respecto de lo anterior, la Corte señaló en la misma providencia sobre medidas provisionales que en ese momento no tenía que determinar el carácter de la decisión que tomara sobre el fondo del asunto; agregó también que se ha establecido, que en principio, la construcción implicaba una violación a un derecho y que no debía excluirse *a priori* la posibilidad de que se determinara judicialmente que no se debía continuar con los trabajos o que debían modificarse o desmantelarse.³⁶⁸

La Corte finalmente, decidió de forma unánime que las circunstancias, tal como se encontraban al presentarse la solicitud de medidas provisionales, no ameritaban su otorgamiento.³⁶⁹

En los casos llevados ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, para otorgar medidas provisionales se considera también, que debe considerar *prima facie* tiene competencia para conocer el asunto; pues el artículo 290, numeral 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar señala expresamente que el tribunal o corte ante el que se ha sometido una controversia y que en principio, se estime competente, podrá decretar medidas provisionales.

La Corte también se ha preocupado por asentar claramente que al considerar *prima facie* que tiene competencia para otorgar medidas provisionales no lo hace plenamente; es decir, no decide de manera definitiva sobre su competencia respecto al fondo del asunto.

En la providencia sobre medidas provisionales para el caso *Fisheries Jurisdiction* de 17 de agosto de 1972, la Corte señaló lo anterior la siguiente manera:

³⁶⁷*Ibidem*, p. 19, para. 31.

³⁶⁸*Idem*.

³⁶⁹*Ibidem*, p. 20, para. 38.

*Considérant que, lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant d'indiquer ces mesures, de s'assurer de façon concluante de sa compétence quant au fond de l'affaire, mais qu'elle ne doit cependant pas indiquer de telles mesures si les dispositions invoquées par le demandeur ne se présentent pas comme constituant, prima facie, une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée.*³⁷⁰

Generalmente, en sus providencias sobre medidas provisionales, las otorgue o no, la Corte Internacional de Justicia se refiere a que al otorgar medidas provisionales no es necesario que decida de manera definitiva sobre su competencia para decidir del fondo del asunto, pero que sí es necesario que considere *prima facie* que será competente. Hay casos en los que en el mismo párrafo señala que su decisión sobre las medidas provisionales no prejuzga sobre el fondo del asunto, como en la providencia dictada en el caso relativo a la plataforma continental del Mar Egeo o en el relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Terán.

En ocasiones la Corte repite los párrafos con idéntica redacción en casos diferentes, aunque el contenido siempre es similar. Una redacción diferente es la siguiente, que se incluyó en el caso *LaGrand*.

³⁷⁰ *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 33, para. 16. El mismo párrafo se puede encontrar en los casos sobre pruebas nucleares entre Australia y Nueva Zelanda contra Francia *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C. J. Reports 1973, p. 101, para. 13 y *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C. J. Reports 1973, p. 137, para. 14. [Traducción propia: ““Considerando que tratándose de una solicitud de medidas provisionales no es necesario que, antes de otorgarlas, la Corte se asegure definitivamente de que tiene competencia para conocer del fondo del asunto, y sin embargo no debe otorgar dichas medidas a menos que las provisiones invocadas por el solicitante *prima facie* parezcan establecer una base en la que pueda fundamentar la competencia de la Corte”.]

*Considérant qu'en présence d'une demande en indication des mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant de décider d'indiquer ou non de telles mesures, de s'assurer de manière définitive qu'elle a compétence quant au fond de l'affaire, mais qu'elle ne peut cependant indiquer ces mesures que si les dispositions invoquées semblent prima facie constituer une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée.*³⁷¹

Sin embargo, en su opinión disidente en relación con la orden de medidas provisionales para el caso *Aegean Sea Continental Shelf* el Juez Mosler dijo que cuando la Corte rechaza otorgar medidas provisionales porque considera que las circunstancias del caso no lo ameritan, analiza las situaciones legales de la controversia y por tanto, asume que tiene competencia, lo que hace después de haber analizado y concluido que es probable que tendrá competencia sobre el fondo; sí señala que no se reúnen los demás requisitos necesarios para otorgar medidas provisionales, lo hace siempre sobre la base de que solamente es probable que tendrá competencia, pues aún cuando analiza cuestiones adicionales del asunto, su decisión sobre ella no es definitiva y no considera plenamente que la tiene.

Hemos mencionado que en el caso *Aegean Sea Continental Shelf*, decidió examinar la solicitud sobre medidas provisionales. Turquía en su calidad de demandado impugnó la jurisdicción de la Corte y no compareció al proceso de medidas provisionales.

³⁷¹*LaGrand (Germany v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I. C. J. Reports 1999, p. 13, para. 13. [Traducción propia: "Considerando que al estar en presencia de una solicitud de medidas provisionales no es necesario que, antes de otorgarlas, la Corte se asegure definitivamente de que tiene competencia para conocer del fondo del asunto, y sin embargo, no debe, por ello, otorgar dichas medidas a menos que las provisiones invocadas parezcan *prima facie* establecer una base en la que pueda fundamentar la competencia de la Corte".]

La Corte consideró que la supuesta violación a los derechos de Grecia no constituía un daño irreparable pues podía ser reparada por medios idóneos por lo que no existía un riesgo de daño irreparable a los derechos en cuestión y no era necesario otorgar medidas provisionales de acuerdo con el artículo 41 de su Estatuto para su protección.³⁷²

Además, señaló que no tenía que decidir ninguna cuestión relacionada con la jurisdicción sobre el fondo del asunto para decidir sobre la solicitud de medidas provisionales, que su decisión de no otorgar medidas provisionales no prejuzgaba sobre ninguna cuestión relacionada con el fondo del asunto y no afectaba los derechos tanto del gobierno turco, como del gobierno griego para presentar argumentos respecto a tales cuestiones. El caso no fue eliminado de la lista de la Corte porque esta consideró que, aún era necesario resolver sobre la jurisdicción respecto al mismo, debido a la impugnación que había realizado Turquía.³⁷³

En el caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* la Corte señaló que no es necesario que la Corte se asegure de que tendrá jurisdicción sobre el fondo, pero que no debe indicar las medidas a menos que de las disposiciones que invoca el solicitante o de las que se encuentran en su Estatuto parezca que *prima facie* podrían proporcionar la base para establecer su competencia. También señaló en esta ocasión que, dentro de esta consideración se incluyen tanto la competencia *rationae personae* como la *rationae materiae*; sin embargo, considerando que casi todos los Estados son partes del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en general solamente la última; es decir, la *rationae materiae*, requiere ser considerada.³⁷⁴

³⁷²*Aegean Sea Continental Shelf*, Interim Protection, Order of 11 September 1976, I. C. J. Reports 1976, p. 11, paras. 32 and 33.

³⁷³*Ibidem*, p. 13, paras. 44 and 45.

³⁷⁴*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I. C. J. Reports 1993, p. 12, para. 14.

Rosenne afirma igualmente, que como se ha establecido en el caso *Arrest Warrant of 11 April 2000*, la jurisdicción abarca tanto a la necesaria para analizar la demanda principal, como aquella necesaria para considerar si las medidas provisionales solicitadas son compatibles con tal demanda principal y no cambian su naturaleza.³⁷⁵

Cuando la Corte considera que ni siquiera *prima facie* parece tener jurisdicción sobre el fondo del asunto, no puede tampoco tenerla para decidir respecto de las medidas provisionales y por lo tanto decide eliminar el caso de la lista de casos, como sucedió en el caso entre Yugoslavia y Estados Unidos en el que considero que el artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no constituía la base para su jurisdicción en ese caso, ni si quiera a primera vista.³⁷⁶

Otro caso que la Corte ha eliminado de la lista de casos es aquel entre Yugoslavia y España, pero esto porque España no acepta su jurisdicción; por tanto, de acuerdo con el artículo 38, numeral 5 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, ante la ausencia de consentimiento de una de las partes, ni siquiera *prima facie* puede considerar que tiene jurisdicción.³⁷⁷

Shabtai Rosenne señala que existe una situación intermedia en la que a pesar de que la Corte no esté convencida respecto de que existe jurisdicción *prima facie* y que por tanto, no puede indicar medidas provisionales, la ausencia de jurisdicción no es evidente y el procedimiento continúa.³⁷⁸

En el caso relativo a *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, la Corte también se pronunció sobre la necesidad de satisfacer el

³⁷⁵ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 150, p. 93

³⁷⁶ *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I. C. J. Reports 1999, p. 924, para. 25

³⁷⁷ *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I. C. J. Reports 1999, p. 772 - 773, para. 34.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 93

prerrequisito relativo a encontrar jurisdicción *prima facie* sobre el fondo del asunto para poder otorgar medidas provisionales.

En él, la cuestión de jurisdicción se analizaba debido a que se impugnó la declaración de Nicaragua, hecha en 1929, mediante la que aceptaba la jurisdicción de la Corte de acuerdo con el artículo 36, párrafo 5 del Estatuto, sobre las declaraciones realizadas bajo el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y sobre si Nicaragua había depositado ante la Secretaría General de la Sociedad de Naciones la ratificación del Protocolo de Firma de la Corte Permanente de Justicia Internacional y si por lo tanto entraba en el ámbito de dicho; a pesar de que la Corte no estaba plenamente convencida y no había tomado una determinación final sobre la validez o invalidez de la declaración de 24 de septiembre de 1929 y sobre si derivado de ello podía considerarse que Nicaragua aceptaba la misma obligación sobre la jurisdicción de la Corte que Estados Unidos, aceptó con su declaración de 24 de agosto de 1946. Así, la Corte considero que estas declaraciones parecen proporcionar una base en la es posible fundar la jurisdicción de la Corte.³⁷⁹

Según lo señalado por el artículo 26, párrafo 2 del Estatuto de la Corte Internacional, es posible constituir una Sala para conocer de algún asunto determinado. En virtud de lo anterior, el caso *Frontier Dispute between Burkina Faso and Mali*, fue sometido a una Sala pues ambos Estados celebraron un Acuerdo Especial para someter la controversia a la Sala para su resolución, la cual en su Providencia de Medidas Provisionales consideró que su jurisdicción era manifiesta, en razón de haber sido establecida precisamente para conocer sobre el fondo del asunto.³⁸⁰

En este caso para la Sala de la Corte no fue necesario realizar consideraciones *prima facie* respecto a la jurisdicción sobre el fondo del asunto

³⁷⁹*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I. C. J. Reports 1984,, pp. 179-180, paras. 24 and 25.

³⁸⁰*Frontier Dispute*, Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I. C. J. Reports 1986, p. 8, para. 10.

pues, los Estados ya habían acordado que se encargaría de la resolución de la controversia y que por lo tanto, tenía jurisdicción para conocer sobre el fondo del asunto, derivada del consentimiento que los Estados habían otorgado.

En el caso sobre *Legality of Use of Force* en contra de España, la jurisdicción se basaba en el artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.³⁸¹

Sin embargo, en ese caso, España había formulado una reserva al mencionado artículo, por lo que consideró que al no contar con su consentimiento tampoco aceptó la jurisdicción, pues con base en el artículo 38, párrafo 5 de su Reglamento,³⁸² no podía considerar que tuviera jurisdicción ni siquiera *prima facie* para conocer del asunto y por lo tanto rechazó la solicitud de medidas provisionales y ordenó que el caso se eliminara de la lista de casos.

Yugoslavia presentó también, una demanda en contra de Estados Unidos, que también contenía una reserva al artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en la que señaló que era necesario que Estados Unidos otorgara su consentimiento específico para cada caso, cuando se fuera a someter a la jurisdicción de la Corte Internacional. También rechazó la invitación *fórum prorogatum* contenida en el artículo 38, párrafo 5 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia y por lo tanto,

³⁸¹Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Artículo IX: Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia.

³⁸²Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38.5: Cuando el demandante pretenda fundar la competencia de la Corte en un consentimiento todavía no dado o manifestado por el Estado contra quien se haga la solicitud, ésta última se transmitirá a ese Estado. No será, sin embargo, inscrita en el Registro General ni se efectuará ningún acto de procedimiento hasta tanto el Estado contra quien se haga la solicitud no haya aceptado la competencia de la Corte a los efectos del asunto de que se trate.

como en el caso contra España, consideró que la ausencia de jurisdicción era manifiesta.

La necesidad de determinar la competencia *prima facie* se encuentra expresamente prevista en el artículo 290, numeral 1, de la Convención del Derecho del Mar que señala que el tribunal o corte que, en principio se estime competente podrá decretar medidas provisionales. Lo anterior, es una de las diferencias entre la Convención del Derecho del Mar y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, aunque en la jurisprudencia de la Corte también se prevé este requisito, la mención expresa en la Convención del Derecho del Mar puede considerarse como una consolidación, o codificación de la práctica de la Corte Internacional.³⁸³

También, de acuerdo con el artículo 290, párrafo 5 de la Convención sobre el Derecho del Mar el Tribunal Internacional u otro, está facultado para otorgar medidas provisionales en tanto se constituye el tribunal o corte al que las partes desean someter su controversia. En este caso el Tribunal Internacional o aquel al que le corresponda resolver sobre las medidas provisionales también debe examinar si el tribunal que se constituirá pudiera *prima facie* tener jurisdicción sobre la controversia que será sometida a su consideración, lo anterior podría resultar difícil mediante el análisis breve y rápido que se haga dentro de los procedimientos sobre medidas provisionales. Una vez que el Tribunal ha encontrado que el otro tribunal pudiera tener competencia, corresponde a este, realizar un análisis profundo para resolver sobre su propia competencia, a fin de resolver si la tiene efectivamente o no; pues el artículo 288, párrafo 4 de la Convención señala que cuando exista duda sobre si un tribunal tiene o no competencia, el asunto será resuelto por el propio Tribunal; así, el tribunal arbitral, una vez constituido, puede determinar que no tiene competencia aunque el Tribunal Internacional haya considerado que *prima facie* parecía tenerla.³⁸⁴

³⁸³ Treves, Tullio, *op. cit.*, nota 241, p. 1245.

³⁸⁴ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 150, p. 93

Lo anterior ha sucedido en casos como *Southern Bluefin Tuna, MOX Plant y Land Reclamation Activities by Singapore in and around the Straits of Johor*.

En relación con este tema, el artículo 24 de la Convención de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil señala en relación con las medidas provisionales que “*Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Convenio, un tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo*”.³⁸⁵

De acuerdo con ello, en los asuntos que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la mencionada Convención es posible que un tribunal o corte que no es competente para conocer del asunto otorgue medidas provisionales en tanto se espera la resolución del tribunal, de que sí es competente en cuanto al fondo del asunto.

En 1990, el ahora conocido como Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió una sentencia sobre el caso *Factortame Ltd.* en relación con “la interpretación del Derecho comunitario, relativa al alcance y facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales para ordenar medidas provisionales cuando se cuestionan derechos conferidos por el Derecho comunitario”.³⁸⁶

³⁸⁵ *Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Competencia*, Bruselas, 27 de septiembre de 1968, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, vol. 01, núm. L299/32, p. 190, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:41968A0927(01)&from=EN) (Fecha de consulta 24 de agosto de 2013).

³⁸⁶ *Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1990, The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros, Asunto C-213/89, p. I-2466*, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96746&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8074> (Fecha de consulta 19 de octubre de 2013).

El caso inició en el Reino Unido entre el *Secretary of State for Transport* y *Factortame Ltd.* y otras sociedades propietarias de buques de pesca cuyo régimen legal se vería afectado a partir de las modificaciones al *Merchant Shipping Act* de 1988. Tales modificaciones incluían requisitos de nacionalidad que fueron considerados como contrarios a disposiciones contenidas en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado CEE). La Comisión Europea presentó un escrito mediante el que solicitó la suspensión provisional de tales requisitos de nacionalidad.

Las sociedades propietarias de los buques de pesca impugnaron la compatibilidad de la parte II del *Merchant Shipping Act* con el Derecho comunitario, mediante un recurso presentado ante la *High Court of Justice* y solicitaron medidas provisionales.

La *Division Court of the Queen's Bench Division* suspendió el procedimiento y solicitó una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea; además ordenó como medida provisional la suspensión de la parte II del *Merchant Shipping Act* y sus reglamentos.

El Secretario de Transporte apeló esa resolución sobre medidas provisionales. La corte de apelaciones (*Court of Appeal*) resolvió anularla y concluyó que “en virtud del Derecho nacional, los órganos jurisdiccionales no tenían la facultad de suspender provisionalmente la aplicación de las leyes”.³⁸⁷

Posteriormente, la *House of Lords* declaró que los órganos jurisdiccionales británicos no tenían la facultad de otorgar medidas provisionales, para lo que hizo referencia a una norma del *common law* que señala que no es posible conceder ninguna medida provisional contra la Corona, es decir el gobierno, norma que debía interpretarse en relación con la presunción de que las leyes nacionales son conformes al Derecho comunitario, mientras no se haya resuelto acerca de su compatibilidad con ese derecho.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. I-2470.

Mediante la cuestión prejudicial solicitada, se buscaba que el Tribunal de Justicia europeo resolviera la cuestión referente a que si el Juez nacional que conoce de un litigio referente al Derecho comunitario y que considera que el único obstáculo que se opone a que él pueda ordenar medidas provisionales, es una norma del Derecho nacional; ha de excluir la aplicación de esta norma.

En su análisis al respecto, el Tribunal de Justicia recuerda que “en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables producen el efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros [...], de hacer inaplicable de pleno derecho, por el propio hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional”.³⁸⁸

El Tribunal concluyó que “la plena eficacia del Derecho comunitario se vería igualmente reducida, si una norma de Derecho nacional pudiera impedir al Juez que conoce de un litigio regido por el Derecho comunitario, conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho comunitario. De ello resulta que el Juez que, en esas circunstancias, concedería medidas provisionales si no se opusiese a ello una norma de Derecho nacional está obligado a excluir la aplicación de esta última norma”.³⁸⁹

A manera de conclusión, el Tribunal reafirma lo anterior y sostiene que “el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al Derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales”.³⁹⁰

³⁸⁸*Ibidem*, p. I-2473.

³⁸⁹*Idem*.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. I-2474.

3.4.2.5 Urgencia y riesgo de perjuicio o daño irreparable

Las medidas cautelares o provisionales están vinculadas a la existencia del peligro de que pudiera causarse un daño irreparable a los derechos de las Partes, con motivo del retardo en la emisión la sentencia definitiva que juzgue sobre el fondo del asunto. Para que las medidas provisionales puedan otorgarse, tal daño debe ser probable; es decir debe existir cierto grado de certeza de que el daño ocurrirá, para que se considere necesario que se otorguen las medidas provisionales.

Además de lo anterior, Oellers-Frahm considera que deben también tomarse en cuenta las consecuencias que tal daño acarrearía y agrega que en diversos de los casos en los que se solicitan medidas provisionales ya se han presentado actos o eventos que dañan los derechos de las Partes y derivado de tales actos se solicitan las medidas provisionales, por lo que no es necesario ya comprobar que existe probabilidad de que se materialice un daño irreparable, sino que basta con que la Corte señale que es necesario otorgarlas para prevenir que el daño se convierta en irreparable.³⁹¹

Piero Calamandrei señala que no basta con que exista dicho estado de peligro y que la finalidad de las medidas cautelares sea la de prevenir un daño temido, sino que es necesario que las medidas tengan el carácter de urgentes y se dicten sin retardo ante la eminencia del peligro y que en caso de que no fueran indicadas, el daño se haría efectivo o si ya hubiese ocurrido algún daño, el mismo se agravaría.³⁹²

Con base en esas afirmaciones, podemos notar que Calamandrei señala como urgentes a las medidas provisionales, pues se deben otorgar debido a que sin ellas se corre el riesgo de que se materialice un daño irreparable a los derechos de las partes y con ello, que el juicio quede sin materia.

³⁹¹ Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 939.

³⁹² Calamandrei, Piero, *Las providencias cautelares*, Colombia, Leyer, 2008, p. 22

Sin embargo, debemos considerar que también que la situación debe tener la calidad de urgente, pues es una que requiere atención inmediata, ante el posible riesgo que ya hemos mencionado.

Consideramos necesario señalar que, en inglés la definición gramatical de la palabra “urgent” es “*requiring immediate action or attention*”³⁹³ o “*needing attention very soon, especially before anything else, because important*”.³⁹⁴ Sin embargo, en español, el diccionario de la Real Academia de la Lengua señala que urgente se refiere a algo “que urge”;³⁹⁵ la urgencia es la “cualidad de urgente”, “necesidad o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio” o “caso urgente”.³⁹⁶

Esas definiciones no coinciden completamente con aquellas de la palabra en inglés; la definición más parecida sería la de la palabra emergencia, pues una de sus diversas acepciones señala que es la “situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata” o “Suceso, accidente que sobreviene”.³⁹⁷

³⁹³“urgent”. Oxford Dictionaries. Oxford University Press. <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/urgent> (Fecha de consulta 19 de noviembre de 2013).

³⁹⁴“urgent adjective (IMPORTANT)” Cambridge Advanced Learner's Dictionary & Thesaurus. Cambridge University Press http://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/britanico/urgent_1 (Fecha de consulta 19 de noviembre de 2013).

³⁹⁵Real Academia Española. (2001). Urgente en *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.). Recuperado de <http://lema.rae.es/drae/?val=urgente> (Fecha de consulta 19 de noviembre de 2013).

³⁹⁶Real Academia Española. (2001). Urgencia en *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.). Recuperado de <http://lema.rae.es/drae/?val=urgencia> (Fecha de consulta 19 de noviembre de 2013).

³⁹⁷Real Academia Española. (2001). Emergencia en *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.). Recuperado de <http://lema.rae.es/drae/?val=emergencia> (Fecha de consulta 19 de noviembre de 2013).

A pesar de lo anterior, consideramos adecuado utilizar también en español la palabra urgente para el tema que nos ocupa porque el adjetivo que se utiliza para calificar tanto a la situación como a las medidas provisionales. En razón de esto, debemos entender que una situación es urgente cuando requiere atención y acción inmediata cuya consecuencia podría ser un daño irreparable a los derechos de las partes.

En su clasificación de las medidas provisionales, el mismo Calamandrei afirma que para las providencias instructoras anticipadas, que son aquellas dirigidas a asegurar la ejecución forzada y las cauciones procesales, el requisito de urgencia y *periculum in mora* se valora tomando como base la hipótesis de que la providencia definitiva deba dictarse en sentido favorable a quien solicita la medida provisoria; además, agrega que un cálculo preventivo de probabilidades llevará a considerar que en la sentencia definitiva el tribunal decidirá en el mismo sentido en que decidió la medida provisoria.

En cuanto al daño, señala que este subsiste únicamente cuando se prevé que el retardo de la providencia definitiva pueda impedir o disminuir la satisfacción de un derecho.

Es importante agregar que Calamandrei también dice que si a través de un superficial examen preliminar, aún sin decidir sobre el mérito, deja prever que en el juicio principal de mérito el pretendido derecho se demostrará inexistente, se debilita el requisito de la juridicidad de daño temido, lo que repercute en la valoración de la medida cautelar.

Para Ugo Rocco “el daño jurídico puede, por tanto, definirse como la sustracción o disminución de un bien, o como la abolición o la restricción de un interés, sea este tutelado por una norma jurídica en la forma de un derecho subjetivo, sea tutelado, en la forma de un simple interés”.³⁹⁸

Dicho autor define al peligro como la posibilidad de un daño, la potencia, idoneidad de un hecho para ocasionar el fenómeno de la pérdida o disminución

³⁹⁸ Rocco, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Themis, 1997, V Proceso Cautelar, p. 45.

de un bien o el sacrificio o la restricción de un interés, sea este tutelado o la forma de un derecho subjetivo, o en la de un interés jurídico.³⁹⁹

En cuanto al daño o perjuicio inminente el mismo autor entiende que se refiere a aquél que “puede verificarse súbitamente, de un momento a otro, y en general se dice inminente de una cosa o de un hecho que se verificará o podrá verificarse en un brevísimo espacio de tiempo”.⁴⁰⁰

El daño irreparable y la urgencia son conceptos diferentes. Sin embargo, frecuentemente se analizan en conjunto; es difícil que la Corte Internacional de Justicia los examine por separado, pues existen circunstancias en las que el riesgo de daño o perjuicio es tan grande que se requiere tomar acciones inmediatas para proteger los derechos de las partes, por lo tanto se considera también que la situación es urgente. Al pronunciarse sobre el otorgamiento de medidas provisionales, dicha Corte, además de señalar, que las otorga con el objeto de preservar los derechos de las Partes señala también que se presupone que no se debe causar un daño irreparable a los derechos de las partes sobre los que versa el juicio.

El daño era considerado como irreparable, según lo establecido por el Presidente de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en la orden de medidas provisionales para el caso *Sinio-Belgian Treaty*, cuando no era posible resarcirlo mediante el pago de una indemnización, compensación o restitución en alguna otra forma material.⁴⁰¹

Posteriormente, en el caso *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland* dijo que el objeto de las medidas provisionales sería preservar los

³⁹⁹*Ibidem*, p. 48.

⁴⁰⁰*Ibidem*, p. 432.

⁴⁰¹“...such infraction could not be made good simply by the payment of an indemnity or by compensation or restitution in some other material form” *Denunciation of the Treaty of November 2nd. 1865, between China and Belgium*, Order made on January 8th, 1927, P. C. I. J. Series A, No. 8, 1927, p. 7.

derechos de las Partes siempre que el daño que los amenaza sería irreparable de hecho o de derecho.⁴⁰²

Consideramos que la irreparabilidad del daño y el daño irreparable son conceptos distintos. El daño irreparable es aquel que ya se ha consumado o bien, el que debido a diversas circunstancias no es trascendente o no amerita una reparación. La irreparabilidad del daño, es la imposibilidad de que el daño pueda ser reparado.

Frecuentemente, ambos conceptos se utilizan indistintamente o bien, como sinónimos, sin embargo consideramos que aún siendo el caso, tales presentan diversas características.

Las medidas provisionales no proceden frente a daños ya irreparables, pues lo que se busca con ellas es precisamente que tales daños no se conviertan en irreparables o bien buscan evitar la irreparabilidad del daño.

Rosalyn Higgins⁴⁰³ mencionó que la Corte Internacional de Justicia utiliza la prueba del daño irreparable para determinar si es necesario otorgar medidas provisionales. En ese sentido señala tres formas en las que el concepto se ha utilizado:

1. Perjuicio irreparable a la posible sentencia de la Corte
2. Daño irreparable a los derechos reclamado
3. Daño irreparable a personas o propiedad

El primer supuesto se relaciona con el objeto de las medidas provisionales, tema que hemos tratado anteriormente, en razón de que tales

⁴⁰² "...as the damage threatening these rights would be irreparable in fact or in law" *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland*, Order of August 3rd, 1932, P. C. I. J. Series A/B, No. 48, 1932, p. 284

⁴⁰³ *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Remarks Professor Higgins, Public sitting, Thursday 26 March 1991, at 3 p.m., Peace Palace, verbatim record, p. 53

medidas se otorgan con la finalidad de evitar que se produzca un daño irreparable a la sentencia que puede llegar a emitirse sobre el caso, pues puede ser que el juicio quede sin materia o bien que la sentencia resulte inejecutable.

En cuanto al daño irreparable a los derechos de las partes, la Corte ha utilizado, desde el caso *Anglo Iranian Oil Co.* la fórmula que señala que no debe realizarse ninguna acción que perjudique los derechos de las partes en tanto emite una decisión sobre el fondo del asunto.

En el caso de Burkina Faso contra Mali de 1986, señaló que se debía evitar el daño al derecho de la otra parte a que se cumpla la sentencia final y que en el caso en comento emitiría la Sala de la Corte Internacional de Justicia.

Señala Higgins, en relación con el daño irreparable a las personas en su propiedad, que son ejemplos los casos *Nuclear Tests* y *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* en los que la Corte vinculó el derecho irreparable con la seguridad de las personas y de la propiedad, casos en los que la materia de la controversia era el daño ilícito a sus nacionales.

A partir de los casos sobre pesquerías, la Corte ha sostenido que su facultad de otorgar medidas provisionales, presupone que no se debe causar daño a los derechos objeto de la controversia.

*Whereas the right of the Court to indicate provisional measures as provided for in Article 41 of the Statute has as its objet to preserve the respective rights of the Parties pending the decision of the Court, and presupposes that irreparable prejudice should not be caused to rights which are subject of dispute in judicial proceedings, and that the Court's judgment should not anticipated by reason of any initiative regarding the measures which are at issue.*⁴⁰⁴

⁴⁰⁴*Fisheries Jurisdiction case (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 34, para. 22; *Fisheries Jurisdiction case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*, Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 34, para. 22.

El análisis que realiza sobre la posibilidad de que se presente daño a los derechos de las partes y que sea o pueda volverse irreparable, es distinto en todos los casos, pues atiende a las particularidades de cada uno. Sin embargo hay daños que en caso de materializarse serían evidentemente irreparables, tales como la ejecución de nacionales en los casos *Breard, LaGrand y Avena*.

La fórmula señalada por el Presidente Huber en la providencia de medidas provisionales de 1927 para el caso *Sinio-Belgian Treaty*,⁴⁰⁵ que ya hemos mencionado, es considerada como la prueba de irreparabilidad absoluta, respecto del daño que se produciría a los derechos de las Partes.

Actualmente, la fórmula ha sido abandonada, en razón de que aún tratándose de derechos humanos y protección al medio ambiente es posible estimar daños pecuniarios lo que ocasionaría una reducción significativa en los casos en los que es posible otorgar medidas provisionales.⁴⁰⁶

Además, como hemos señalado, el análisis de los daños y su irreparabilidad debe realizarse en cada caso, por lo que no existe una prueba general que pueda considerarse aplicable a todos ellos.

Se considera que señalar que las medidas provisionales deben otorgarse solamente en los casos en los que el perjuicio que pudiera causarse pueda ser reparado equivaldría a considerar que tales medidas no debieran indicarse en absoluto o bien que solamente fueran otorgadas cuando se demostrara que la

Great Britain and Northern Ireland v. Iceland) *Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972*, p. 16, para. 21. [Traducción propia: Considerando que la facultad de la Corte de otorgar medidas provisionales establecida en el artículo 41 del Estatuto tiene la finalidad de preservar los respectivos derechos de las Partes a la espera de la decisión de la Corte y presupone que no se ocasione perjuicio irreparable a los derechos objeto de la controversia en litigio, y que la sentencia de la Corte no debe anticiparse por ninguna iniciativa relacionada con las medidas en cuestión".]

⁴⁰⁵*Denunciation of the Treaty of November 2nd. 1865, between China and Belgium, Order made on January 8th, 1927, P. C. I. J. Series A, No. 8, 1927, p. 7.*

⁴⁰⁶ *Kempfen, Bernhard and HE, Zan, op. cit., nota 190, p. 921.*

magnitud del perjuicio excede los recursos económicos que el demandado posee para repararlo o que los daños sean tales que el beneficiario de la posible reparación pudiera desaparecer completamente, lo que puede considerarse como contraria el principio de igualdad soberana de los Estados y su igualdad ante la ley.⁴⁰⁷

Aún cuando el daño pueda ser reparado por medios apropiados es posible que la Corte, inclinada a interpretar la irreparabilidad como la imposibilidad de ejecución plena de la decisión final, otorgue medidas provisionales si considera que por no hacerlo se pudiera perjudicar la plena ejecución de la sentencia.⁴⁰⁸

Los posibles daños a los derechos de las partes son diversos. Frecuentemente, se invoca como causa para dictar medidas provisionales el riesgo de que se causen daños a derechos humanos o la agravación de la controversia.

Últimamente, ha crecido el número de litigios en los que también se invoca la protección a recursos naturales y al medio ambiente, como susceptibles de protección cautelar.

La urgencia es un requisito esencial para indicar las medidas provisionales. A pesar de que no se menciona explícitamente en el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional, como tampoco se mencionan los otros requisitos que se considera deben satisfacerse, pues este artículo solo señala que la Corte tendrá la facultad de indicar las medidas en cuestión cuando las circunstancias del caso así lo exijan, es entre estas circunstancias que debería encontrarse la urgencia para que el caso amerite el otorgamiento de medidas provisionales.

⁴⁰⁷*Idem.*

⁴⁰⁸*Ibidem*, p. 922.

Sin embargo, la Corte ha reconocido como parte de la esencia de las solicitudes de medidas provisionales que en ellas se solicite que la Corte emita una decisión al respecto con urgencia.⁴⁰⁹

La urgencia justifica el otorgamiento de medidas provisionales. Así lo ha señalado la Corte en el caso *Passage through the Great Belt*, en donde además agrega que se entiende que hay urgencia cuando es probable que se realicen acciones que perjudiquen los derechos de las Partes antes de que emita su decisión final sobre el fondo del asunto.⁴¹⁰

Lo anterior es considerado por Oellers-Frahm como el factor de tiempo contenido en la urgencia en cuanto a sus aspectos sustantivos.⁴¹¹

En relación con el factor del tiempo, es importante considerar la inminencia de la acción que puede perjudicar los derechos de las Partes, como aspecto de la urgencia; y no así la situación o el perjuicio a los derechos de las partes ha existido desde antes de que se soliciten las medidas provisionales.⁴¹²

El autor señala que lo anterior quedó asentado en el caso *LaGrand* se otorgaron medidas provisionales, pues si bien Alemania tenía conocimiento de la violación de sus derechos de acuerdo con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, fue hasta el 2 de marzo de 1999, un día antes de la fecha que había sido señalada para la ejecución de uno de los dos nacionales alemanes condenados a pena de muerte, que Alemania presentó una solicitud urgente de medidas provisionales.

⁴⁰⁹"Whereas it is of the essence of a request for interim measures of protection that it asks for a decision by the Court as a matter of urgency, as it is expressly recognized by the Court in Article 66, paragraph 2, of the Rules of Court" *Trial of Pakistani Prisoners of War (Pakistan v. India)*, Interim Protection, Order of 13 July 1973, I. C. J. Reports 1973, p. 330, para. 13.

⁴¹⁰*Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I. C. J. Reports 1991, p. 17, para. 23.

⁴¹¹ Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 941.

⁴¹²*Idem.*

Las medidas provisionales fueron otorgadas aún sin que se llevaran a cabo audiencias, pues se consideró el asunto como uno de mayor urgencia, por lo que sin necesidad de realizar más procedimientos y de oficio otorgó las medidas provisionales consistentes en que Estados Unidos debía asegurar que no se ejecutaría al señor Walter LaGrand, en tanto no se emitiera una resolución sobre el caso e informar a la Corte sobre la implementación de dicha orden; así mismo señaló que el gobierno de Estados Unidos debía transmitir la orden de medidas provisionales al Gobernador del Estado de Arizona.

Sobre las consecuencias que la urgencia tiene dentro del procedimiento, Oellers-Frahm menciona la prioridad con la que se deben atender las solicitudes de medidas provisionales, que como ya también hemos mencionado en el capítulo relativo a los antecedentes tuvo su origen en el Reglamento de 1931 de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Derivado de lo anterior es posible concluir que el efecto de la urgencia en un caso determinado, no solamente trasciende respecto de este sino incluso sobre otros casos, pues es prioritaria la solicitud de medidas provisionales sobre todos los casos de acuerdo con el artículo 74 numeral 1 del Reglamento actual de la Corte Internacional de Justicia.

De acuerdo con el autor citado, la urgencia con la que es necesario actuar en casos que requieren medidas provisionales implica que el procedimiento no requiera que se lleve a cabo una fase escrita ni una oral. Al respecto, señala que anteriormente se consideraba que para otorgar medidas provisionales era necesario que se realizaran procedimientos orales.

Sin embargo, ya hemos mencionado en el capítulo relativo a los antecedentes de las medidas provisionales que al elaborar los artículos relativos al tema en distintos Reglamentos se dieron algunas manifestaciones que señalaban que en tal caso y dada la urgencia del mismo, no debería ser necesario que se llevaran a cabo audiencias, pues el tiempo sería insuficiente en virtud de la rapidez con la que la Corte debía actuar.

El Reglamento de la Corte Internacional de Justicia establece en su artículo 74, numeral 3 que se debe señalar una fecha para la celebración de una audiencia en la que las partes formularán observaciones, mismas que la Corte debe recibir y tomar en cuenta.

Lo anterior, respetando la aplicación de la regla *audi alteram partem* que se refiere al derecho de las partes a ser escuchadas en el juicio y para tales efectos, de ser representadas también en él.

Al respecto, es necesario señalar que es posible que el Estado demandado no se presente a las audiencias, debido a que se niegue a aceptar que la Corte es competente para conocer el caso.

Existen diversos casos en los que así ha ocurrido, tales como: *Anglo Iranian Oil Co.*, los casos sobre *Fisheries Jurisdiction*, los relativos a *Nuclear Tests*, *Pakistani Prisoners of War*, *Aegean Sea Continental Shelf* y *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*.

Por otro lado, el demandado puede controvertir la competencia de la Corte, pero de cualquier forma estar presente en las audiencias y ser parte en el procedimiento, como sucedió en los casos *Interhandel*, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *Application of the Montreal Convention* y *Application of the Genocide Convention*.

En sentido similar, en el caso *Avena*, Estados Unidos, como demandado señaló que no pretendía en ese momento, relativo a las medidas provisionales, tratar el asunto de la competencia de la Corte, sin que ello perjudicara su derecho de controvertirla en el momento procesal oportuno.⁴¹³

Al respecto, Shabatai Rosenne sostuvo que al establecer el texto del artículo 74, numeral 3 que la Corte puede recibir y tomar en cuenta *cualquier* observación (en el texto del Reglamento en inglés, pues en el texto en español no se agrega la palabra “cualquiera” sino que solamente se hace referencia a

⁴¹³*Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 5 February 2003, I. C. J. Reports 2003, p. 87, para. 41

“las observaciones”) que las partes presenten antes de que se cierre el procedimiento oral, se disminuye la formalidad del procedimiento sobre objeciones preliminares, lo que además dijo, es compatible con la modificación de los numerales 2 y 5 del artículo 38 del Reglamento y el inicio del procedimiento de acuerdo con lo que estos señalan.⁴¹⁴

Oellers-Frahm dijo posteriormente, que en este sentido en el caso *LaGrand*, la Corte Internacional de Justicia otorgó medidas provisionales sin celebrar previamente una audiencia, en razón de que, consideró que el asunto era uno de la mayor urgencia y que otorgaba las medidas provisionales con fundamento en el artículo 41 del Estatuto y el artículo 75, numeral 1 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia y que de acuerdo con el último la Corte tiene la facultad de otorgar medidas provisionales de oficio si considera que las circunstancias lo ameritan.

De acuerdo con la interpretación de Oellers-Frahm, la Corte se refiere al artículo 75, numeral 1, en razón de que este señala que puede examinar de oficio y en cualquier momento las solicitudes de medidas provisionales y que además, en conjunto con el numeral 2 del mismo artículo, sirve de sustento para afirmar que la Corte Internacional de Justicia tiene la facultad de otorgar medidas provisionales en cualquier momento, cuando tenga información sobre un acto inminente que pueda perjudicar los derechos objeto del juicio con la finalidad de preservar su función jurisdiccional.

Si bien, coincidimos con la aseveración final, pues es necesario que la Corte tenga la facultad de actuar y otorgar sin mayores requisitos o requisitos que retarde su otorgamiento, medidas provisionales en casos de extrema urgencia y que dadas las circunstancias puede solicitar a las Partes la realización o abstención de ciertos actos, para preservar su función y también para preservar los derechos de las Partes; consideramos que el artículo 75 del Reglamento de la Corte, debe apegarse a los requisitos del artículo 74.

Es decir, en general aún cuando la Corte ejerza su facultad de otorgar

⁴¹⁴ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 150, p. 153.

medidas provisionales de oficio, debe en la medida de lo posible otorgar a las Partes la oportunidad de presentar las observaciones que estas consideren pertinentes.

El artículo 75, numeral 1 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia establece la otra forma en que se pueden otorgar las medidas provisionales, esto es de oficio y por tanto, sin que una de las partes haya realizado una solicitud a la Corte;⁴¹⁵ ambas se rigen por los mismos artículos, sin que se señale un procedimiento especial para el caso de las medidas que la Corte otorga de oficio.

De esta manera, el otorgamiento de medidas provisionales en el caso *LaGrand* constituye una excepción a la regla establecida por el artículo 74 del Reglamento de la Corte sobre la celebración de audiencias, debido a que la situación de urgencia ameritaba que se llevaran a cabo acciones sin demora.

Como hemos señalado, la urgencia y la existencia de un daño irreparable se encuentran vinculados y así se analizan por la Corte.

En el caso *Avena and Other Mexican Nationals*, lo anterior resulta evidente; México pidió a la Corte que su solicitud de medidas provisionales recibiera un trato urgente⁴¹⁶ con motivo de que Estados Unidos podía ejecutar

⁴¹⁵ El texto del numeral 1 del artículo 75 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia fue modificado en 1978 y en inglés se refiere a las medidas provisionales “[...] which ought to be taken or complied with[...]” (Traducción propia: que deban tomarse o cumplirse). Rosenne señala que el lenguaje empleado a partir de esta modificación es más cercano al del artículo 41 del Estatuto y que parece un intento por fortalecer la autoridad sobre el señalamiento de medidas provisionales. Al respecto, agrega que la cláusula operativa en el caso *Diplomatic and Consular Staff in Tehran* en la que se menciona que la Corte mantendrá la providencia de medidas provisionales bajo revisión hasta que se emita una decisión, representa el primer paso para que se reconociera la autoridad de la Corte en relación con las medidas provisionales. Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 150, p. 154.

⁴¹⁶ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Provisional Measures, Order of 5 February 2003, I. C. J. Reports 2003, , p. 82*

a alguno de los 52 mexicanos sentenciados a pena de muerte, lo que constituiría sin duda un daño irreparable.

Ahora bien, el artículo 290, numeral 5 de la Convención sobre el Derecho del Mar sí hace mención de la urgencia. De acuerdo con este artículo, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar puede decretar, modificar o revocar medidas provisionales si estima que la urgencia de la situación así lo requiere, tomando, pero no sin antes considerar que en principio el tribunal que haya de constituirse sería competente.

En diversos casos tales como *Armed Activities on the Territory of the Congo*, *Arrest Warrant of 11 April 2000* y *Certain Criminal Proceedings in France* la Corte Internacional de Justicia ha señalado que el otorgamiento de medidas provisionales solamente se justifica cuando hay urgencia.

De manera similar en la orden de medidas provisionales para el caso relativo a la solicitud de interpretación de la Sentencia sobre el caso del Templo de Preah Vihear, se señala que las medidas provisionales no se otorgarán «[...] que s'il y a urgence, c'est-à-dire, s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit cause aux droits en litige avant a qu'elle n'ait rendu sa décision définitive». ⁴¹⁷

Consideramos los requisitos para indicar medidas provisionales deben ser analizados por la Corte y satisfechos por las Partes por formar parte de la esencia misma de esas medidas provisionales, pues aún cuando no se encuentren todos expresamente señalados en los artículos sobre la materia, a partir del estudio de las medidas, de sus características y esencia, es posible inferir la necesidad de tales requisitos.

⁴¹⁷*Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports 2011, p. 548, para. 47. [Traducción propia : "(...) si hay urgencia, es decir, si existe un riesgo real e inminente de que cause un perjuicio irreparable a los derechos en litigio antes de que emita su decisión definitiva".]

La Corte Internacional del Justicia señaló en el caso *Great Belt* que las medidas provisionales se justifican solamente cuando hay urgencia, la cual esta se presenta cuando es posible que se realice o que ocurra alguna acción que perjudique los derechos de cualquiera de las partes antes de que la Corte emita su decisión final.⁴¹⁸

Entonces, para que se otorguen medidas provisionales la Corte debe encontrarse ante una situación urgente, pues si no lo fuera sería posible esperar el tiempo necesario a que emitiera una decisión final. En este sentido es también necesario mencionar que se puede alegar urgencia en cualquier momento durante el procedimiento, en razón de que una situación puede convertirse en urgente de un momento a otro.

En relación con lo anterior, el artículo 73 del Reglamento de la Corte Internacional señala que la solicitud de medidas provisionales puede realizarse en cualquier momento durante el procedimiento y que las solicitudes de medidas provisionales tienen preferencia sobre otros casos. Además, el artículo 75 de dicho Reglamento, prevé que aún cuando la Corte hubiere rechazado alguna solicitud de medidas provisionales, las partes pueden presentar nuevas solicitudes, basadas en hechos nuevos.

Así, en relación con la urgencia, la Corte pudo haber rechazado alguna solicitud anterior por considerar que no existía tal y en cambio, otorgar medidas provisionales derivadas de la nueva solicitud en razón de que tal se hubiera

⁴¹⁸ “Whereas provisional measures under Article 41 of the Statute are indicated ‘pending the final decision’ of the Court on the merits of the case, and are therefore only justified if there is urgency in the sense that action prejudicial to the rights of either party is likely to be taken before such final decision is given” *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I. C. J. Reports 1991, p. 17, para. 23. [Traducción propia: “Considerando que las medidas previstas en el artículo 41 del Estatuto se otorgan ‘en tanto se espera la decisión final’ de la Corte sobre el fondo del asunto y por lo tanto, su otorgamiento se justifica solamente si hay urgencia, en el sentido de que fuera probable que se realice una acción que perjudique los derechos de cualquiera de las partes antes de que se emita la decisión final antes mencionada”.]

convertido en una situación urgente que antes no lo era.

Por otro lado, el artículo 74 del Reglamento señala que el análisis de solicitudes de medidas provisionales será prioritario respecto de otros casos.

Consideramos, lo anterior, estrechamente vinculado al concepto de urgencia, pues al tratarse de situaciones urgentes, que de no atenderse, con tal carácter pueden implicar un daño irreparable a los derechos y dejar sin objeto al juicio, por lo que es necesario que tales solicitudes merezcan un trato especial y prioritario.

Para Shabtai Rosenne la urgencia aparece en dos formas y con dos significados.⁴¹⁹ El primero, se refiere a ella como una cuestión de procedimiento que sería relevante en el caso de que la Corte o Tribunal no se encontrara en sesiones al momento de solicitarse las medidas provisionales y por lo tanto tuviera que reunirse.

Al respecto el autor señala que en el artículo 57 del Reglamento de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1931 aparece por primera vez la urgencia como cuestión de procedimiento.⁴²⁰

En relación con la urgencia como cuestión de procedimiento Rosenne se refiere a que la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que la solicitud de medidas provisionales tiene preferencia sobre todos los demás procedimientos y que la decisión sobre dicha solicitud debe tratarse como un asunto de urgencia, lo que se incluyó en el artículo 61, numeral 2 del Reglamento de la Corte de 1936 y conservado en los de 1946 y 1972. En el

⁴¹⁹Rosenne señala *“Urgency is a component of both procedure and substance in the context of the indication of provisional measures”* Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1395.

⁴²⁰*“Urgency is a matter of procedure, relevant to the convening of the Court or Tribunal if not in session when the request is made. Urgency is a matter of substance among the circumstances justifying provisional measures”*. Rosenne, Shabtai, *op. cit.* nota 150, p. 137. Ver también *Opinion of M. Anzilotti, “Twentieth (Ordinary) Session. Thirty -Fourth Meeting”*, Modification of the Rules, , p. 185.

Reglamento de 1978, el artículo 74 numeral 1 señala también que la solicitud de medidas provisionales debe atenderse con prioridad. El numeral 2 establece que cuando la Corte no se encuentre reunida, debe ser llamada a reunirse inmediatamente para tomar una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales con urgencia; a lo anterior el autor agrega, que lo anterior debe atenderse en conjunto con los artículos 54, numeral 2 y 74 también del Reglamento.⁴²¹

Por otro lado, considera a la urgencia como una cuestión de substancia cuando forma parte de las circunstancias que justifican el otorgamiento de medidas provisionales.⁴²²

Rosenne afirma finalmente, que la Corte raramente menciona expresamente la existencia de urgencia y solamente señala las circunstancias que llevan al otorgamiento de las medidas provisionales así como sucedió en el caso *Intehandel* en el que su decisión de no otorgar medidas provisionales se basó claramente en que no existía urgencia, pues aceptó el señalamiento de Estados Unidos de que en el momento no realizaría ninguna de las acciones que Suiza reclamaba.⁴²³

Como cuestión sobre la substancia, la Corte se refiere al caso *Pakistani Prisoners of War* en el que las Partes solicitaron en diversas ocasiones posponer las fechas para las audiencias y ella determinó que en razón de que la urgencia forma parte de la esencia de las medidas provisionales, la solicitud

⁴²¹Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1394-1395.

⁴²² Esto también es señalado por Oellers-Frahm en el comentario al artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional, Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 941.

⁴²³*Idem.* También en Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1396 en donde el autor agrega que el artículo 73, numeral 2 del Reglamento que requiere que en la solicitud de medidas provisionales se señalen las posibles consecuencias resultado de que la Corte no otorgara las medidas, agrega consideraciones sobre la substancia y menciona que al respecto la Corte no se ha pronunciado. También señala que no hay consistencia sobre el periodo de tiempo que se otorga para que la Corte emita su decisión aunque usualmente lo hace 4 o 6 semanas después de que se presenta la solicitud.

del aplazamiento de las audiencias, no queda comprendida dentro de una solicitud de medidas provisionales, que debería ser tratada urgentemente.⁴²⁴

La urgencia está estrechamente vinculada al riesgo de daño irreparable a los derechos de alguna de las partes. De hecho se puede considerar que existe una tendencia de la Corte Internacional de Justicia a examinar al mismo tiempo el riesgo de perjuicio o daño irreparable y la urgencia.

Lo anterior sucedió en los casos *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*; así como en *Certain Criminal Proceedings in France* en los que la Corte Internacional de Justicia señaló que no existía un riesgo de perjuicio irreparable para justificar el otorgamiento urgente de medidas provisionales.⁴²⁵

Otro tema relacionado con la urgencia es el grado de urgencia necesaria para que la Corte decida otorgar medidas provisionales. Al respecto, Thrilway señala que la urgencia no es absoluta y que de acuerdo a su grado de urgencia en cada caso, es que se establecen las fechas de las audiencias ante la Corte. En este sentido dice, que en el caso *Passage through the Great Belt* las audiencias no se celebraron sino 40 días después de que se iniciara el procedimiento y que, en cambio en otro caso, evidentemente más urgente como lo fue *Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, las audiencias se celebraron solamente 10 días después.

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha adoptado la misma postura, y por tanto ha examinado la urgencia y el peligro de daño irreparable al mismo tiempo, lo que se advierte al conocer que en *The MOX Plant Case*, sostuvo que “[...] if the Tribunal considers that urgency of the situation requires in the sense that action prejudicial to the rights of either party or causing serious harm to the marine environment is likely to be taken before the constitution of

⁴²⁴*Ibidem*, pp. 1396-1397.

⁴²⁵*Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, Provisional Measures, Order of 17 June 2003, I. C. J. Reports, 2003, p. 110, para. 35

the Annex VII arbitral tribunal".⁴²⁶ Esto de acuerdo con el artículo 290, numeral 1 de la Convención.

Por lo que hace a las medidas que se otorgan con base en el numeral 5 del mismo artículo, el Tribunal sostuvo que no consideraba, conforme a las circunstancias, que la urgencia de la situación requiriera medidas provisionales durante el corto periodo anterior a la constitución del tribunal arbitral.

Sin embargo, indicó medidas en relación con la contaminación del ambiente marítimo consistentes en que las partes se encontrarían obligadas a intercambiar información y monitorear los efectos del funcionamiento de la planta MOX.

En su opinión disidente sobre el caso, el Juez Treves dijo que al parecer el Tribunal hace una distinción entre el derecho sustantivo invocado por Irlanda a no ser contaminado o expuesto al riesgo de contaminación derivado de la puesta en marcha de la planta MOX y los derechos de carácter procesal relacionados con la cooperación e información, de acuerdo con lo que el Tribunal no consideró que ese satisficiera el requisito de urgencia en cuanto al primer derecho, pero consideró implícitamente que se satisfacía en cuanto a los últimos.⁴²⁷

Posteriormente el Tribunal Arbitral consideró en su Orden número 3 que la práctica judicial internacional confirma que la existencia de urgencia y riesgo de daño irreparable a los derechos es un requisito general para el otorgamiento de medidas provisionales.

Como ya hemos mencionado, el artículo 290, numeral 5 de la Convención

⁴²⁶*The MOX Plant case (Ireland v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, p. 414, para. 64. [Traducción propia: "(...) si el Tribunal considera que la urgencia de la situación lo requiere, en el sentido de que se pueda presentar una acción prejudicial a los derechos de cualquiera de las partes o un daño serio al ambiente marítimo antes de que se constituya el tribunal arbitral previsto en el Anexo VII".]

⁴²⁷ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 150, p. 149

sobre Derecho del Mar establece expresamente que se podrán indicar medidas provisionales en tanto se reúne el Tribunal o Corte que habrá de decidir sobre el fondo del asunto si tales medidas son necesarias por razones de urgencia. Además, el Tribunal del Derecho del Mar debe considerar que el Tribunal que se constituirá para conocer del asunto tendrá competencia para ello.

En ese sentido Shabtai Rosenne señala que se debe considerar si el otorgamiento de dichas medidas es urgente sin importar el tiempo que duren o si la urgencia en su otorgamiento tiene un propósito temporal, mientras se establece la corte o tribunal competente, que posteriormente podrían indicarlas de acuerdo con el artículo 290, numeral 1 del Estatuto.

Cabe mencionar que de acuerdo con el autor, las medidas provisionales que se dicten conforme el numeral 5 del artículo 290 de la Convención se encontrarán vigentes hasta que sean modificadas o revocadas por el tribunal que se encargue de analizar el fondo y no hasta que se pronuncie la decisión final como aquellas que se otorguen conforme el numeral 1 del mismo artículo.⁴²⁸

Sin embargo, el mismo artículo contempla que las medidas también pueden ser afirmadas por el Tribunal y no solo revocadas o modificadas.

Al respecto, Tullio Treves señala que una cuestión que no se ha analizado por la Corte Internacional de Justicia es aquella sobre si, cuando se decida someter un caso ella por virtud de lo dispuesto en la Convención, se aplicarán las reglas de la Corte Internacional sobre medidas provisionales, o bien las contenidas en la Convención.⁴²⁹

El caso *Southern Bluefin Tuna (Australia and New Zealand v. Japan)* fue el primero en el que se otorgaron medidas provisionales en tanto se constituía el tribunal arbitral, según lo dispuesto por el párrafo 5 del artículo 290 de la Convención sobre Derecho del Mar. En este, los primeros solicitaron al Tribunal

⁴²⁸*Ibidem*, p. 138

⁴²⁹ Treves, Tullio, *op. cit.*, nota 241, p. 1245.

la indicación de medidas provisionales en tanto se formaba el panel arbitral al que se sometería dicho caso citando el numeral y artículo mencionados. El Tribunal señaló también que una vez que se constituyera el Tribunal o Corte que conocería del fondo del asunto, este podrá modificar, revocar o afirmar las medidas que se hubieren indicado y que en dicho caso, era cuestión urgente preservar los derechos de las Partes y para preservar la reserva de atún.

Las medidas provisionales estaban dirigidas a todas las partes; sin embargo, Japón se comprometió con respecto a su programa de pesca experimental de 1999 y no respecto de los de otros años. Al darse cuenta de esto, el Tribunal, formuló una Orden en términos generales para que se aplicara a todas las capturas anuales mientras el Tribunal Arbitral emitía una decisión.

El Juez Treves ha considerado que el requisito de urgencia es más estricto cuando el Tribunal actúa de acuerdo con el numeral 5 del artículo 290 de la Convención que cuando lo hace de acuerdo con el numeral 1, pues el otorgamiento de medidas provisionales no sería urgente, como lo establece el numeral 5, si pudieran ser otorgadas una vez que se constituya el tribunal sin perjudicar los derechos de las Partes.⁴³⁰

En el caso *Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor* Malasia solicitó el 5 de septiembre de 2003 al Tribunal Internacional de Derecho del Mar el otorgamiento de medidas provisionales bajo el numeral 5 del artículo 290, en tanto de constituía el tribunal arbitral,⁴³¹ sin embargo Singapur sostenía que no había necesidad de indicar tales medidas por faltar muy poco tiempo para que el tribunal arbitral se constituyera, lo que debía suceder antes de 9 de octubre de 2003.⁴³²

⁴³⁰*Ibidem*, p. 139

⁴³¹*Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, Provisional Measures, Order of 8 October 2003, ITLOS Reports 2003, p. 11, para. 2.

⁴³²*Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, Provisional Measures, Response of the Republic of Singapore of 20 September 2003, pp. 275 - 276, para. 17.

El Tribunal decidió que el artículo 290 no prevé que las medidas provisionales que otorga, estén limitadas al periodo que termina al constituirse el tribunal arbitral y que incluso pueden seguir aplicándose pasado ese periodo, por lo que la urgencia en un caso relacionado con el numeral y artículo citados, debe determinarse solamente por las circunstancias que el Tribunal conoce al momento de tomar la decisión y dentro de esas circunstancias no es relevante la fecha futura en la que se constituya el tribunal arbitral al que se refiere el anexo VII de la Convención, además de que las medidas provisionales siguen vigentes hasta que el tribunal arbitral tome una decisión respecto de ellas.⁴³³

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ni su Reglamento, señalan expresamente que las medidas provisionales pueden solicitarse solamente en casos de urgencia; sin embargo se considera que de acuerdo con el artículo 74, numeral 2, del Reglamento, se presume que las reglas sobre medidas provisionales de invocan solamente en casos de urgencia. Aunque el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y el 290 de la Convención del Derecho del Mar no se refieren a la urgencia como una condición previa necesaria para solicitar medidas provisionales, ella debe existir y la solicitante debe demostrar tal existencia. Además, tratándose del Tribunal del Derecho del Mar, se considera que no hay urgencia si las medidas solicitadas, pudieran otorgarse, sin perjuicio a los derechos de las partes, por el tribunal que ha de constituirse, una vez constituido; este tribunal también tendría la facultad de modificar, revocar o confirmar las medidas provisionales que se hubieran otorgado.⁴³⁴

3.4.3 Medidas de no agravamiento del conflicto

Las medidas de no agravamiento del conflicto, tienen como antecedente la Convención de Washington de 1907 en la que se preveía la fundación de una Corte Centroamericana, como lo mencionamos anteriormente. En esta

⁴³³*Ibidem*, p. 139 -142.

⁴³⁴ Wolfrum, Rüdiger, *op. cit.*, nota 185.

Convención⁴³⁵ se señalaba que las medidas provisionales se otorgarían con la finalidad de que no se agravara el conflicto y se conservara el *status quo*, a diferencia de lo que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala actualmente, y que hemos señalado se refiere a la preservación de los derechos de las partes.

El mantenimiento o restablecimiento del *status quo* es considerado como el propósito principal de las medidas provisionales junto con la preservación de la paz. Actualmente, el objetivo de las medidas provisionales es asegurar que las acciones de las partes no perjudiquen la sentencia final.⁴³⁶

En el caso *Electricity Company* la Corte Permanente de Justicia Internacional al otorgar medidas provisionales, dijo que las Partes debían abstenerse de realizar acciones que pudieran agravar o extender la controversia.⁴³⁷

La Corte Internacional de Justicia trató el tema en el caso *Aegean Sea*, posteriormente en el caso *Frontier Dispute* y en *Land and Maritime Boundary* en el que la Corte señaló que derivado del artículo 41 tiene la facultad para otorgar medidas provisionales para prevenir el agravamiento de la controversia.

Shabtai Rosenne dice que la Corte otorga medidas provisionales en casos sobre controversias territoriales cuando se presentan incidentes,

⁴³⁵Article XVIII *Convention for the Establishment of a Central American Court of Justice*, *The American Journal of International Law*, año 1908, vol. 2, no. 1/2, Supplement: Official Documents, Jan. – Apr., 1908, pp. 231-243 disponible en: http://www.worldcourts.com/cacj/eng/documents/1907.12.20_convention.html (Fecha de consulta 5 de junio de 2012) . Anteriormente, también se ha hecho referencia al caso entre El Salvador y Nicaragua en el que la Corte Centroamericana determine que las partes debían mantenerse en el mismo estado en el que se encontraban antes de la celebración del Tratado que originó la disputa. *El Salvador v. Nicaragua*, CACJ, Judgment of 9 March 1917.

⁴³⁶ Collins, Lawrence, *op. cit.*, nota 135, p. 170.

⁴³⁷*The Electricity Company of Sofia and Bulgaria* (Interim Measures of Protection), Order of December 5th, 1939, P. C. I. J. Series A / B, No. 79, 1939, pp. 193 and 199.

incluidos aquellos que involucren el uso de fuerzas armadas, si existe la posibilidad de recurrencia o existe un riesgo que pueda empeorar la controversia y que en tales casos, los derechos de soberanía que se busca preservar, incluyen el derecho a la vida de las personas en el territorio en disputa.⁴³⁸ A esto nos referiremos, pues se relaciona estrechamente con el caso del Templo de Preah Vihear que analizaremos más adelante.

El autor citado, también menciona que la Corte es un órgano principal de la Organización de las Naciones Unidas que tiene otros órganos con competencia para prevenir o desactivar incidentes, tales como el Consejo de Seguridad, la Asamblea General y el Secretario General.⁴³⁹

Para Oellers-Frahm, al tener la Corte la facultad para otorgar medidas provisionales, ya sea de oficio o distintas a aquellas que han sido solicitadas por alguna o ambas Partes puede otorgarlas para prevenir el empeoramiento de la controversia. Recientemente, el concepto se ha utilizado con mayor frecuencia.

Es de especial importancia considerar las medidas provisionales que se otorgan en el marco de conflictos armados, debido a que es en estos, en los que de manera manifiesta contribuyen a los principios de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Oellers-Frahm sostiene que las medidas provisionales otorgadas en casos relativos a conflictos armados, tienen el mismo efecto jurídico que una resolución del Consejo de Seguridad bajo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, al menos para las Partes en el caso.⁴⁴⁰ Derivado de lo

⁴³⁸Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1410.

⁴³⁹*Ibidem*, p. 1411.

⁴⁴⁰Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 959. En relación con esto, en la opinión consultiva de 21 de junio de 1971, la Corte señaló que el Consejo de Seguridad emite resoluciones para cumplir con su responsabilidad de mantener la paz y seguridad internacionales. La Corte señaló que las declaraciones que el Consejo de Seguridad emita de conformidad con el artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas, no deben ser ignoradas por los Estados. Asimismo,

anterior, Tanaka considera que la Corte puede contribuir al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales al otorgar medidas provisionales.⁴⁴¹

Dicha autora dice además, que la Corte ha recibido críticas por otorgar medidas provisionales con el objeto de prevenir el empeoramiento de la disputa, ya que puede considerarse que al utilizar el artículo 41 del Estatuto como una prevención en general y no limitada a la preservación de los derechos en tanto se emite una resolución judicial, se acerca a las acciones en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión prevista en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.⁴⁴²

Yosifumi Tanaka divide las medidas provisionales otorgadas en conflictos armados dentro de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en cinco categorías.⁴⁴³ En la primera de ellas, incluye las de no agravamiento o empeoramiento del conflicto, las cuales buscan asegurar que las Partes en la controversia no tomen medidas que puedan empeorar o prolongar la controversia ante la Corte.

Cabe mencionar que no se limitan a casos en los que se involucra el uso de la fuerza, sin embargo es en estos en los que encuentran una mayor justificación como a continuación veremos.

determinó que el artículo 25 de la misma Carta no aplica solamente a las medidas adoptadas de acuerdo con su Capítulo VII, es decir no solamente a las que involucren acciones de ejecución de acuerdo con los artículos 41 y 42, sino que es aplicable a todas las decisiones del Consejo de Seguridad que se adopten de conformidad con la Carta. Por lo tanto, la Corte concluyó que las decisiones del Consejo de Seguridad son de naturaleza vinculante y por lo tanto deben cumplirse por todos los Miembros. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South African Namibia (South West Africa), op. cit.*, notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), *Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 1971, pp. 51-54, paras. 108-116.

⁴⁴¹Tanaka, Yoshifumi, *op. cit.*, nota 280, p. 211

⁴⁴² Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 932

⁴⁴³Tanaka, Yoshifumi, *op. cit.*, nota 280, p. 207

Es importante señalar que Tanaka considera que las medidas provisionales son obviedades, debido a que la prevención del empeoramiento de controversias es considerada como corolario de la obligación de resolver controversias internacionales de manera pacífica.

Sobre ese tema, la Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales aprobada mediante la resolución 37/10 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 1982 señala que los Estados partes en una controversia internacional, así como otros Estados, se abstendrán de adoptar cualquier medida que pueda agravar la situación hasta el punto de poner en peligro e mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y haga así más difícil o impida el arreglo pacífico de la controversia, y a este respecto actuarán de conformidad con los propósitos y principios de las Naciones Unidas.⁴⁴⁴

Con base en lo antes mencionado, podemos considerar que otra de las finalidades del otorgamiento de medidas provisionales es evitar que el conflicto existente entre las partes se agrave, por lo que pueden otorgarse aún sin necesidad de probar que se afectarán los derechos de las partes.

Hay casos en los que la Corte Internacional de Justicia se ha encontrado frente al análisis de circunstancias para indicar este tipo de medidas. Estos casos son: *Anglo Iranian Oil Company case*, *Fisheries Jurisdiction case*, *Nuclear Tests case*, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran case*, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide case*, *Aegean Continental Shelf case*, *The frontier dispute case*, *Land and Maritime Boundary Case between Cameroon and Nigeria* y *Armed Activities on the Territory of the Congo case*.

⁴⁴⁴La resolución 37/10 de la Asamblea General “Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales” A/RES/37/10 (15 de noviembre de 1982), disponible en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/37/10 (Fecha de consulta 28 de enero de 2013).

El caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*⁴⁴⁵ fue el primero en el que la Corte Permanente de Justicia Internacional otorgó medidas de no agravamiento del conflicto.

Al efecto, indicó que el gobierno de Bulgaria debía garantizar que no se realizarían actividades para perjudicar los derechos alegados por el gobierno belga o que agravaran o prolongaran la controversia. Para llegar a esta determinación, consideró que de acuerdo con el artículo 41 del Estatuto podía indicar medidas provisionales y que de acuerdo con el diverso 61 del Reglamento de la entonces Corte Permanente podía indicar otras medidas distintas a las que le hubieran sido solicitadas.

Además, consideró que el artículo 41 se basa en un principio aceptado universalmente por los tribunales internacionales y establecido en convenciones de las que Bulgaria es Parte, el cual consiste en que las Partes en un caso deben abstenerse de realizar cualquier medida que tenga algún efecto perjudicial en relación con la ejecución de la decisión que se otorgue y en general que pueda agravar o prolongar la controversia.

También, consideró en la providencia que debido a ciertas condiciones, el otorgamiento de medidas provisionales se justifica para prevenir que debido a la duración del procedimiento, se realicen actos que puedan perjudicar los derechos que resulten de la inminente decisión.

El primer caso ante la Corte Internacional de Justicia en el que se solicitaron medidas de no agravamiento del conflicto, fue el *Anglo Iranian Oil Company case*.⁴⁴⁶

En él, el Reino Unido le solicitó medidas provisionales consistentes en asegurar que el gobierno iraní permitiera a la *Anglo Iranian Oil Company*

⁴⁴⁵*The Electricity Company of Sofia and Bulgaria, Bulgaria* (Interim Measures of Protection), Order of December 5th, 1939, P. C. I. J. Series A / B, No. 79, 1939, p.199.

⁴⁴⁶*Anglo-Iranian Oil Co. Case, (United Kingdom v. Iran), Order of July 5th, 1951, I. C. J. Reports 1951, p. 90 – 91.*

realizar sus actividades consistentes en la extracción de petróleo, su transporte, refinamiento o cualquier tratamiento para poderlo comercializar y vender o exportar y en general continuar con sus actividades sin interferencias que se impidan o pongan en peligro dichas actividades.

También solicitó que se ordenara que el gobierno iraní no podía interferir con las mencionadas actividades, ni con las propiedades, ni con el capital de la compañía mediante ningún proceso judicial o actos del poder ejecutivo o del poder legislativo.

Asimismo, solicitó que el gobierno iraní asegurara que no realizaría acciones para perjudicar el derecho del Reino Unido de obtener una sentencia favorable en caso de que la Corte emitiera tal decisión y para asegurar que tanto el gobierno inglés como el iraní no realizaran ninguna clase de acciones que fueran capaces de agravar o prolongar la controversia y en particular que el gobierno de Irán se abstuviera de realizar propaganda para encender la opinión en Irán en contra de la *Anglo Iranian Oil Company* y sobre el Reino Unido.

La Corte sin embargo, otorgó medidas provisionales consistentes en que ambos gobiernos debían asegurar que no realizaría ninguna acción que perjudicara los derechos de la otra Parte, en cuanto al cumplimiento de la decisión que aquella pudiera emitir con posterioridad; que garantizarían que no llevarían a cabo ninguna acción que pudiera agravar o prolongar la controversia; que garantizarían que no tomarían medidas de ninguna naturaleza para obstaculizar la continuación de las operaciones industriales y comerciales de la compañía; que las operaciones de la compañía en Irán debían continuar bajo la dirección de su administración.

Para asegurar la plena eficacia de sus disposiciones, la Corte señaló que debía establecerse una Junta de Supervisión que tendría la tarea de garantizar que las operaciones de la compañía se llevaran a cabo de acuerdo con las disposiciones establecidas por ella; que la Junta también estaría encargada de auditar los ingresos y egresos para asegurar que los ingresos excedentes

después de pagar los gastos normales derivados de la continuación de las operaciones de la compañía, se pagaran a cuentas en bancos seleccionados por la propia Junta, mismos que solo podrían disponer de tales fondos de acuerdo con decisiones de la Corte o por acuerdo de las Partes.⁴⁴⁷

De acuerdo con Palchetti este tipo de indicaciones sobre no agravamiento eran cláusulas generales que servían de complemento a medidas específicas, pues de las ordenes de medidas provisionales las circunstancias por las que se otorgaban no se referían al asunto de no agravamiento del conflicto, sino que se centraban en la preservación de los derechos y condicionadas a una serie de requisitos.⁴⁴⁸

Sin embargo, en el caso que mencionamos a continuación surge la cuestión relativa si las medidas provisionales pueden indicarse con el único propósito de prevenir el agravamiento o prolongación de la controversia.

Entre las medidas provisionales que la Corte otorgó en el caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* se encuentra la que instruye a ambos gobiernos el de Estado Unidos y el de Irán, a no realizar acciones que pudieran agravar la tensión entre ellos o que dificultaran la solución a la controversia. Además, la Corte señaló que los asuntos tratados en su providencia estarían sujetos a una constante revisión, en tanto se emitía la decisión final.⁴⁴⁹ De la misma forma lo señaló en los casos *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *Vienna Convention on*

⁴⁴⁷*Ibidem*, p. 93-94.

⁴⁴⁸ Palchetti, Paolo, "The Power of the International Court of Justice to Indicate Provisional Measures to Prevent the Aggravation of a Dispute", *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, issue 03, September 2008, disponible en <http://dx.doi.org/10.1017/S0922156508005219>, p. 624 (Fecha de consulta 6 de junio de 2012).

⁴⁴⁹ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, (United States of America v. Iran), Order of 15 December 1979, I. C. J. Reports 1979, p. 21, para. 47 (1) (B).

*Consular Relations, LaGrand y Avena.*⁴⁵⁰

En el caso *Frontier Dispute* la Sala de la Corte se pronunció en un sentido similar, aunque con redacción diversa, al estimar que hasta en tanto se emitiera una sentencia final, seguiría ocupándose de las cuestiones cubiertas por su providencia de medidas provisionales; a lo anterior agregó que ello sin perjuicio a lo dispuesto por el artículo 76, sobre la modificación y revocación de las medidas provisionales.⁴⁵¹

Las disposiciones a que nos hemos referido son llamadas por Shabtai Rosenne “*supervisory clauses*”, en relación con las que dice que la Corte, no da mayor explicación, ni tampoco hay mucha información sobre los mecanismos mediante los que llevo a cabo la revisión y las providencias de medidas provisionales.

No se hace referencia al artículo 78 del Reglamento recientemente modificado que permite a la Corte solicitar información a las Partes sobre cualquier asunto relacionado con la implementación de la Orden.⁴⁵²

⁴⁵⁰“Decides further that, until the Court delivers its final judgment in the present case, it will keep the matters covered by this Order continuously under review” *Military and Parailitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I. C. J. Reports 1984, p. 187, para. 41 (D); *Vienna Convention on Consular Relations* (Paraguay v. United States of America), Provisional Measures, Order of 9 April 1998, I. C. J. Reports 1998, p. 258, para. 41 (II); *LaGrand* (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I. C. J. Reports 1999, p. 16, para. 29 (II); *Avena and Other Mexican Nationals*, Provisional Measures, Order of 5 February 2003, I. C. J. Reports 2003, , p. 92, para. 59 (II). [Traducción propia: “Decide además que hasta que la Corte emita su sentencia final, el asunto quedará cubierto por esta Providencia que será sujeta continuamente a revision”.]

⁴⁵¹*Frontier Dispute*, Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I. C. J. Reports 1986, p. 12, para. 32 (3).

⁴⁵² Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 260, p. 104. En el mismo sentido, el autor señala que la Corte no posee la maquinaria necesaria para que le permita realizar la función de supervisión y que las implicaciones de esa cláusula no son claras. También considera que la disposición se agrega—
El Otorgamiento de Medidas Cautelares por la Corte Internacional de Justicia | 231

De igual forma en los casos *Fisheries Jurisdiction* una de las medidas provisionales consistía en que los solicitantes, Alemania y el Reino Unido, proporcionaran información relevante, las ordenes emitidas y acuerdos sobre el control y regulación de las capturas de pescado.⁴⁵³

En el caso *Aegean Continental Shelf* la Corte señaló independientemente de su solicitud respecto a la preservación de sus derechos, Grecia le solicitó el otorgamiento de medidas para prevenir el agravamiento o prolongación de la controversia.

Al respecto dijo que antes de otorgar las medidas debía analizar si de acuerdo con el artículo 41 del Estatuto, tenía la facultad independiente para indicar medidas con tal objeto y concluyó que no era necesario que examinar si de acuerdo con ese artículo tiene facultad para otorgar medidas provisionales que tengan como único propósito prevenir el agravamiento o prolongación de la controversia, debido a que el Consejo de Seguridad adoptó la resolución 395 (1976) sobre el tema y recordó a las Partes los principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas respecto de la solución pacífica de controversias, obligaciones que las Partes se comprometieron a respetar. La Corte decidió que las circunstancias no requerían que ejerciera su facultad para otorgar medidas provisionales.⁴⁵⁴

Posteriormente, en el Caso *Frontier Dispute*, entre Burkina Faso y Mali, se consideró que la Corte o la Sala, según sea el caso, tiene la facultad conforme al artículo 41 del Estatuto, para indicar medidas provisionales con la finalidad

en virtud de que la Corte considera que seguirá ocupándose del procedimiento de medidas provisionales que puede ser Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1386.

⁴⁵³*Fisheries Jurisdiction, (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 35 (1) (f); *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*, Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 18 (1) (f).

⁴⁵⁴*Aegean Sea Continental Shelf*, Interim Protection, Order of 11 September 1976, I. C. J. Reports 1976, p. 13, paras. 36 – 44.

de prevenir el agravamiento o prolongación de la controversia cuando considere que las circunstancias lo requieren.

Aún cuando encontró que los incidentes referidos por las Partes no afectaban la existencia o valor de los derechos reclamados y no otorgó medidas provisionales para preservar sus derechos consideró que dichos incidentes podían agravar el conflicto con lo que se justificaría el otorgamiento de medidas provisionales. La Sala señaló también, que los incidentes, no solamente pueden agravar o prolongar la controversia, sino que pudieran llevar a las Partes a recurrir a la fuerza, por lo que sería indudable que es facultad y deber de la Sala indicar, en caso de ser necesarias, medidas provisionales para lograr la debida administración de justicia.⁴⁵⁵

La Corte, decidió sobre esta misma base respecto de indicar medidas provisionales de no agravamiento en el caso, independientemente de aquellas relativas a preservar derechos específicos en el caso entre Camerún y Nigeria.⁴⁵⁶

En el caso entre El Congo y Uganda una de las medidas provisionales ordenadas por la Corte fue que ambas Partes debían abstenerse inmediatamente de cualquier acción y en particular de cualquier acción armada que pudiera perjudicar los derechos de la otra Parte respecto a cualquier

⁴⁵⁵*Frontier Dispute*, Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I. C. J. Reports 1986, p. 9 paras. 18 and 19.

⁴⁵⁶*“Considering that, independently of the requests for the indication of provisional measures submitted by the Parties to preserve specific rights, the Court possesses by virtue of Article 41 of the Statute the power to indicate provisional measures with a view to preventing the aggravation or extension of the dispute whenever it considers that circumstances so require” Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I. C. J. Reports 1996, pp.22-23, para. 41. [Traducción propia: “Considerando que independientemente de las solicitudes de medidas provisionales presentadas por las Partes para preservar determinados derechos, la Corte tiene, de acuerdo con el artículo 41 del Estatuto, la facultad de otorgar medidas provisionales con la finalidad de prevenir que se agrave o prolongue la controversia cuando considere que las circunstancias lo requieren”.]

sentencia que la Corte dictara sobre el caso o que pudiera empeorar o prolongar la controversia o la hiciera más difícil de resolver.⁴⁵⁷

En ese sentido se puede considerar que la Corte Internacional puede otorgar medidas provisionales aún cuando no se cumplan las condiciones necesarias debido a encontrarse ante una situación de urgencia con la finalidad de promover la seguridad y paz internacionales, pero siempre dentro de lo permitido por las funciones judiciales de la propia Corte.

A este respecto, el juez Shi consideró que ni el Estatuto ni el Reglamento de la Corte le prohíben realizar una declaración general para llamar a las partes a cumplir con sus obligaciones conforme a la Carta de Naciones Unidas y otras reglas de derecho internacional, de derecho internacional humanitario y al menos sobre no agravar o prolongar la controversia.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷*Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Provisional Measures, Order of 1 July 2000, I. C. J. Reports 2000, p.129, para.47 (1).

⁴⁵⁸“[...] confronted with that urgent situation, the Court ought to have contributed to the maintenance of international peace and security in so far as its judicial functions permit. The Court would have been fully satisfied in point of law if, immediately upon receipt of the request by the Applicant for the indication of provisional measures, and regardless of what might be its conclusion on *prima facie* jurisdiction pending its final decision, it had issued a general statement appealing to the Parties to act in compliance with their obligations under the Charter of the United Nations and all other rules of international law relevant to the situation, including international humanitarian law, and at least not to aggravate or extend their dispute. In my view, nothing in the Statute or Rules of Court prohibits the Court from so acting” *Legality of Use of Force* (Serbia and Montenegro v. Belgium), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, ICJ Reports 1999, Dissenting Opinion Judge Shi, p. 207. [Traducción propia: “(...) Frente a una situación de urgencia, la Corte debería haber contribuido al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales en la medida en la que sus funciones judiciales se lo permitan. La Corte habría cumplido plenamente en cuanto a derecho si, inmediatamente al haber recibido la petición del interesado de medidas provisionales e independientemente de la que pudiera ser su conclusión *prima facie* sobre competencia en la espera de su decisión final, hubiera emitido una declaración general exhortando a las Partes a actuar de conformidad con las obligaciones que les impone la Carta de las Naciones Unidas y El Otorgamiento de Medidas Cautelares por la Corte Internacional de Justicia

Así mismo, el juez Vereshchetin consideró que cuando por limitaciones en su Estatuto, la Corte no pueda indicar medidas provisionales plenas, tiene poder inherente para al menos solicitar a las Partes que no empeoren ni prolonguen la controversia y que actúen de acuerdo a sus obligaciones bajo la Carta de las Naciones Unidas, poder que deriva de su responsabilidad de salvaguardar el derecho internacional, así como de consideraciones importantes sobre orden público.⁴⁵⁹

El juez Ajibola considera, de acuerdo a lo que señaló en su opinión disidente sobre el caso entre Camerún y Nigeria, que el propósito y contenido del artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no puede limitarse únicamente a preservar los eventuales derechos de las Partes en un asunto como aquél entre Camerún y Nigeria.⁴⁶⁰

todas las demás reglas del derecho internacional que fueran aplicables a la situación, incluyendo al derecho humanitario internacional, y por lo menos, a no agravar o prolongar la controversia entre ellas. En mi opinión, no hay nada en el Estatuto o el Reglamento que le prohíba a la Corte actuar de esta manera”.]

⁴⁵⁹“*Even if ultimately the Court may come to the conclusion that, due to constraints in its Statute, it cannot indicate fully fledged provisional measures in accordance with Article 41 of the Statute in relation to one or another of the respondent States, the Court is inherently empowered, at the very least, immediately to call upon the Parties neither to aggravate nor to extend the conflict and to act in accordance with their obligations under the Charter of the United Nations*”. *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999, Dissenting Opinion Judge Vereshchein, p. 209. [Traducción propia: “Incluso si al final la Corte concluye que, debido a los límites que impone el Estatuto, no puede otorgar medidas provisionales de pleno derecho de acuerdo con el artículo 41 del Estatuto en relación con cualquiera de los Estados, la Corte está inherentemente facultada para, por lo menos, solicitar inmediatamente a las Partes a que no agraven ni prolonguen el conflicto y que actúen de acuerdo con sus obligaciones previstas en la Carta de las Naciones Unidas”].]

⁴⁶⁰*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, Separate Opinion of Judge Ajibola, p. 53.

Otro juez que siguió en esta misma línea fue el juez Greenwood en el caso entre Costa Rica y Nicaragua, al considerar, que si bien dicha Corte, puede indicar medidas provisionales diferentes a aquellas solicitadas por las Partes e incluso otorgarlas *motu proprio*, se deben cumplir los requisitos señalados por el artículo 41 de su Estatuto. Este juez considera como única excepción parcial, la posibilidad de que la Corte otorgue medidas que requieran a las Partes abstenerse de realizar acciones que pudieran empeorar o prolongar el conflicto y además señala que tales medidas no deben limitarse a la protección de derechos que pudiera declarar que pertenecen a cualquiera de las Partes, sino que deben servir a un propósito más amplio.

De acuerdo con esa interpretación más amplia, sostiene el Juez, la Corte podría otorgar medidas provisionales que tuvieran propósitos más amplios que solamente preservar los derechos pretendidos por las Partes. Sin embargo, las medidas de no agravamiento serían tan amplias que sería necesario contar con más especificaciones para prevenir efectivamente que las controversias no se agraven o empeoren.

También dice que se debe considerar que la Corte Internacional de Justicia se ha abstenido de otorgar medidas provisionales, incluyendo las relativas sobre no agravación del conflicto, ante la ausencia de jurisdicción *prima facie* pues esta es un prerrequisito para indicarlas en todos los casos.⁴⁶¹

Otra cuestión relacionada con las medidas de no agravación del conflicto consiste en que estas deben estar vinculadas a la protección de los derechos pretendidos por las Partes en su solicitud principal a la Corte. Al respecto, cita a Palchetti para quien "*the Court's practice reveals that the element of aggravation must in any case be linked with the protection of the rights of the parties which are at issue in a case*".⁴⁶²

⁴⁶¹Tanaka, Yoshifumi, *op. cit.*, nota 280, p. 213.

⁴⁶²*Idem.* y Palchetti, Paolo, *op. cit.* nota 447, p. 634. [Traducción propia: "la práctica de la Corte revela que el empeoramiento, como elemento, debe estar vinculado con la protección de los derechos en cuestión en un caso determinado".]

En el mismo sentido, cita a John Merrills, quien señala que *“the powers of the Court under Article 41 have the specific purpose of preserving the rights in issue in litigation and so it is only in that context that the Court is entitled to act to prevent the extension or aggravation of the dispute”*.⁴⁶³ Entonces si no existe un vínculo entre los derechos pretendidos por las Partes y las medidas provisionales la Corte no puede otorgar medidas provisionales, incluidas las de no agravamiento.

La Corte ha optado por agregar una declaración para recordar a las Partes su responsabilidad de cumplir sus obligaciones establecidas en la Carta de las Naciones Unidas y por el derecho internacional, tal como lo propuso el juez Shi, como mencionamos, y fue aplicado en los casos Legalidad del Uso de la fuerza entre Yugoslavia y Estados Unidos de América y el relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo entre la República Democrática del Congo y Ruanda en este último, el juez Buergenthal cuestionó el decoro judicial de del pronunciamiento de la Corte.

Se puede considerar que al no incluirse tales declaraciones en la parte operativa de la Orden de la Corte, no pueden ser consideradas como medidas provisionales bajo una interpretación menos restrictiva de acuerdo con la que la Corte pudiera otorgar medidas provisionales sin que exista un vínculo entre estas y los derechos pretendidos en la solicitud principal.

La postura de la Corte no ha sido similar en todos los casos, pues en el denominado *Pulp Mills on the River Uruguay*, Uruguay solicitó la indicación de medidas provisionales, una para prevenir que Argentina interrumpiera el tránsito entre ambos países, incluyendo el bloqueo de puentes y carreteras y otra, para que se abstuviera de realizar cualquier actividad que pudiera agravar, prolongar o hacer más difícil la solución de la controversia y perjudicar

⁴⁶³*Idem*. [Traducción propia: “las facultades de la Corte previstas en el artículo 41 tienen el propósito específico de preservar los derechos objeto del litigio y entonces solamente en ese contexto puede la Corte actuar para prevenir la prolongación o empeoramiento de la controversia”.]

los derechos de Uruguay, en disputa ante la Corte.⁴⁶⁴

Al respecto, la Corte consideró que los bloqueos en puentes y caminos entre ambos países no implicaban un riesgo inminente de perjuicio irreparable a los derechos de Uruguay y por lo tanto tales bloqueos no justificaban el otorgamiento de la segunda medida que solicitó, consistente en que Argentina se abstuviera de tomar medidas que pudieran agravar, prolongar o hacer más difícil la solución de la presente controversia, y por lo tanto considera que tampoco existían condiciones para poder indicar la primera medida⁴⁶⁵, respecto de prevenir o poner fin a la interrupción de tránsito entre sí; posteriormente, la Corte señaló que tampoco podía otorgar la tercera medida provisional solicitada.

Es así que en dicho caso la Corte aplicó el criterio consistente en considerar que la facultad de otorgar medidas provisionales solamente puede ejercerse cuando existe una necesidad urgente de prevenir un perjuicio irreparable a los derechos de las Partes, por lo que al determinar que en él, no había necesidad de indicarla para preservar derechos tampoco había de indicar *non aggravation measures*, mismas que de acuerdo con este criterio se otorgan en conjunto con otras medidas y no de manera independiente.

Los criterios aplicados por la Corte en relación con las medidas de no agravamiento han sido diversos, como en los casos anteriores. Por un lado en *Frontier Dispute* y en *Land and Maritime Boundary*, decidió otorgar medidas provisionales de no agravamiento de manera independiente, aún sin haber otorgado otras para preservar los derechos de las Partes; por el otro, en el caso *Pulp Mills on the River Uruguay* consideró necesario que existieran medidas provisionales que preservaran los derechos de las partes para poder indicar las de no agravamiento.

De acuerdo con Palchetti, la noción de agravamiento es más amplia que

⁴⁶⁴*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I. C. J. Reports 2006, p. 7.

⁴⁶⁵*Ibidem*, p. 16, para. 50.

la de perjuicio irreparable y puede ser que en una controversia se cause su agravamiento, pero no se cause un riesgo inminente de daño irreparable y en tales situaciones debe considerarse que la Corte pueda otorgar medidas provisionales de con el único propósito de prevenir el agravamiento de la controversia.⁴⁶⁶

Debemos recordar que en los primeros dos casos la Corte Internacional de Justicia considero el otorgamiento de medidas de no agravamiento del conflicto debido a la naturaleza de estos, pues en ellos, las Partes reclamaban derechos de soberanía e integridad territorial por lo que ese otorgamiento, tenía la finalidad de prevenir que el conflicto se convirtiera en uno militar entre las Partes, como la propia Corte lo señalo.

En ese sentido, Bernhard Kempen y Zan He consideran que la Corte amplió el ámbito original para la solicitud de medidas de no agravamiento debido a su preocupación por la paz internacional y que la orden de medidas provisionales muestra que adquirió un papel en su mantenimiento, al reaccionar sobre las acciones militares que las Partes pudieran realizar; sin embargo también consideran que la jurisdicción de la Corte es limitada por las Partes y no por ella misma y que esta práctica parece ser incompatible con el carácter pasivo de su función judicial.

Así mismo, señalan que para otorgar medidas destinadas a preservar los derechos de las partes la jurisdicción *prima facie* a la que se refiere es la necesaria para resolver la controversia que existe respecto de esos derechos, pero la jurisdicción *prima facie* sería difícil de identificar si se reconoce que se pueden otorgar medidas de no agravamiento sin las de preservación de derechos, porque las primeras son por su propia naturaleza muy generales. Los autores concluyen considerando que el no agravamiento de la controversia no se puede tomar como una base independiente para el otorgamiento de medidas provisionales y que solamente ante el posible empeoramiento de los derechos de las partes que se consideren en riesgo inminente de perjuicio

⁴⁶⁶ Palchetti, Paolo, *op. cit.* nota 447, p. 634.

irreparable debe considerarse.⁴⁶⁷

Palchetti considera que la decisión en el caso *La Grand* respecto al carácter vinculante de las medidas provisionales pudo también, haber influido en la decisión de no indicarla en el caso de *Pulp Mills on the River Uruguay* en razón de que las medidas de no agravamiento son generales y no especifican cuales son las acciones que las Partes deben tomar para no empeorar la controversia y podrían tener puntos de vista distintos sobre las conductas que implicarían una violación a las medidas.

Con el reconocimiento que la Corte hace de su obligatoriedad, las Partes pueden solicitarle que se pronuncie respecto a la violaciones a la obligación internacional de cumplir con las medidas provisionales e incluso reclamar la reparación.⁴⁶⁸

Otro factor que influyó en la decisión de la Corte de indicar medidas provisionales en el caso entre Camerún y Nigeria *Land and Maritime Boundary*⁴⁶⁹ fue la pérdida de vidas humanas sobre lo que determinó que los derechos en cuestión eran derechos soberanos en relación con el territorio y comprendían también a las personas, lo que hizo considerar que trató de vincular los derechos de las Partes con el objeto de la controversia mediante la frase “*these rights also concern persons*”.

Cabe mencionar que, el peligro para la vida humana se causaba por la violación al derecho de soberanía sobre el territorio en controversia y que aún es discutible que se pueda considerar que el derecho de proteger a la población de cualquier ataque militar pueda considerarse como una parte importante de los derechos de soberanía sobre el territorio del Estado.

Al respecto consideramos que si bien el territorio y la población son dos elementos distintos que forman parte del Estado, los derechos de soberanía

⁴⁶⁷Kempfen, Bernhard and He, Zan, *op. cit.*, nota 33, p. 925.

⁴⁶⁸ Palchetti, Paolo, *op. cit.*, nota 447, p. 641.

⁴⁶⁹*Ibidem*, p. 926-927.

comprenden a ambos. Además, el Estado tiene la función y obligación de brindar seguridad a su población.

Por lo tanto, es necesario que la Corte contribuya a la preservación y protección de los derechos de los Estados, otorgando medidas provisionales tanto en los casos en los que se afecten los derechos respecto del territorio como en aquellos en que se afecten los de la población, ante el incumplimiento de una obligación internacional que ponga en riesgo los derechos que un Estado tiene frente a otros y en especial en caso de que este incumplimiento pueda tener repercusiones sobre los derechos de las personas que habitan en el territorio del Estado debido a que el peligro de riesgo en el que se encuentren sea tan grande que pudiera ocasionar un conflicto más complicado.

Así mismo y con especial atención se debe atender a los conflictos a partir de los cuales, pudiera además, ponerse en riesgo ya no solo la seguridad de un grupo de personas en territorios determinados, sino que por la mencionada magnitud del riesgo se ponga en riesgo también la paz y seguridad internacionales.⁴⁷⁰

La Corte ha otorgado medidas provisionales en varios casos que involucran conflictos armados o uso de la fuerza. El caso del Templo de Preah Vihear es el más reciente sobre esta materia.⁴⁷¹

Los efectos de las medidas provisionales en conflictos armados consisten en imponer obligaciones explícitas a las partes en disputa para prevenir en empeoramiento o prolongación de la controversia, para poner fin a los actos hostiles, para emprender acciones específicas incluidas el retiro de tropas, para asegurar evidencia o para proporcionar información relacionada con la aplicación de medidas provisionales.

⁴⁷⁰ En este sentido se ha considerado que la Corte, con el fin de promover la seguridad y paz internacionales, puede otorgar medidas provisionales.

⁴⁷¹ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Judgment of 11 november 2012, I. C. J. Reports 2013.

La siguiente categoría de medidas provisionales, de acuerdo con Tanaka, es aquella que tiene por objeto que las Partes en controversia cesen las actividades hostiles y se abstengan de alguna acción en particular. Se considera que esta categoría es más específica que la de medidas de no empeoramiento.

Así, en el Caso entre Nicaragua y Estados Unidos la Corte ordenó como medida provisional, unánimemente, que “los Estados Unidos de América deben cesar y abstenerse inmediatamente de cualquier acción que restrinja, bloquee o ponga en peligro el acceso desde o hacia puertos de Nicaragua y en particular, de la colocación de minas”.⁴⁷²

Por otro lado en el Caso entre Burkina Faso y Mali, la Sala de la Corte otorgó medidas provisionales para asegurar el cumplimiento del acuerdo de alto al fuego.⁴⁷³

De igual manera, en el Caso entre Camerún y Nigeria, señaló que las partes debían respetar el acuerdo alcanzado por los Ministros de Relaciones Exteriores en Kara, Togo, el 17 de febrero de 1996 para el cese de hostilidades en la Península de Bakassi y que ambas partes debían asegurar que la presencia de cualesquiera fuerzas armadas en la Península de Bakassi no se

⁴⁷² “The United States of America should immediately cease and refrain from any action restricting, blocking or endangering access to or from Nicaraguan ports, and, in particular, the laying of mines”. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I.C.J. Reports 1984, p.187 [Traducción propia: “Los Estados Unidos de América deben cesar y detener inmediatamente de realizar acciones que restrinjan, bloqueen o pongan en peligro el acceso desde o hacia puertos de Nicaragua y en particular, abstenerse o detener la colocación de minas”.]

⁴⁷³ “Both Governments should continue to observe the cease fire instituted by agreement between[...].” *Frontier Dispute* Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I. C. J. Reports 1986, p. 12, para. 32 (1) (C). [Traducción propia: “Ambos gobiernos deben seguir respetando el alto el fuego establecido mediante el acuerdo entre (...)]

extendieran más allá de las posiciones en las que se encontraban antes del 3 de febrero de 1996.⁴⁷⁴

En el caso entre Costa Rica y Nicaragua la Corte obligó a cada Parte a abstenerse de mandar o mantener en el territorio en disputa, incluyendo el *caño*, a cualquier personal ya fuera civil, de policía o de seguridad.⁴⁷⁵

En el caso entre Bosnia Herzegovina y Yugoslavia sobre genocidio, solicitó al gobierno de Yugoslavia asegurar que los grupos militares, paramilitares o irregulares armados no cometieran ningún acto de genocidio.⁴⁷⁶

También puede haber medidas provisionales que requieran que las Partes adopten medidas positivas, como sucedió en el caso entre el Congo y Uganda, en el que la Corte señaló en las medidas provisionales que ambas Partes debían tomar todas las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones en virtud del derecho internacional, de manera particular aquellas contraídas conforme a la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de la Unidad Africana y la Resolución 1304 (2000) del 16 de junio de 2000 del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas, así como a que tomaran las medidas necesarias para garantizar el pleno respeto a los derechos humanos fundamentales y las disposiciones aplicables del derecho humanitario en la zona de conflicto.⁴⁷⁷

Otro ejemplo de este tipo de medidas se da en el marco del caso entre Burkina Faso y Mali, en el que la Sala de la Corte Internacional de Justicia solicitó a ambas Partes que retiraran a sus fuerzas armadas dentro de los

⁴⁷⁴*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I. C. J. Reports 1996, p. 24, para. 49 (2) and (3).

⁴⁷⁵*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, , p. 27, para. 86 (1).

⁴⁷⁶*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C. J. Reports 1993, p. 24, para. 52 (A) (2).

⁴⁷⁷*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Provisional Measures, Order of 1 July 2000, I. C. J. Reports 2000, p. 129, para 47 (2) and (3).

veinte días siguientes a la emisión de la Orden a las posiciones o detrás de las líneas determinadas mediante un acuerdo entre ambos gobiernos, el cual también debía incluir los términos en los que se establecería el retiro de tropas y en caso de que no se cumpliera, la Sala los indicaría por medio de una Orden.⁴⁷⁸

También podemos encontrar lo anterior en el Caso del Templo de Preah Vihear en el que la Corte solicitó a ambas Partes retirar al personal militar de la zona provisionalmente desmilitarizada, así como permitir el acceso a esta zona, de los observadores designados por la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático; así mismo dijo Tailandia tenía la obligación de no obstruir el libre acceso de Camboya al Templo ni las provisiones de víveres que Camboya hiciera a su personal no militar, medida que de acuerdo con Tanaka parece basarse en una consideración humanitaria.⁴⁷⁹

Otra categoría de medidas provisionales incluye a aquellas que buscan asegurar las pruebas.

En el caso entre Burkina Faso y Mali la *Sala de la Corte* requirió a ambas Partes de abstenerse de realizar cualquier acto que impidiera la recolección de material probatorio.⁴⁸⁰

De forma similar en el caso entre Camerún y Nigeria la Corte indicó que ambas Partes debían tomar los pasos necesarios para conservar la evidencia que fuera relevante para el caso y además les solicitó prestar toda la ayuda a

⁴⁷⁸*Frontier Dispute*, Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I. C. J. Reports 1986, p.12, para. 32 (1) (D).

⁴⁷⁹Tanaka, Yoshifumi, *op. cit.*, nota 280, p. 209

⁴⁸⁰*Frontier Dispute*, Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I. C. J. Reports 1986, p. 12, para. 32 (1) (B).

la misión de investigación que el Secretario General de las Naciones Unidas propuso enviar a la Península de Bakassi.⁴⁸¹

Existen otras medidas que solicitan a las partes proporcionar información sobre el cumplimiento a las medidas provisionales.

Al respecto, el artículo 78 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia señala que la misma puede pedir información a las partes sobre cualquier asunto vinculado a la implementación de cualquiera de las medidas provisionales que hubiere otorgado, esto parece relacionarse más, con los poderes *motu proprio* de la Corte establecidos en el artículo 75 del mismo Reglamento.

Este tipo de medidas se utilizaron en el caso entre Burkina Faso y Mali en el que la Sala de la Corte solicitó a los Agentes de las Partes informar sin retraso al Secretario de la Corte sobre cualquier acuerdo celebrado entre los gobiernos en relación con el retiro de tropas.⁴⁸²

La Corte decidió que los asuntos a los que se refiere la Orden de Medidas Provisionales en el caso de Nicaragua fueran objeto de revisión constante.⁴⁸³

También en el caso del Templo de Preah Vihear, la Corte obligó a las partes a informarle sobre el cumplimiento de las medidas provisionales.

Esta categoría de medidas provisionales es relevante porque no se limita a situaciones de conflictos armados, pues señala que se han otorgado este tipo

⁴⁸¹*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I. C. J. Reports 1996, p. 25, para. 49, (4) and (5).

⁴⁸²*Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali)*, Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I.C.J. Reports 1986 p. 12, para. 32 (2).

⁴⁸³*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I.C.J. Reports 1984, p. 187, para. 41 (4)(C).

de medidas en contextos diversos como en el caso entre Georgia y Rusia⁴⁸⁴ y en el caso Avena entre nuestro país y Estados Unidos.⁴⁸⁵

En relación con este tema Shabtai Rosenne menciona que existe un principio general, conforme al cual, el inicio de un procedimiento judicial representa, funciona como medida provisional, pues las partes se encuentran obligadas, hasta que se emita la sentencia, a abstenerse de realizar acciones que puedan agravar el conflicto o bien perjudicar la ejecución de la decisión final de la Corte, principio que fue invocado por Portugal en el caso *Right of Passage* y solicitó que la Corte recordara a las Partes su existencia, lo que no hizo, porque Portugal rechazó expresamente invocar el artículo 41 del Estatuto.⁴⁸⁶

Rosenne afirma que el inicio del procedimiento paraliza la situación de hecho y de derecho en esa misma fecha, pues la Corte normalmente determina los derechos de las partes de acuerdo con el derecho vigente y la situación de hecho entre las partes en la fecha en la que se inicia el procedimiento.⁴⁸⁷ Al respecto, menciona el caso *Passage through the Great Belt* que a su vez cita el caso de la Corte Permanente de Justicia Internacional *Southeastern Territory of Greenland* en el que se señaló que al haberse sometido la controversia ante la Corte así que ningún acto de las Partes podría tener efectos en cuanto a la situación legal que la Corte estaba por definir.⁴⁸⁸

⁴⁸⁴*Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008, p. 399, para. 149 A (4) and D.

⁴⁸⁵*Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 5 February 2003, I. C. J. Reports 2003, p.92, para. 59, I (b).

⁴⁸⁶ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1412.

⁴⁸⁷*Idem.*

⁴⁸⁸*Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland*, Order of August 3rd, 1932, P. C. I. J. Series A/B, No. 48, 1932, p. 287.

Sin embargo, consideramos que esa declaración de la Corte Permanente, se realizó debido a que en este caso se debía determinar la necesidad de otorgar medidas provisionales; finalmente la Corte concluyó que las partes habían afirmado encontrarse comprometidas a no realizar acciones que agravaran la controversia o perjudicaran los derechos de la otra parte y que no consideraba que se fueran a presentar incidentes entre ellas, por lo que determinó que no era necesario otorgar medidas provisionales.

Entonces, consideramos que la declaración específicamente en el caso *Southeastern Territory of Greenland* se realizó en referencia a la actitud asumida por las partes, más que tomando en cuenta el principio al que alude Rosenne. En relación con esto, también resulta importante señalar que es necesario tomar en cuenta el contexto, es decir considerar aunque sea de manera general los hechos planteados en el caso o en las ordenes de medidas provisionales, al momento de citar ciertas frases o conclusiones de la Corte.

3.4.4 El carácter vinculante de las medidas provisionales

Dentro del derecho internacional, el carácter vinculante de las medidas provisionales fue reconocido expresamente por la Corte Internacional de Justicia a partir del *Caso La Grand*.⁴⁸⁹

Como antecedente o anterior reconocimiento del carácter vinculante de las medidas provisionales que la Corte Permanente de Justicia Internacional, se encuentra un principio al que se refirió como universalmente aceptado por los tribunales internacionales y diversas convenciones, de acuerdo con el que las partes en un litigio deben abstenerse de realizar medidas con efectos perjudiciales para la ejecución de la sentencia que se emitiría y en general a no llevar a cabo acciones que agraven o extiendan la controversia.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹*LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 1999, p.506, para. 109.

⁴⁹⁰*The Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, Provisional Measures Order of December 5th, 1939, Permanent Court of International Justice, Series A / B, No. 79, p. 199; lo anterior fue
El Otorgamiento de Medidas Cautelares por la Corte Internacional de Justicia | 247

Oellers-Frahm alude a diversas referencias que se han hecho en relación al incumplimiento de las medidas provisionales que la Corte ha otorgado.⁴⁹¹

En primer lugar, refiere el señalamiento hecho por la propia Corte en la sentencia al caso *Fisheries Jurisdiction* sobre el incumplimiento de Islandia a las medidas provisionales; en específico, a la que señalaba que no podía llevar a cabo medidas para ejecutar disposiciones en contra de embarcaciones registradas en Alemania y que comenzó a aplicar al poco tiempo de haber entrado en vigor.⁴⁹²

El autor también alude a que en el caso sobre *Nuclear Tests* entre Australia y Francia la Corte se refiere expresamente a una carta enviada por Australia reprochando el incumplimiento de Francia a las medidas provisionales. De hecho, la Corte menciona 3 cartas en las que Australia efectivamente informa sobre el incumplimiento de las medidas provisionales otorgadas por ella y dice que después de que se emitió la providencia de medidas provisionales consistentes en que Francia debía abstenerse de realizar pruebas nucleares que causaran el depósito de material radiactivo en territorio australiano, llevó a cabo dos series de pruebas atmosféricas y que se registró lluvia radiactiva en sobre territorio australiano que puede ser atribuida a dichas pruebas; además, señaló expresamente que en opinión del gobierno australiano, la conducta del gobierno francés constituye un incumplimiento claro y deliberado a la providencia de medidas provisionales.⁴⁹³

En la sentencia para el caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, la Corte señala que su orden de medidas provisionales del 15 de diciembre de 1979 en la que se solicitaba la devolución de las instalaciones de

recordado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *La Grand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2001, p. 503, para. 103.

⁴⁹¹ Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 954-955.

⁴⁹² *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1974, p. 188, para. 32

⁴⁹³ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I. C. J. Reports 1974, pp. 258 - 259, para. 19.

la embajada a los Estados Unidos y la liberación de los rehenes, fue públicamente rechazada por el Ministro de Asuntos Exteriores iraní, así como ignorada por demás autoridades e incluso el Ayatollah Khomeini declaró que los rehenes permanecerían dentro de las instalaciones de la embajada hasta que se formara un nuevo parlamento que decidiría su destino.⁴⁹⁴

Posteriormente, la Corte consideró llamar la atención sobre las incursiones militares que realizó Estados Unidos en territorio iraní con la finalidad de rescatar a los rehenes, en abril de 1980, cuando preparaba ya la sentencia, pues ello perjudicaba el respeto a el proceso judicial en las relaciones internacionales y además, recordó la medida provisional que dice que ambas partes debían abstenerse de realizar actividades que pudieran agravar la tensión entre ambos países.⁴⁹⁵

En relación con este tema, el autor citado sostiene que la declaración más explícita que ha emitido la Corte, se encuentra en el caso sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua.⁴⁹⁶

En este caso la Corte dijo, que las medidas que se emiten respecto a evitar realizar acciones que puedan agravar o extender la controversia, así como evitar realizar acciones que puedan perjudicar los derechos de las partes en cuanto a la adopción de una decisión por ella, deben tomarse seriamente por las partes quienes además, no pueden solamente actuar de acuerdo a lo que consideran ser sus derechos, en particular en casos los que se involucran conflictos armados en los que una reparación no puede subsanar los resultados de una conducta que considere como contraria al derecho internacional.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 35, para. 75

⁴⁹⁵*Ibidem*, p. 43, para. 93.

⁴⁹⁶Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 955.

⁴⁹⁷*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, (Nicaragua v. United States of America), *Merits*, Judgment, I. C. J. Reports 1986, p. 144, para. 289.

Es necesario recordar que en los casos en los que se solicitan medidas provisionales existe el carácter urgente que las hace necesarias. En razón de esto la Corte las otorga considerando que en principio tiene jurisdicción; es decir, no toma una decisión definitiva sobre su jurisdicción, por lo que posteriormente, puede declarar que no posee competencia para conocer del asunto.

Con base en lo anterior, se llegó a considerar, que al señalar que las medidas provisionales eran obligatorias, si la Corte después admitía no poseer competencia para conocer del asunto y por lo tanto para otorgar medidas provisionales, su providencia podría constituir una afrenta a la soberanía de los Estados pues emitió una decisión obligatoria sin que ellos hubieran dado su consentimiento. Por otro lado, si las medidas provisionales no poseen un carácter obligatorio, se ponen en riesgo tanto los derechos de las partes, como la decisión final de la Corte.⁴⁹⁸

Es necesario que el otorgamiento de medidas provisionales se realice con mucho cuidado, el análisis que debe hacerse del caso, si bien breve, debe realizarse a conciencia, pues se corre el riesgo de otorgar las medidas a una de las partes que no ha logrado fundar sus derechos o que no se otorguen las medidas a la parte que eventualmente triunfe en el juicio posterior.

Lawrence recuerda que en el sentencia del caso *Films Rover International Ltd. v. Cannon Film Sales* Hoffmann F. dice que el principio fundamental es que la Corte tome el camino que implique el menor riesgo de cometer una injusticia.⁴⁹⁹

Anteriormente, las medidas provisionales que otorgaba la Corte Internacional de Justicia se consideraban obligatorias por algunos autores, sin embargo Jerzy Sztucki señalaba que el artículo 41 del Estatuto, los trabajos preparatorios, ni los artículos del Reglamento sobre medidas provisionales aportan información al respecto. Es por esto que sostiene que las decisiones

⁴⁹⁸Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 953.

⁴⁹⁹Collins, Lawrence, *op. cit.*, nota 135, p. 12.

que se tomen sobre medidas provisionales, al carecer formalmente de fuerza legal vinculante deben llamarse cuasi o semi obligatorias y las incluye entre los actos que tienen un *status intermedio*, considerándolas más, como recomendaciones, sugerencias u opiniones consultivas.⁵⁰⁰

En sentido similar Shabtai Rosenne señala que las medidas provisionales que otorga la Corte tienen un carácter de recomendación, que impone a los Estados a los que se dirigen, solamente la obligación de examinarlas de buena fe. Incluso, hace referencia a la controversia suscitada por el texto del artículo 41 del Estatuto que se refiere primero a las medidas señaladas por la Corte como “[...]the power to indicate[...]” [(...)la facultad de indicar(...)] y posteriormente a las medidas sugeridas “[...]notice of the measures suggested[...]” [(...)notificación de las medidas sugeridas(...)] y menciona también que la Corte, en ocasiones otorga las medidas provisionales, aunque existan objeciones respecto de su competencia razón por la que debería considerarse que técnicamente no son vinculantes.⁵⁰¹

En el caso sobre Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua la Corte señaló que le correspondía a cada Parte tomar seriamente en cuenta la indicado por ella, al haber otorgado medidas provisionales consistentes en que las Partes deben abstenerse de realizar cualquier acción que empeorara o prolongara la controversia, así como de realizar cualquier acción que perjudicara los derechos de la otra Parte.⁵⁰²

Sin embargo, ello no constituye una declaración determinante respecto del carácter vinculante de las medidas provisionales.

Ahora bien ya en el caso sobre la aplicación de la Convención para la

⁵⁰⁰ Sztucki, Jerzy, *Interim Measures in the Hague Court*, Kluwer, Deventer, 1983, pp. 293-294.

⁵⁰¹ Rosenne Shabtai, *op. cit.*, nota 150, p. 149.

⁵⁰² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. I. C. J. Reports 1986, p. 144, para. 289.

prevención y sanción del delito de genocidio⁵⁰³, el juez Weeramantry en su opinión disidente inicia señalando que el caso enfoca su atención de manera más urgente y marcada, en toda la historia de la Corte, sobre el carácter vinculante de las medidas provisionales; pues la orden de otorgarlas señala que la situación requiere su inmediata y efectiva implementación.⁵⁰⁴

En dicha opinión, el juez Weeramantry, considera también, la diferencia que existe entre ejecución de una orden y su carácter vinculante y señala que la primera no debe afectar al segundo; pues el carácter vinculante de una orden es inherente a ella. Además, agrega que la validez inherente de una ley es independiente de la existencia de una sanción para ejecutarla y por lo tanto no se puede considerar que las medidas provisionales no impongan obligaciones jurídicas, porque la Corte no tiene el poder de ejecutarlas, ya que como las decisiones finales, deben considerarse inherentemente válidas y como tales llevan consigo el deber de observancia al haber sido otorgadas por una corte cumpliendo con las formas y procesos dentro de su jurisdicción, razón por la que cuando las otorga, lo hace con la expectativa de que se cumplan.⁵⁰⁵

Sobre el carácter vinculante de las medidas provisionales, dicho Juez dice también en su opinión disidente continúa señalando que es función de un tribunal judicial, tomar sus decisiones de acuerdo con el principio de igualdad

⁵⁰³ En este caso, la Corte ordeno medidas provisionales. Posteriormente las partes solicitaron el otorgamiento de nuevas medidas sin embargo, la Corte en su orden de 13 de septiembre de 1993 señala que la presente situación es peligrosa y no requiere medidas adicionales a las indicadas mediante la orden de fecha 8 de abril de 1993, sino la implementación inmediata y efectiva de las ya indiadas en dicha orden. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C.J. Reports 1993, p. 349, para. 59

⁵⁰⁴ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C.J. Reports 1993, Separate Opinion Judge Weeramantry, p. 370.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 375.

entre las partes y que el asunto que ha sido llevado ante un tribunal debe preservarse hasta que este llegue a una decisión y por lo tanto el poder de emitir ordenes incidentales es inherente a la autoridad del tribunal para preservar intacto el objeto de la demanda hasta la emisión de una sentencia, pues ese poder se encontraría anulado si alguna de las partes no se encontrara obligada jurídicamente a obedecer la orden y se encontrara en libertad de desatenderla.⁵⁰⁶

De acuerdo con lo anterior, considera que para que la sentencia definitiva alcance efectividad la Corte debe tener el poder para lograr que las partes se abstengan de realizar unilateralmente actos tendentes a agravar el conflicto que puedan llegar a anular el resultado de la decisión final. El juez cita a Edvard Hambro quien considera que el emitir una decisión que las partes tienen la libertad de no respetar e ignorar a su gusto no sería conforme con el carácter distinguido de la Corte como un órgano de derecho internacional y como el principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas, argumento que señala es utilizado por diversos académicos que alegan que la naturaleza vinculante de las ordenes interlocutorias y medidas similares es una regla reconocida universalmente y como tal debe considerarse como un principio de derecho de acuerdo con el artículo 38, numeral 1, inciso c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, señala que otra consideración, sustentada por Dumbauld y Niemeyer, sostiene que la obligación de acatar las medidas provisionales es independiente al Estatuto y por lo tanto el deber de acatarlas corresponde a la Parte en cuestión, aún cuando el Estatuto no incluye disposiciones al respecto.⁵⁰⁷

El juez Weeramantry considera que la gravedad de las causas por las que es necesario otorgar medidas provisionales, como son la prevención de un perjuicio o daño irreparable, de cualquier acción que pudiera volver nugatoria la sentencia definitiva o que destruyera el objeto o materia del juicio o que empeorara la controversia, refuerza el punto de vista relativo a que el poder de

⁵⁰⁶*Ibidem*, p. 376.

⁵⁰⁷*Ibidem*, p.378.

la Corte, que una vez ejercido, no puede dejar a las partes en libertad de actuar sin control.⁵⁰⁸

Su análisis incluye uno del lenguaje y terminología utilizado en la Carta de las Naciones Unidas, en el Estatuto y en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, por lo que, en primer lugar, el Juez Weeramantry se refiere al artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en el que se utiliza la palabra “indicar”⁵⁰⁹

Al respecto, dice que en el proyecto original presentado en francés por Raoul Fernandes se proponía lo siguiente: “*Dans le cas où la cause du différend consiste en actes déterminés déjà effectués ou sur le point de l’être, la Cour pourra ordonner, dans le plus bref délai, à titre provisoire, des mesures conservatoires adéquates, en attendant le jugement définitif*”⁵¹⁰, utilizando la frase “*pourra ordonner*” que en español significa “podrá ordenar”, pero al no ser aprobada por los demás miembros del Comité Consultivo se cambió por la frase “*pouvoir d’indiquer*” traducido al inglés como “*power to suggest*”; sin embargo, el término “*suggest*” fue cambiado por uno con más fuerza como es “*indicate*”. Al utilizar el término “*indiquer*” es notable que se redujo el nivel de obligatoriedad que otorgaba “*ordonner*”.

A pesar de ello, el juez Weeramantry señala que desde entonces es

⁵⁰⁸*Idem.*

⁵⁰⁹*Ibidem*, p. 374, en sentido similar Oeller-Frahms, señala la diferencia del lenguaje utilizado en la versión en inglés y la versión en español del Estatuto y derivado de ello considera que las medidas provisionales deben considerarse como destinadas a no considerarse obligatorias, Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 953

⁵¹⁰“Procès-verbaux des séances du comité”, *Comité consultatif de juristes, 16 juin-24 juillet 1920 (avec annexes)*, La Haye, 1920, p. 609, disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf (Fecha de consulta 29 de noviembre de 2013). Citado también en *La Grand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p.504. [Traducción propia: “En caso de que la causa de la controversia consista en determinados actos ya realizados o a punto de realizarse, la Corte podrá ordenar medidas cautelares adecuadas, en la espera de la sentencia definitiva”.]

posible notar que el poder de la Corte va más allá de una simple sugerencia o recomendación y que tiene connotaciones de obligación; aunque también sostiene que el significado de la palabra en francés “*indiquer*” es más fuerte que el de “*indicate*” en inglés.⁵¹¹

En la discusión para reformar el Reglamento de la Corte en 1932, se señala que el Secretario de la Corte, de acuerdo con Anzilotti mencionó que el término “*indicate*” fue tomado del texto de los Tratados Bryan, de los que, como hemos mencionado surge la idea de que la Corte otorgue medidas provisionales; y se escogió tal término por considerar que no era posible utilizar uno con más fuerza en razón de que se debían respetar los derechos soberanos de los Estados. Incluso se menciona que al haber aprobado el artículo 57 del Reglamento de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1922, se consideró que la Corte no tenía poder para hacer cumplir una orden sobre la adopción de medidas provisionales.

Fromageot señaló al respecto, que la Corte se excedería en sus facultades si ordenara medidas provisionales, aunque agrega que las partes tendrían la obligación moral de cumplir con las medidas provisionales; incluso menciona que el término indicar no tiene menos fuerza moral que el término ordenar.⁵¹²

Vinculado con lo anterior en el caso La Grand la Corte señala que el Comité decidió cambiar la palabra “*ordonner*” (ordenar) al considerar que la Corte no cuenta con los medios para asegurar la ejecución de sus decisiones; aunque también señala que la ausencia de medios de ejecución es distintivo a que carezcan de fuerza vinculante.⁵¹³

Podemos además notar la diferencia entre “*pourra ordonner*” (podrá

⁵¹¹*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C.J. Reports 1993, Separate Opinion Judge Weeramantry, p. 380.*

⁵¹²Modification of the Rules, 1931, pp. 182-183.

⁵¹³*La Grand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 505, para. 105*

ordenar) substituida por “*pouvoir d’indiquer*” (poder de indicar), algo sobre lo que hasta este punto en la opinión consultiva no menciona el juez Weeramantry.

Consideramos que el sentido que el uso del verbo “*pourra*” (podrá) da al artículo en el proyecto original es diferente que el de “*pouvoir d’indiquer*” (poder de indicar) frase por la que posteriormente, cambia la propuesta original, pues ésta última se refiere ya al poder de la Corte, dotándola de la facultad para indicar tales medidas provisionales.

Sin embargo el numeral 2 del mismo artículo 41 hace referencia a las “*measures suggested*” (medidas sugeridas) en lugar de utilizar el verbo “*to indicate*” (indicar) para referirse a “*measures indicated*” (medidas indicadas) que sí cambió en la traducción al francés para señalar “*l’indication de ces mesures*” (la indicación de esas medidas); el texto en español dicho artículo se refiere a “las medidas provisionales que deban tomarse”.

En el caso LaGrand, la Corte señaló que mientras en el texto del artículo 41 del Estatuto en francés, los términos “*indiquer*” (indicar) y “*l’indication*” (la indicación) pueden considerarse como neutros, la frase “*doivent être prises*” (deberán adoptarse) tiene un carácter imperativo.⁵¹⁴

Ante el argumento de Estados Unidos acerca de que el uso de palabras como “*indicate*” (indicar), “*ought*” (deber) y “*suggested*” (sugeridas) en lugar de “*order*” (ordenar), “*must*” (deber) o “*shall*” (deber) y “*ordered*” (ordenadas) implicaba que las medidas provisionales carecían de obligatoriedad, la Corte dijo que la versión en francés es la original y que por ello el término “*indicate*” (indicar) se equipara a “*order*” (orden) y “*ought*” a “*shall*” o “*must*” (éstas últimas tres palabras significan “deber”, sin embargo su intensidad es distinta).

El juez Weeramantry también afirma que “*ought*”, “*doivent*” en francés (ambas significan deber), es un término que en el artículo 41 se encuentra vinculado a las medidas provisionales, pues la frase completa que se incluye

⁵¹⁴La Grand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 502, para. 100.

en él es “[...]any provisional measures, which ought to be taken to preserve the respective rights of each Party[...]” [(...)cualesquiera medidas provisionales, que deban tomarse para preservar los respectivos derechos de cada Parte(...)] y que por tanto, dicho término lleva consigo una connotación de obligación e implica un sentido de deber, más allá del que impone el término “*indicate*” (indicar), reforzándolo.

Así mismo, señala que en inglés el significado de la expresión “*provisional measures*”⁵¹⁵ (medidas provisionales) tiene menos fuerza que el de “*mesures conservatoires*”,⁵¹⁶ (medidas cautelares) en francés que enfatiza la importancia de preservar sin daño, la materia del asunto y no solo el carácter provisional de las medidas.

Aunque como lo señalamos al analizar las características y efectos de las medidas provisionales, puede ser que no tengan la finalidad de conservar el estado de las cosas como se encuentran al momento de otorgarse, pueden buscar preservar y proteger la materia del asunto a través de un cambio en la situación.

Cabe mencionar que, el Estatuto de la Corte es parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas y que conforme al artículo 111, de ésta los textos en diversos idiomas son igualmente auténticos; sin embargo al existir opiniones diferentes respecto de textos igualmente válidos, la Corte considera que son aplicables las reglas de interpretación contenidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuyo artículo 33 numeral 4 señala que cuando

⁵¹⁵ Cabe destacar que en la misma opinión disidente el juez Weeramantry señala que la traducción al inglés, en el proyecto original de Raoul Fernandes, se hacía correctamente como “*protective measures*”, pero mientras la frase “*mesures conservatoires*” permaneció en el texto en francés aún a través de las diferentes versiones, en inglés la frase sí cambio a una con menos fuerza como lo es “*provisional measures*” Elkind citado en la opinión disidente del juez Weeramantry, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C.J. Reports 1993, Separate Opinion Judge Weeramantry, p. 381.

⁵¹⁶*Ibidem*, p. 380 - 381.

exista una diferencia de sentido que no pueda resolverse mediante sus diversos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado.

La Corte señaló que el objeto y propósito del Estatuto es hacer posible que lleve a cabo las funciones que señala y en particular, las funciones sobre arreglo judicial de controversias internacionales mediante decisiones que son obligatorias para las partes en litigio, por lo que el contexto en el que el artículo 41 debe considerarse en el Estatuto es prevenir que se obstaculicen las funciones de la Corte, debido a que los derechos de las partes en el litigio no sean preservados y que por ello, las medidas provisionales deben ser obligatorias.⁵¹⁷

Respecto al lenguaje utilizado en el artículo 42 del Estatuto de la Corte podemos mencionar que en otras convenciones como sucede con el artículo 20, numeral 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, se señala que la corte o tribunal competente al que se haya sometido una controversia podrá “decretar” las medidas provisionales que estime apropiadas con arreglo a las circunstancias para preservar los derechos respectivos de las partes o para impedir que se causen daños graves al medio marino, en espera de que se adopte la decisión definitiva.

En inglés el verbo utilizado es “*prescribe*” y en francés “*prescrire*” todos con mayor fuerza que “*indicate*”, el utilizado, en el Estatuto de la Corte Internacional.

Nos hemos referido con anterioridad a la palabra “*power*” a la que se hace alusión, en la opinión disidente del juez Weeramantry al momento de señalar el cambio de la palabra “*ordonner*” por “*le pouvoir d’indiquer*” respecto a la que considera que ayuda también a reforzar la interpretación del artículo 41 como algo más que un deber moral y señala que al utilizar dicha palabra, la Corte se

⁵¹⁷*La Grand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, pp. 502-503, paras. 101, 102.

encuentra investida de una facultad⁵¹⁸ especial y no se puede considerar como una recomendación no vinculante que pudiera ser libremente ignorada por las partes en el juicio.

El juez Weeramantry consideró por tanto, que una palabra con connotaciones tan fuertes debe haberse concebido con la finalidad de dotar a la Corte de autoridad para imponer una obligación a las partes, la que sin el uso tal palabra, no sería vinculante. Enseguida, cita el análisis de Wesley Newcomb Hohfeld “análisis Hohfeldiano” sobre derechos, de acuerdo con el que existe una correlación entre una facultad, en este caso y la sujeción a ella; es decir de cumplimiento de aquellos sobre los que recae el ejercicio de dicha facultad; por lo anterior se puede concluir que las indicaciones derivadas del artículo 41 llevan consigo más que un deber moral.⁵¹⁹

El juez Weeramantry se dedica a resolver la cuestión sobre si la emisión de una orden de medidas provisionales implica o quiere decir que la Corte ha emitido una decisión, pues de ser así, tendría que seguirse lo establecido por el artículo 94, numeral 1 de la Carta de las Naciones Unidas, de acuerdo con el que los Estados Miembros se encuentran comprometidos a respetar las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio del que sean parte.⁵²⁰

⁵¹⁸ La palabra “power” se traduce al español como facultad y no literalmente como poder.

⁵¹⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C.J. Reports 1993, Separate Opinion Judge Weeramantry, p. 382.*

⁵²⁰ Oellers-Frahm también se refiere al artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas. Al respecto, estima que se utiliza como un argumento en contra del carácter obligatorio de las medidas provisionales, pues el término “decisión” utilizado en el numeral 1 del mencionado artículo se utiliza como sinónimo del término “sentencia” utilizado en el numeral 2; y como ya lo hemos señalado, una sentencia de la Corte es diferente a una orden o providencia sobre medidas provisionales, solamente en el sentido de que las sentencias contienen decisiones definitivas, mientras que las ordenes o providencias son provisionales, el autor señala que las ordenes o providencias deben de hecho considerarse como decisiones de la Corte, pues existen

En su opinión disidente afirma, que diversos artículos del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia se refieren como decisiones al hablar de medidas provisionales, como lo son los artículos 74, numeral 2 que prevé que si la Corte no se encuentra reunida al momento de la solicitud de medidas provisionales, debe reunirse para emitir una decisión al respecto; 76 numerales 1 y 3 que respectivamente señalan que la Corte puede revocar o modificar su decisión sobre medidas provisionales y que antes de tomar cualquier decisión con relación numeral 1, debe dar oportunidad a las partes para que presenten observaciones; también señala que la versión en francés del Reglamento, utiliza en el artículo 74, numeral 1, la palabra “*statuer*” cuyo significado es decidir y en los otros artículos utiliza la palabra “*decisión*”.

Aunado a lo anterior, menciona que de acuerdo con Shabtai Rosenne el artículo 94, numeral 1 de la Carta de las Naciones Unidas, se refiere a todas las decisiones de la Corte sin importar la forma que tengan, lo que significa que la obligación que el mencionado artículo establece es tan amplia que abarca también a las ordenes interlocutorias y por lo tanto a las ordenes provisionales.⁵²¹

Es importante mencionar que hemos encontrado puntos de vista

decisiones que la Corte emite con fuerza vinculante como las decisiones relacionadas con el procedimiento a las que se refiere el artículo 48 del Estatuto y sin las que no sería posible que la Corte trabajara eficientemente. El autor agrega que con la modificación al artículo 78 del Reglamento de 1978 que se refiere a que la Corte puede solicitar información a las partes sobre las medidas provisionales que *deben ser implementadas*, sugiere que tales medidas son obligatorias, aunque también señala que no se agregan consecuencias por su incumplimiento. Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 954 Shabtai Rosenne también señala que el nuevo artículo 78 debe considerarse como otro intento de fortalecer la autoridad en el señalamiento de las medidas provisionales y que es dudoso que puede existir una sanción por parte de la Corte ante el incumplimiento de lo establecido por el artículo 78 que es similar, agrega, al artículo 49 del Estatuto de la Corte. Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 150, p. 157.

⁵²¹*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C.J. Reports 1993, Separate Opinion Judge Weeramantry, p. 383.*

contrarios, como es el de Tanaka quien señala que el artículo se refiere únicamente a sentencias o fallos definitivos y por lo tanto no es aplicable a las relativas a medidas provisionales lo que contribuye a la debilidad de su ejecutabilidad.

La Corte Internacional de Justicia, en el caso LaGrand, señaló que para el texto en francés del Estatuto se prefirió utilizar el término “*indiquer*” en lugar de “*ordonner*” por considerar que no cuenta con los medios para “hacer asegurar” que sus decisiones sobre medidas provisionales se ejecuten; sin embargo, también señaló, que el no contar con medios para asegurar la ejecución y la falta de fuerza vinculante son cuestiones distintas, por lo que concluyó que el no poseer los medios para ejecutar las ordenes o providencias de medidas provisionales no es un argumento en contra del reconocimiento de su carácter obligatorio.⁵²²

Tratándose de la inejecutabilidad de las órdenes de medidas provisionales el juez Oda señaló que:

*The jurisprudence of the Court shows that judgments rendered by the Court and provisional measures indicated by it in advance of the merits phase have not necessarily been complied with by the respondent States or by the parties. If the Court agrees to be seized of the application or request for the indication of provisional measures of one State in such circumstances, then the repeated disregard of the judgments or orders of the Court by the parties will inevitably impair the dignity of the Court and raise doubt as to the judicial role to be played by the Court in the international community.*⁵²³

⁵²²LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2001, p. 505, para. 107

⁵²³Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Provisional Measures, Order of 1 July 2000, I.C.J. Reports 2000, Declaration Judge Oda, p. 132 para. 6. [Traducción propia: La jurisprudencia de la Corte demuestra que las sentencias que ha—
El Otorgamiento de Medidas Cautelares por la Corte Internacional de Justicia | 261

En relación con lo anterior el Juez Weeramantry toma en cuenta la naturaleza vinculante de las medidas provisionales como se puede concluir de las propias decisiones de la Corte así como de los escritos extra-judiciales de sus jueces.

Respecto a la primera consideración, derivada la naturaleza vinculante de las mismas decisiones de la Corte el juez señala que no hay un terreno firme al respecto. Sin embargo, señala distintos casos de los que la misma se puede deducir, como el relativo a Pruebas Nucleares en el que Australia señala que la conducta del gobierno francés constituye claramente un incumplimiento deliberado a la Orden de la Corte, refiriéndose a la de medidas provisionales considerando con ello, la naturaleza obligatoria de dicha orden y si bien señala que tal posición es la de Australia y no la de la Corte, el juez también cita a Jerzy Sztucki de acuerdo con quien el haber citado tal posición implica su aprobación tácita e indirecta, lo que también sucede en el caso relativo a la Jurisdicción en Materia de Pesquerías en el que de acuerdo con el juez Ignacio-Pinto los conflictos en la zona de la pesquería constituyen violaciones flagrantes a la parte operativa de la medidas provisionales ordenadas por la Corte.

Por otro lado, señala que existe una declaración frecuentemente citada derivada del caso de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre Zonas Francas de Alta Saboya y del Distrito de Gex respecto a que la orden de medidas provisionales no tiene fuerza vinculante o un efecto final al decidir sobre la controversia.⁵²⁴

dictado y las medidas provisionales que ha otorgado, antes de conocer sobre el fondo del asunto, no han necesariamente sido cumplidas por los Estados demandados o por las partes. Si la Corte decide aceptar la solicitud de un Estado en tales circunstancias, la inobservancia reiterada a las sentencias o providencias de la Corte por las partes perjudicará, inevitablemente, la dignidad de la Corte y traerá dudas sobre la labor judicial que debe realizar la Corte dentro de la comunidad internacional".]

⁵²⁴ Esta misma declaración: "[...]and whereas, in contradistinction to judgments contemplated by

El Juez agrega a lo antes señalado que dicha declaración se refiere al impacto de las medidas en la decisión final, respecto a lo que es claro que una orden interina no tiene fuerza vinculante o un efecto final sobre la decisión que eventualmente se tome respecto de la controversia y es claramente interlocutoria y provisional.⁵²⁵

Lo anterior, ha sido señalado ya en el presente trabajo pues es innegable que se debe considerar que las medidas provisionales pueden confirmarse o no en la sentencia definitiva y no tienen influencia sobre la decisión que se tome; lo que significa que los jueces no están obligados a resolver en el mismo sentido en que se otorgaron las medidas provisionales o en uno que las favorezca, pues al haber analizado con mayor profundidad diversos elementos pueden llegar a una conclusión diversa.

Ahora, el Juez Weeramantry señala que los jueces, con sus escritos

orders made by the Court, although as a general rule read in open Court, due notice having been given to the Agents, have no 'binding' force (Article 59 of the Statute) or 'final' effect (Article 60 of the Statute) in deciding the dispute brought by the Parties before the Court' (P.C.I.J., Series A, No. 22, p. 13)" es citada por el Juez Ajibola en su opinión disidente respecto de la misma orden de medidas provisionales, sin embargo expresa un punto de vista distinto al del juez Weeramantry, pues considera que de la mencionada declaración se puede concluir que solamente la sentencia final de la Corte puede tener un carácter vinculante, mismo que no corresponde a las ordenes de medidas provisionales. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C.J. Reports 1993, Separate Opinion Judge Ajibola, p. 398. [Traducción propia: ““(…) y considerando, en contraposición a las sentencias a que se refiere el artículo 58 del Estatuto, a las que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo Especial, las providencias emitidas por la Corte, a pesar de la regla general leída en sesión pública, notificándose debidamente a los Agentes, no tienen fuerza ‘vinculante’ (artículo 59 del Estatuto) o efecto ‘definitivo’ (artículo 60 del Estatuto) al decidir sobre la controversia presentada a la Corte por las Partes’ (P.C.I.J., Series A, No. 22, p. 13)”.]

⁵²⁵*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C.J. Reports 1993, Separate Opinion Judge Ajibola, p. 385.

extra-judiciales, también han contribuido a la posición de considerar a las medidas provisionales como vinculantes, como sucedió con el Juez Jessup, quien al prologar la obra de Elkind, apoyó también la conclusión a la que llega este autor, respecto a considerar a las medidas provisionales como vinculantes.

En apoyo a la misma consideración, Gerald Fitzmaurice señala que el sentido de otorgar medidas provisionales es que sean vinculantes para cumplir su propósito de preservar sin daño alguno los derechos de las partes.

El Juez Hudson, de la Corte Permanente de Justicia Internacional señala que la palabra “indicar” no es menos definitiva que “ordenar”; el Juez Lauterpracht considera que no se debe asumir ligeramente que el Estatuto de la Corte como documento jurídico contenga disposiciones que impongan solamente obligaciones morales a los Estados.⁵²⁶

Para concluir, el Juez Weeramantry resalta la importancia de la naturaleza vinculante de las medidas provisionales, debido a que su incumplimiento podría derivar en un daño irreparable al solicitante, sobre todo frente al caso respecto al que emite esta opinión por tratarse de genocidio e involucrar, directamente a personas y afirma que una interpretación que no imponga una obligación jurídica vinculante no sería acorde al espíritu de la Carta de las Naciones Unidas ni del Estatuto de la Corte y considera que *“to view the Order made by the Court as anything less than binding so long as it stands would weaken the regime of international law in the very circumstances in which its restraining influence is most needed”*.⁵²⁷

El juez Ajibola en su opinión disidente sobre la misma orden de medidas provisionales afirma que debe considerarse que el significado de las palabras utilizadas, como *“shall”* y *“power”* en el artículo 41 del Estatuto de la Corte es

⁵²⁶*Ibidem*, p. 385-386.

⁵²⁷ [Traducción propia: Al no considerarse que las ordenes de medidas provisionales tienen fuerza vinculante se debilitaría el régimen del derecho internacional en circunstancias en las que su influencia restrictiva es más necesaria.] *Ibidem*, p. 389.

indudablemente obligatorio. También dice que la facultad le fue otorgada a la Corte con la finalidad de proteger los derechos de las partes y que la solicitud de medidas provisionales requiere atención urgente, rápida e inmediata y prioridad lo que implica esfuerzo por lo que no tendría sentido que después de todo el esfuerzo resultado la orden emitida por la Corte no tenga carácter de obligatoriedad.⁵²⁸

A pesar de la consistencia de las consideraciones plasmadas en dicho estudio y su profundidad, demuestran que las medidas provisionales son en efecto vinculantes; no fue sino hasta el caso *La Grand* entre Alemania y Estados Unidos, que la Corte reconoció firmemente que las medidas provisionales indicadas, de acuerdo con lo establecido por el artículo 41 de su Estatuto dan lugar a una obligación jurídicamente vinculante.

Ese caso, afirma Thirlway, tenía la peculiaridad de que el daño que se provocaría con la ejecución, en Estados Unidos, de un ciudadano del Estado solicitante no podría ser revertido o reparado, mientras que en otros casos el daño era esencialmente económico y es más difícil comprobar que el *restitutio in integrum* es imposible y no solamente difícil o costoso.

A partir de entonces, señala Thirlway, la Corte optó por otorgar medidas provisionales en casos en los que existe una amenaza para la vida humana, ya sea por la imposición de pena de muerte o por actividades armadas o conflictos civiles, pero no en los que la supuesta amenaza de daño es esencialmente económica e incluso si es ambiental, refiriéndose con esto último a el Caso *Pulp Mills*.⁵²⁹

⁵²⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C.J. Reports 1993, Separate Opinion Judge Ajibola, op. cit., p. 398*

⁵²⁹ Thirlway, Hugh, "The International Court of Justice 1989-2009: at the Heart of the Dispute Settlement System?", *Netherlands International Law Review*, 2010, volume 57, issue 3, December 2010, pp.380-381 En el mismo sentido, Bernhard Kempen y Zan He señalan que las violaciones a derechos humanos son frecuentemente invocadas al solicitar medidas provisionales y que ha

Sin embargo, consideramos que desde ahora se deben atender con mayor atención, los problemas relacionados con los riesgos de daños al medio ambiente derivados de la actividad humana, pues además de que llegan a ser irreversibles, no debe soslayarse que estos riesgos de daño ambiental, han llegado a ser considerados como violaciones a los derechos humanos, en los nuevos estudios y desarrollos sobre este tema, en los que se ha reconocido el derecho a un medio ambiente sano y al acceso a recursos naturales como sucede en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que ha reconocido que el acceso al agua potable es un derecho humano y que como tal, debe ser garantizado y protegidos.⁵³⁰

Shabtai Rosenne, también ha afirmado que la Corte se ha mostrado renuente a otorgar medidas provisionales en los casos en los que se trata de daños pecuniarios o bien existe alguna otra forma de reparación como solución adecuada.⁵³¹

Ello se advierte, en el caso *Aegean Sea Continental Shelf*, en el que la Corte determinó que la violación al derecho reclamado por Grecia de obtener información sobre recursos naturales en áreas de la plataforma continental, en el supuesto caso de que tal derecho se determinara, sería uno susceptible de reparación mediante medios adecuados, por lo que no encuentra en la violación a tales derechos un riesgo de perjuicio irreparable a tales derechos que amerite que la Corte otorgue medidas provisionales.⁵³²

incrementado la proporción de controversias relacionadas con los recursos naturales y la protección del medio ambiente susceptibles de solicitar protección interina. Kempen, Bernhard and He, Zan, *op.cit.*, nota 190, p. 921

⁵³⁰ Resolution 64/292 of the General Assembly "The Human Right to Water and Sanitation" A/RES/64/292 (28 July 2010), disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292 (Fecha de consulta 8 de noviembre de 2012) y artículo 4 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵³¹Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1411

⁵³²*Aegean Sea Continental Seashelf*, Interim Protection, Order of 11 September 1976, I. C. J. Reports 1976, p. 11 para. 33.

En el caso La Grand⁵³³ la Corte menciona que nunca antes se había solicitado a ella ni a la Corte Permanente de Justicia Internacional, determinar los efectos legales de las órdenes o providencias sobre medidas provisionales. Sin embargo en este caso en la solicitud presentada por Alemania se refiere específicamente a una obligación internacional que considera a cargo de Estados Unidos y solicita a la Corte que así lo declare; lo anterior, era negado por Estados Unidos e hizo necesario que la Corte analizara y se pronunciara al respecto.⁵³⁴

La Corte señaló que “[...]has reached the conclusion that orders on provisional measures under Article 41 have binding effect.” [(...)ha concluido que las providencias sobre medidas provisionales emitidas en virtud del artículo 41 tienen efecto vinculante”.] reconociendo explícitamente la naturaleza vinculante de las medidas provisionales, después de haber analizado el lenguaje utilizado tanto en el artículo 41 de su Estatuto como en el artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas. Por lo tanto consideró que su providencia

⁵³³ El caso La Grand fue llevado ante la Corte Internacional de Justicia por Alemania en 1999 por violaciones a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, al mismo tiempo Alemania presentó una solicitud de medidas provisionales. Las medidas indicadas el 3 de marzo de 1999 fueron " a) Los Estados Unidos de América deberán tomar todas las medidas a su disposición para asegurarse de que Walter La Grand no sea ejecutado mientras esté pendiente la decisión final en este procedimiento, y deberá informar a la Corte de todas las medidas que tome para implementar esta Orden b) El Gobierno de los Estados Unidos de América deberá transmitir esta Orden a la Gobernadora de Arizona". Sin embargo, Walter LaGrand fue ejecutado ese mismo día. Por lo tanto, Alemania solicita a la corte que declare que Estados Unidos violó su obligación internacional de cumplir con la orden de medidas provisionales a lo que la Corte declara no haber sido llamada antes, ni tampoco la Corte Permanente de Justicia Internacional, a pronunciarse respecto de los efectos jurídicos de las medidas provisionales. Mientras Alemania señala expresamente que la obligación de cumplir con la Orden de Medidas Provisionales de 3 de marzo de 1999, Estados Unidos cuestiona que tal obligación exista, razón por la que es necesario un pronunciamiento de la Corte al respecto. *La Grand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001.

⁵³⁴*La Grand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 501, para. 98

de medidas provisionales no era solamente un exhorto, que había sido emitida de acuerdo con el artículo 41 del Estatuto y que en consecuencia, tiene un carácter vinculante y creó una obligación para los Estados Unidos.⁵³⁵

Thirlway sostiene que, a partir de este reconocimiento de la Corte pueden surgir algunos problemas derivados de que, para indicar las medidas provisionales la Corte se basa en un análisis preliminar y por lo tanto podría llegar el caso de tener que cumplir con una providencia de medidas provisionales a pesar de que posteriormente la Corte llegara a la conclusión de que no tiene competencia para decidir sobre el asunto.

Respecto a ello, cita la solicitud de interpretación presentada por México sobre el Caso Avena junto con la que, por primera vez en una solicitud de interpretación, se piden también medidas provisionales, que la Corte otorgó para evitar la ejecución de cinco mexicanos hasta en tanto decidía sobre el fondo de la interpretación de la sentencia.

Aunque posteriormente la Corte decidió que no podía emitir la interpretación solicitada por México porque los temas que alegó eran distintos de aquellos sobre los que se decidió en la sentencia de 31 de marzo de 2004, sobre la que se buscaba la interpretación; consideró que Estados Unidos incumplió su obligación de acuerdo con la orden de medidas provisionales al haber ejecutado a José Ernesto Medellín Rojas.⁵³⁶

⁵³⁵*"The Court will now consider the Order of 3 March 1999. This Order was not a mere exhortation. It had been adopted pursuant to Article 41 of the Statute. This Order was consequently binding in character and created a legal obligation for the United States". Ibidem, p. 506. [Traducción propia: "La Corte analizará ahora la Providencia del 3 de marzo de 1999. Esta Providencia no constituía un mero exhorto. Fue adoptada de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 del Estatuto. En consecuencia, esta Providencia tenía un carácter vinculante y creaba una obligación legal para los Estados Unidos".]*

⁵³⁶*Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2009, pp. 20 and 21, paras. 61 (1) and (2).*

Por tanto, ya pesar de que la Corte no emitió una decisión respecto de la interpretación, consideró que la orden de medidas provisionales es considerada como obligatoria y debe cumplirse.⁵³⁷

En tal sentido, Thirlway señala que también podría resultar un caso en el que una de las partes a pesar de no haber aceptado nunca la jurisdicción de Corte, pueda encontrarse vinculada a una orden de medidas provisionales si su contraparte es capaz de convencer sobre la existencia de un caso *prima facie* que posteriormente sea derribado.⁵³⁸

El mismo autor, afirma que, si las medidas provisionales se otorgaran hasta después de que la Corte analice si tiene competencia o no para resolver sobre el asunto, se perdería el sentido de otorgarlas pues no podrían ya servir a la necesidad de urgencia por las que se otorgan y que indicar, por otro lado, medidas provisionales sin que exista el reconocimiento a la jurisdicción de la Corte por alguno de los Estados Parte en una controversia, podría representar una amenaza al principio sobre la determinación de la jurisdicción de la misma basada en el consentimiento de las Partes e incluso a la independencia soberana de los Estados, debido a que las medidas serán obligatorias desde el momento que se indiquen y hasta aquél en el que la Corte decida que carece de competencia.⁵³⁹

La relación entre la competencia de la Corte y la obligatoriedad de las medidas provisionales es un tema que adquiere relevancia debido a que la misma puede otorgarlas aún cuando se controvierta su competencia, por lo que se ha otorgado las medidas provisionales, pero posteriormente concluye que no era competente para conocer del caso, habría obligado a las Partes a realizar o a abstenerse de realizar acciones sin ser competente para ello.

En relación con lo anterior, es necesario señalar que de acuerdo con

⁵³⁷*Ibidem*, p. 21, para. 61 (3).

⁵³⁸ Thirlway, Hugh, *op. cit.* nota 191, p. 385.

⁵³⁹ Thirlway, Hugh, "The International Court of Justice", en Evans, Malcom D. ed., *International Law*, 2nd ed., London, Oxford, 2006, p. 576

Oellers-Frahm, para decidir sobre la obligatoriedad de las medidas provisionales la Corte conocía el problema consistente en que para no reconocer las medidas provisionales como obligatorias, los Estados podrían dejar de aceptar su competencia pues en su memorial para el caso LaGrand, Alemania señaló como ya lo hemos mencionado, que una vez que se ha establecido el vínculo sobre la competencia, el demandante tiene derecho a que se emita una sentencia obligatoria que debe ser protegida por medidas provisionales que también sean obligatorias y que el demandado no puede retirar su consentimiento a los procedimientos que se encuentran pendientes y tampoco puede frustrar la emisión de la decisión final de la Corte.⁵⁴⁰

Por lo tanto, con la finalidad de proteger la emisión de la decisión final de la Corte y la decisión misma, es necesario que las medidas provisionales sean consideradas como obligatorias para las partes.

Tanaka⁵⁴¹ vincula la categoría de medidas provisionales sobre supervisión judicial, que ya hemos tratado, al señalar que sirven como medio para garantizar la aplicación efectiva de las medidas provisionales en casos sobre conflictos armados que involucran asuntos altamente políticos, razón por la que la implementación de medidas provisionales enfrenta problemas.

Sin embargo, también afirma que es necesario considerar algunas cuestiones sobre la supervisión judicial, tales como la necesidad de aclarar el procedimiento que debe llevarse a cabo para reportar el cumplimiento de las medidas provisionales pues no existe uno establecido en el Reglamento de la Corte ni en sus Instrucciones Prácticas; además, dice que es necesario considerar las formas para verificar y mejorar la exactitud de la información; así como las medidas que se deberían tomar cuando las partes omiten presentar información solicitada por la Corte ya que esta puede incluso, tomar nota de incumplimiento a la obligación anteriormente señalada.

⁵⁴⁰*LaGrand Case* (Germany v. United States of America), *Memorial of the Federal Republic of Germany*, *op. cit.*, nota 259, para. 4. 129.

⁵⁴¹Tanaka, Yoshifumi, *op. cit.*, nota 280, pp. 211-212

Cabe mencionar que el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos prevé en su artículo 27, la supervisión de las medidas provisionales que ordenó mediante la presentación de informes por parte de los Estados, con observaciones de los beneficiarios de las medidas provisionales y de la Comisión.

En los asuntos llevados ante otros tribunales internacionales, la cuestión sobre su competencia no presenta divergencias, como sucede en relación con la de la Corte Internacional de Justicia. Esto, debido a que esos tribunales, específicamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tienen competencia obligatoria y tratándose del Tribunal Internacional sobre Derecho del Mar, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece la resolución judicial de controversias obligatoria.⁵⁴²

Las consecuencias del reconocimiento de la obligatoriedad de las medidas provisionales se encuentran en primer lugar, en el reconocimiento de la existencia de una obligación internacional y por lo tanto, el de que el incumplimiento de esas medidas constituye una violación a una obligación internacional lo que por sí mismo genera consecuencias, pues, la Corte podría ordenar una indemnización por los daños derivados del incumplimiento, siempre que la parte afectada se lo solicitara expresamente.

Desde el punto de vista de Karin Oellers-Frahm, es cuestionable considerar que las partes puedan solicitar resarcimientos, aunque sean admisibles por el derecho internacional general, pues ello contravendría los deberes de una parte *pendente lite*.⁵⁴³

Otro de los efectos del reconocimiento de la obligatoriedad de las medidas provisionales, que ya se mencionó anteriormente, es que en casos sobre conflictos armados, en los que se ordene el alto a cualquier acción armada; los efectos de las medidas provisionales, serían para las Partes, los

⁵⁴² Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 958.

⁵⁴³ *Idem.*

mismos que aquellos de una Resolución del Consejo de Seguridad adoptada bajo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pero su fundamento no sería político, sino legal.⁵⁴⁴

En el marco de los procedimientos llevados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha discutido el tema del carácter vinculante de las medidas provisionales que esta otorga, aún cuando como ya lo hemos mencionado tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Reglamento de la Corte se utilizan palabras con mayor fuerza tales como “ordenar” o “decretar” para referirse a la facultad de la Corte en relación con las medidas provisionales.

Así, en los casos⁵⁴⁵ 19 comerciantes contra Colombia, James y otros y

⁵⁴⁴*Ibidem*, p. 959.

⁵⁴⁵Cfr. Corte I.D.H. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*, Medidas Provisionales Respecto de la República de Colombia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de junio de 2012, Considerando, párr. 2. Cfr. Corte I.D.H. *Asunto James y otros*. Medidas Provisionales respecto de Trinidad y Tobago. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de mayo de 1999. Considerando, párr. 2. Cfr. Corte I.D.H. *Asunto James y otros*. Medidas Provisionales respecto de Trinidad y Tobago. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de septiembre de 1999. Considerando, párr. 2. Cfr. Corte IDH *Asunto Fernández Ortega y otros*. Medidas Provisionales respecto de México. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de febrero de 2012. Considerando, párr. 4. Cfr. Corte IDH *Asunto Fernández Ortega y otros*. Medidas Provisionales respecto de México. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de abril de 2009. Considerando, párr. 6. Cfr. Corte IDH, *Asunto Guerrero Larez*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de agosto de 2013. Considerando, párr. 3. Cfr. Corte IDH, *Asunto Guerrero Larez*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2009. Considerando, párr. 5. Cfr. Corte IDH. *Asunto Ramírez Hinostroza y otros*. Medidas Provisionales respecto de la República de Perú. Resolución de la Corte interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2011. Considerando, párr. 3. Cfr. Corte IDH. *Asunto Rosendo Cantú y otra*

Alvarado Reyes y otros, la Corte Interamericana consideró que el artículo 63, numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos confiere un carácter obligatorio a la adopción, por parte del Estado, de las medidas provisionales que la Corte le ordene.

Lo anterior, en razón de que los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe, es decir tomando como base el principio *pacta sunt servanda*. Estas obligaciones incluyen a aquellas que permiten el desarrollo de los procedimientos ante los órganos de protección del sistema interamericano y aseguran la realización de sus fines.

Además, la Corte ha sostenido que dichas órdenes implican un deber especial de protección a los beneficiarios de las medidas durante el tiempo de su vigencia y también, que su incumplimiento podría generar la responsabilidad internacional del Estado.

El artículo 68, párrafo 1, de la Convención Americana señala que las Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte que se haya emitido sobre el asunto en el que sean partes.

Edgar Corzo señala que la Corte sin embargo, no utiliza la anterior disposición para “reafirmar el carácter vinculante de sus resoluciones sobre medidas provisionales” y que en cambio, si lo utiliza para indicar que se ha

respecto de México. Medidas Provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011. Considerando, párr. 3. Cfr. Corte IDH. Asunto Alvarado Reyes y otros. Medidas Provisionales respecto de México. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2010. Considerando, párr. 5. Cfr. Corte IDH. Asunto de la Fundación de Antropología Forense de Guatemala. Medidas Provisionales respecto de la República de Guatemala. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de febrero de 2011. Considerando, párr. 3 y Cfr. Corte IDH. Asunto de la Fundación de Antropología Forense de Guatemala. Medidas Provisionales respecto de la República de Guatemala. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de julio de 2010. Considerando, párr. 4.

incumplido con una resolución de medidas provisionales.⁵⁴⁶

En distintos casos⁵⁴⁷ la Corte cita el artículo 68, párrafo 1, en el que se basa para fundar la obligación que ha incumplido el Estado y reiterar el deber que les impone el mencionado artículo.

3.4.5 El papel del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas

El artículo 94 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas señala que las partes en un litigio se comprometen a cumplir las decisiones que emita la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, el mismo artículo establece que en caso de que una de las partes deje de cumplir con las obligaciones impuestas por tal sentencia, la otra puede recurrir al Consejo de Seguridad de la Organización, que puede hacer recomendaciones o dictar medidas, si lo considera necesario, para que se lleve a cabo su ejecución.

Según lo sostiene Oellers-Frahm, lo anterior, solo es aplicable a las sentencias definitivas y finales, ya que si bien se reconoce el carácter obligatorio de las medidas provisionales, es inadmisibles recurrir al numeral 2 del artículo 94 de la Carta, pues estas, se otorgan a través de una orden o providencia y no a través de una sentencia, que es la que contiene una decisión definitiva.⁵⁴⁸

A la postura anterior, podemos agregar que tomando en cuenta las consideraciones sobre la competencia de la Corte Internacional, vinculadas con

⁵⁴⁶ Corzo, Sosa Edgar, "Las medidas provisionales: cumplimiento, impacto e incumplimiento", en Corzo, Sosa Edgar, *et al.*, (coords.) *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013, Colección Derechos Humanos y Poder Judicial, p. 162

⁵⁴⁷ Cfr. Corte I.D.H. *Asunto Luisiana Ríos y otros respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de diciembre de 2003. Resolutivo, párr. 2. Cfr. Corte IDH. *Asunto Lysias Fleury respecto Haití*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2008. Considerando, párr. 9.

⁵⁴⁸ Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 961.

las medidas provisionales, no sería admisible solicitar la participación del Consejo de Seguridad, si existe la posibilidad de que la Corte posteriormente, se declare incompetente, aún cuando esa posibilidad sea mínima, pues las acciones del Consejo de Seguridad serían directas en contra de un Estado, para que cumpla con obligaciones que pueden cambiar o revocarse, aún en el supuesto de que la Corte resulte incompetente.

De manera similar, Shabtai Rosenne⁵⁴⁹ se refiere a la competencia del Consejo de Seguridad, tratándose de casos en los que las Partes, intencionalmente se niegan a cumplir las medidas provisionales señaladas por la Corte, especialmente, en los que su competencia se encuentra impugnada.

En relación con ello, afirma que podría entenderse que la efectividad de esas medidas depende del grado de consentimiento que las Partes otorguen a la Corte para solucionar la controversia. En su opinión, al ser las medidas provisionales, de carácter excepcional, la competencia de la Corte para otorgarlas, debería encontrarse más estrechamente integrada, de lo que aparenta, a aquella que le corresponde, para conocer el fondo.

Sin embargo, también se debe tomar en cuenta el Artículo 36, numeral 1 de la Carta de las Naciones Unidas que señala que en cualquier estado en que se encuentre una controversia de la naturaleza de que trata el Artículo 33 o una situación de índole semejante,⁵⁵⁰ el Consejo de Seguridad puede recomendar los procedimientos o métodos de ajuste que sean apropiados.

Derivado de lo anterior, puede considerarse que el Consejo de Seguridad podría emitir decisiones respecto del incumplimiento de las medidas provisionales, aunque no se trate de una decisión definitiva, pues de acuerdo con el artículo 36 puede intervenir en cualquier estado en que se encuentre la controversia. Aunque, para ello también debe tomar en consideración que las

⁵⁴⁹ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1415.

⁵⁵⁰ El Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas hace referencia a las controversias cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y señala que se debe buscarles solución a través de medios pacíficos.

controversias de orden jurídico serán sometidas a la Corte, como lo señala el numeral 3 del mismo artículo.

En relación con lo anterior, cabe recordar que en la opinión consultiva sobre Namibia la Corte reconoció la naturaleza vinculante de todas las decisiones del Consejo de Seguridad, mismas que deben ser cumplidas por todos los Miembros de las Naciones Unidas.⁵⁵¹

Ahora bien, entre las disposiciones sobre medidas provisionales en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, se encuentra el artículo 77 que señala que las medidas que la Corte otorgue de acuerdo con sus diversos 73 o 75, o bien la decisión de modificar o revocar las medidas de acuerdo con el artículo 76, numeral 1, debe comunicarse al Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, para que la transmita al Consejo de Seguridad. Esto, de acuerdo con lo que prevé el artículo 41, numeral 2, del Estatuto de la Corte.

La comunicación que se hace sobre las medidas provisionales no significa que el Consejo de Seguridad vaya a tomar medidas por el incumplimiento de estas, ni siquiera “[...]implica que el Consejo automáticamente incluya el asunto en su agenda”⁵⁵²; sin embargo, debe considerarse que actuará cuando considere que existe una amenaza a la paz y seguridad internacionales.

También en caso de que se otorguen medidas provisionales sobre un asunto que se encuentre en la agenda del Consejo de Seguridad, este puede adoptar una resolución que llame a las partes a cumplir con la orden de la Corte.

En relación con lo anterior, en el caso *Anglo-Iranian Oil Co.*, el Consejo de Seguridad recibió una queja sobre el incumplimiento a las medidas

⁵⁵¹*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South African Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pp. 51-54, paras. 108-116.

⁵⁵² Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1413. También en Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 150, p.

provisionales que la Corte había otorgado, según lo establecido por los artículos 34 y 35 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y no de acuerdo con el artículo 94 numeral 2. Afirma Rosenne Shabtai que este es, hasta ahora, “el único caso en el que el Consejo de Seguridad ha discutido directamente la cuestión sobre el cumplimiento de una providencia de medidas provisionales”.⁵⁵³

El mismo autor ha dicho que la Corte Internacional de Justicia, como principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas, podría imponer a los demás órganos, al menos una obligación moral de hacer que sus decisiones sean compatibles con el señalamiento de medidas provisionales por la Corte; aunque agrega, que ello no ha sido posible, porque tales órganos se han utilizado como arenas de confrontación diplomática y no de reconciliación, por lo que no se constituye una atmósfera apropiada en la que la Corte pueda operar.⁵⁵⁴

Por otro lado, es importante señalar que las medidas provisionales pueden ser otorgadas, aún cuando el Consejo de Seguridad se encuentre actuando ya, sobre el mismo asunto. Esto en virtud de que los procesos judiciales y los políticos llevados por dicho Consejo o por otros órganos políticos como organizaciones regionales, son complementarios a menos de que existan reglas que dispongan lo contrario.⁵⁵⁵

Shabtai Rosenne señala por otra parte, que tratándose de medidas provisionales que se otorguen en casos relacionados con cuestiones que se encuentren ya, en la agenda del Consejo de Seguridad, éste puede adoptar una resolución sobre su cumplimiento.⁵⁵⁶

Al respecto, cita la Resolución 461 (1979) del Consejo de Seguridad en la que se menciona la providencia de medidas provisionales que solicita la

⁵⁵³ *Idem.*

⁵⁵⁴ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 150 p. 156.

⁵⁵⁵ Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 959.

⁵⁵⁶ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1413.

liberación inmediata de los rehenes⁵⁵⁷ y llama a ambos países, a asegurar que no realizarán acciones que empeoren la tensión entre ellos.

*Taking into account the Order of the International Court of Justice of 15 December 1979 calling on the Government of the Islamic Republic of Iran to ensure the immediate release, without any exception, of all persons of United States nationality, who are being held as hostages in Iran (S/13697) and also calling on the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran to ensure that no action is taken by them which will aggravate the tension between the two countries[...]*⁵⁵⁸

⁵⁵⁷ Esta resolución está relacionada con el caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*. Cabe señalar que la situación sobre la retención de personal diplomático y consular en la embajada de Estados Unidos en Teherán primero fue informada al Consejo de Seguridad por los Estados Unidos el 9 de noviembre de 1979 y al Secretario General el 25 de noviembre del mismo año. Posteriormente, el 29 de noviembre de 1979, Estados Unidos de América envió la solicitud para iniciar el procedimiento en contra de la República Islámica de Irán por la retención de sus nacionales junto con una solicitud de medidas provisionales. Después de eso, el 4 de diciembre de 1979, el Consejo de Seguridad emitió su resolución 457 (1979) en la que solicitaba al gobierno iraní la inmediata liberación de los del personal de la embajada, a ambos gobiernos que resolvieran de manera pacífica las cuestiones pendientes entre ellos y entre otras cuestiones, señalaba que el Consejo de Seguridad seguiría ocupándose activamente de la cuestión. Posteriormente, el Consejo de Seguridad emite la resolución citada de 31 de diciembre de 1979.

⁵⁵⁸ *Resolution 461 of the Security Council Islamic Republic of Iran - USA (31 December 1979)*, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/370/75/IMG/NR037075.pdf?OpenElement> (Fecha de consulta 15 de enero de 2014). [Traducción propia: Tomando en cuenta que la Providencia de la Corte Internacional de Justicia del 15 de diciembre de 1979 que insta al gobierno de la República Islámica de Irán a asegurar la liberación inmediata, sin excepción, de todas las personas de nacionalidad estadounidense retenidas como rehenes en Irán (S/13697) y que también instaba al gobierno de Estados Unidos y al de la República Islámica de Irán a asegurar que no realizarían acciones que pudiera agravar la tensión entre ambos países (...)].

En relación con el caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, la Corte se pronunció también, sobre la posibilidad de otorgar medidas provisionales, aún cuando el Consejo de Seguridad ya se encontraba revisando el asunto, señalando que:

*[...]it does not seem to have occurred to any member of the Council that there was or could be anything irregular in the simultaneous exercise of their respective functions by the Court and the Security Council. Nor is there in this any cause for surprise. Whereas Article 12 of the Charter expressly forbids the General Assembly to make any recommendation with regard to a dispute or situation while the Security Council is exercising its functions in respect of that dispute or situation, no such restriction is placed on the functioning of the Court by any provision of either the Charter or the Statute of the Court. The reasons are clear. It is for the Court, the principal judicial organ of the United Nations, to resolve any legal questions that may be in issue between parties to a dispute; and the resolution of such legal questions by the Court maybe an important, and sometimes decisive, factor in promoting the peaceful settlement of the dispute [...]*⁵⁵⁹

⁵⁵⁹*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 21-22, para. 40. [Traducción propia: “(...) no parece que a ninguno de los miembros del Consejo de Seguridad se le hubiera ocurrido que pudiera haber algo irregular en el ejercicio simultáneo de funciones de la Corte y del Consejo de Seguridad. Esto no es causa de sorpresa. Mientras que el artículo 12 de la Carta le prohíbe expresamente a la Asamblea General hacer cualquier recomendación en relación con una controversia o situación mientras el Consejo de Seguridad ejerce sus funciones respecto a ella, no hay ninguna restricción de ese tipo impuesta a la Corte ni por la Carta ni por el Estatuto. Las razones son claras. La Corte, el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, resuelve las cuestiones legales controvertidas entre las partes y su resolución por la Corte puede ser un factor importante y a veces decisivo para promover la solución pacífica de la controversia”.]

En dicho caso, la Corte cita también, el artículo 36 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas que dispone que el Consejo debe tomar en cuenta que por regla general, las controversias de orden jurídico deben someterse a la Corte Internacional de Justicia.

Puede considerarse que esto se relaciona con la afirmación que hace Oellers-Frahm respecto a la distinción entre los procesos judiciales y políticos y su complementariedad. En el mismo sentido, en su opinión disidente respecto de la providencia de medidas provisionales dictada en el caso *Land and Maritime Boundary*, el juez Bola A. Ajibola hace referencia, a la complementariedad de la actividad de la Corte y de otros órganos y organismos, como son el Consejo de Seguridad y el Secretario General de las Naciones Unidas e incluso a la de la entonces Organización para la Unidad Africana y señala también que a la Corte le conciernen exclusivamente los temas legales y jurídicos del asunto.⁵⁶⁰

Entonces, es importante resaltar que la Corte resuelve las cuestiones legales y por tanto es posible y aceptable que ambos procedimientos se lleven a cabo de manera simultánea, aunque tomándose en cuenta recíprocamente, para lograr complementarse y promover la solución pacífica de controversias.

Existen diversos casos similares, Rosenne alude al referente a la *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, en relación con el que el Consejo de Seguridad emitió la resolución 819 (1993) del 16 de abril de 1993, en la que además cita una de las cláusulas operativas de la providencia de medidas provisionales emitida el 8 de abril de 1993 en ese caso. De igual forma, cita el caso *Land and Maritime Boundary* entre Camerún y Nigeria, respecto del que señala que el Consejo de Seguridad también conoció el asunto, antes de que se solicitaran medidas provisionales y que, tomando en cuenta la providencia de la Corte solicitó se le

⁵⁶⁰*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, Separate Opinion of Judge Ajibola, pp. 37 and 55.

informara de las medidas que podía llevar a cabo para monitorear la situación en el área en disputa.⁵⁶¹

En el caso *Lockerbie*, Libia presentó su solicitud de medidas provisionales ante la Corte Internacional de Justicia, después de que el Consejo de Seguridad había emitido una resolución. Con posterioridad, una vez que habían terminado las audiencias sobre medidas provisionales y la Corte deliberaba sobre su providencia al respecto, el Consejo de Seguridad emitió una nueva resolución, en la que le impuso sanciones.

El artículo 103 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas dispone, que cuando exista un conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros en virtud de la Carta y las contraídas en virtud de otro convenio internacional, prevalecen las primeras. Este artículo ha sido interpretado en relación con las obligaciones derivadas de una sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en virtud de lo que se considera que frente a estas también prevalecen las resoluciones del Consejo de Seguridad.⁵⁶²

Oellers-Frahm señala que en virtud de que las resoluciones del Consejo de Seguridad prevalecen sobre las obligaciones derivadas de cualquier otro acuerdo, es que la Corte en la orden de medidas provisionales señaló que no era posible considerar apropiada la protección mediante medidas provisionales de los derechos señalados por Libia.⁵⁶³

En cuanto a si deben o no informarse por la Corte, las providencias en las que la Corte decidió no otorgar medidas provisionales, Rosenne Shabtai señala que la Corte informó al Consejo de Seguridad su decisión de no otorgarlas en el caso *Pakistani Prisoners of War*, pero no lo hizo en los casos *Interhandel*, *Aegean Sea Continental Shelf* y *Passage through the Great Belt*.⁵⁶⁴

⁵⁶¹ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1414.

⁵⁶² Oellers-Frahm, Karin, *op. cit.*, nota 144, p. 960

⁵⁶³ *Idem.*

⁵⁶⁴ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 152, p. 1415

También señala que no existe disposición alguna, que prevea la notificación al Consejo de Seguridad de la caducidad de las medidas provisionales; esto, porque si en la providencia respectiva, no se con las medidas provisionales no se indica una fecha fija en la que caducarán, su caducidad llega con la emisión de la sentencia final, cuya copia es enviada al Secretario General de Naciones Unidas.⁵⁶⁵

⁵⁶⁵*Idem.* También en Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 150, p. 156.

CAPÍTULO IV

El Caso del Templo de Preah Vihear.

4.1 Camboya, Tailandia y El Templo de Preah Vihear 4.2 Solicitud de interpretación de la sentencia del 15 de junio de 1962 en el Caso relativo al Templo de Preah Vihear, entre Camboya y Tailandia 4.3 Medidas provisionales dictadas 4.3.1 Riesgo de perjuicio o daño irreparable y urgencia 4.3.1.1 La pérdida de vidas humanas como elemento del daño 4.3.2 La creación de una zona provisionalmente desmilitarizada 4.3.3 Efectos de las medidas provisionales 4.4 Interpretación de la sentencia del 15 de junio de 1962

4.1 Camboya, Tailandia y El Templo de Preah Vihear

El Templo de Preah Vihear se encuentra en la frontera entre Camboya y Tailandia y desde hace tiempo ha sido escenario y motivo de enfrentamientos entre estos dos Estados.

Para comprender mejor el problema que representa la controversia existente entre Camboya y Tailandia, consideramos necesario aportar datos históricos y un panorama más amplio de manera general.

El Reino de Camboya (Camboya) era conocido como Kampuchea y es considerado heredero del Imperio Hindú y del Imperio budista Khmer que gobernó en la Península Indochina entre los siglos XI y XV, en ese entonces la capital era Angkor. Posteriormente, la Capital cambió. Esto, posiblemente debido a la expansión del comercio marítimo con China. Se habla incluso de la caída de Angkor porque no hay registros de actividad, tal como construcción de templos, inscripciones o trabajos de irrigación. Sin embargo, para David Chandler, es más apropiado considerar que hubo un cambio o transformación.

Hubo diversas invasiones tailandesas a Angkor. La más importante de ellas sucedió en 1431. Como consecuencia de ellas la gente migraba hacia el

sur a Phnom Penh que sería la capital por los siguientes 600 años.⁵⁶⁶

A partir de 1863, Camboya se convirtió en un protectorado francés y en 1887 se incorporó a la Unión Indochina. Después de su ocupación por Japón, durante la Segunda Guerra Mundial, Camboya obtuvo su independencia de Francia, en 1953, misma que fue confirmada por el acuerdo de Ginebra de 1954. El príncipe Norodom Sihanouk heredó la corona, pero en 1970 fue derrocado por el general Lon Nol. Los khmeres (jemerres) rojos, originados en los años 60 y liderados por Pol Pot,⁵⁶⁷ recuperaron el poder, apoyados por China, Tailandia y el Vietcong, tomando el control de Phnom Pehn el 17 de abril de 1975.

En 1976 Pol Pot se convirtió en jefe del gobierno. Durante su régimen murieron entre 1,7 y 2,2 millones de camboyanos ejecutados, forzados a labores forzadas o inanición.⁵⁶⁸

En 1978, el ejército vietnamita invadió Camboya. Se constituyó la República Popular presidida por Heng Samrin quien replegó a los Khmeres rojos al campo y empezó una ocupación que duraría 10 años y provocaría casi 13 años de guerra civil. Así, se dieron enfrentamientos entre vietnamitas, khmeres rojos y partidarios de Sihanouk.

En la época de los Khmeres o Jemerres Rojos, hubo enfrentamientos entre fuerzas tailandesas y camboyanas a lo largo de la frontera entre ambos países. El peor de ellos ocurrió en 1977.

⁵⁶⁶ Chandler, David, *A History of Cambodia*, 4th ed., Colorado, Westview Press, 2008, pp. 91-93.

⁵⁶⁷ Mey, Elyda, *Le rôle de la diaspora dans la justice transitionnelle: L'exemple du Cambodge*, New York, International Center for Transnational Justice, 2007, p. 1 disponible en <http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Cambodia-Diaspora-Role-2007-French.pdf> (Fecha de consulta 4 de abril de 2014).

⁵⁶⁸ Reinoso, José, "Camboya inicia el juicio contra el horror y la esclavitud de los jemerres rojos", *El País*, 23 de noviembre de 2011 http://internacional.elpais.com/internacional/2011/11/23/actualidad/1322041628_510907.html (Fecha de consulta 6 de abril de 2014).

Los Khmeres Rojos eran socios comerciales de Tailandia mediante la venta de piedras y maderas preciosas y concesiones a favor de empresas tailandesas actividades con las que se financiaba la lucha en contra del gobierno establecido por Vietnam, país que en la década de los 80 se encontró en una situación económica difícil que lo llevó a desocupar Camboya.⁵⁶⁹

En 1991 se firmaron los Acuerdos de Paz de París que pusieron fin a la guerra civil en Camboya. Mediante estos acuerdos se ordenó la realización de elecciones democráticas y el alto al fuego. Esto último no fue respetado completamente por el ejército

En 1993 mediante elecciones organizadas por la Organización de las Naciones Unidas, el rey Norodon Sihanouk fue reelecto, a través de un gobierno de coalición. En 1997 finalizó el gobierno de coalición, Hun Sen se hizo del control del país y en las elecciones de 1998 se formó otro gobierno de coalición con el Partido del Pueblo Camboyano de Hun Sen. Camboya ingresó a la ASEAN en 1999 y en 2000 firmó un tratado de colaboración económica con China. Hun Sen fue reelegido en 2003 a través de elecciones relativamente pacíficas, pero poder formarse un gobierno de coalición, llevó un año.

En octubre de 2004 el Rey Norodom Sihanouk abdicó a favor de su hijo el Príncipe Norodom Sihamoni. En 2007 se llevaron a cabo elecciones con poca violencia en la víspera, comparadas con elecciones anteriores. Tanto las elecciones de 2008, como las de 2012 fueron relativamente pacíficas.

La economía de Camboya se ha visto beneficiada, en especial a partir del año 2004, gracias a la industria textil que emplea a más de 400,000 personas y representa casi el 70 % del total de las exportaciones del país; así como a la de la construcción, a la agricultura y al turismo. Además, en 2005 se encontraron yacimientos de petróleo en sus aguas territoriales a pesar de esto, su

⁵⁶⁹ Meyer, Sonja, "Preah Vihear Reloaded - Der Grenzkonflikt zwischen Thailand und Kambodscha", *Journal of Current Southeast Asian Affairs*, 28, 1, disponible en <http://journals.sub.uni-hamburg.de/giga/jsaa/article/view/4/4>, p. 57

economía sigue siendo una de las más débiles de la región.

Tailandia, por otro lado, nunca fue ocupado por ninguna fuerza europea. En el siglo XIV se estableció el reino de Siam; la revolución de 1932 derivó en el establecimiento de una monarquía constitucional, en 1939 y es a partir de entonces que se le conoce como Tailandia.

Después en 1954, se convirtió en un aliado de Estados Unidos y combatió de su lado en la Guerra de Vietnam. Mas recientemente, en 2006 ocurrió un golpe de estado que derrocó al Primer Ministro Thaksin Chinnawat, lo que desencadenó manifestaciones masivas en las calles de facciones políticas rivales en 2008, 2009 y 2010, en este último año, tales manifestaciones terminaron en enfrentamientos entre fuerzas de seguridad y manifestantes a favor de Thaksin ocasionando al menos 92 muertes y daños a la propiedad, provocados por incendios estimados en 1.5 billones de dólares.

En 2011 la hermana menor de Thaksin, Yinglax Chinnawat, ganó las elecciones con el Partido Puea Tailandés y asumió el control del gobierno.

Durante el año 2012 el Partido Puea se enfrentó con el Partido Demócrata para poder realizar algunas de sus principales promesas asumidas durante las elecciones, que incluyen una reforma constitucional y la reconciliación política.

En contraste con la economía de Camboya, Tailandia posee infraestructura desarrollada y una economía de mercado en general con políticas favorables a la inversión e industrias de exportación fuertes.

Así, ha experimentado un crecimiento estable, debido a grandes exportaciones agrícolas e industriales. Para 2012, su tasa de desempleo era menor al 1 %.

El Templo de Preah Vihear conocido en Tailandia como Khao Phra Viharn, fue construido en el año 1080 durante el reinado de los Khmer, quienes hasta la fecha, se dice, son venerados como héroes por los camboyanos

nacionalistas.⁵⁷⁰

Sin embargo, David Chandler señala que el Templo de Preah Vihear fue construido por Yasorvaman, quien reinó entre 889 y 910. Este templo es el más notable entre varios que ordenó construir sobre montañas.⁵⁷¹

Ese Templo, como el de Angkor, es considerado como un importante símbolo nacional de los logros e independencia del pueblo Khmer; además, es un lugar de peregrinaje que es visitado por numerosos tailandeses y camboyanos budistas.⁵⁷²

Para remarcar la importancia del Templo de Preah Vihear, el Juez Cançado Trindade en su opinión disidente sobre el otorgamiento de medidas provisionales, señaló que en todos los continentes se irguieron Templos y Santuarios en búsqueda de perennidad. También, refirió que la construcción de tales obras vinculaba a las generaciones que las construían con sus comunidades que los sobrevivirían y les dejaba un sentimiento de pasar a la eternidad en la continuidad de generaciones humanas. En contraste, señaló que actualmente se ha perdido el arte de expresar nuestra esencia en piedras duraderas, se ha perdido la aptitud por lo infinito, pues en el mundo moderno, las horas se cuentan de manera distinta y la vida pasa a diferente velocidad. De lo anterior, concluyó, deriva la importancia de preservar los Templos y Santuarios como patrimonio cultural y espiritual de la humanidad.⁵⁷³

El Templo está situado sobre una montaña de la cordillera de Dangrek. El acceso al Templo es complicado del lado de Camboya; en cambio, la inclinación de la cordillera es menor del lado de Tailandia en donde además, se

⁵⁷⁰*Ibidem*, p. 50.

⁵⁷¹ Chandler, David, *op. cit.*, nota 565, p. 45-46.

⁵⁷²*Idem*.

⁵⁷³*Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)(Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports 2011, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, pp. 6-7, paras. 19-20.*

cuenta con mejor infraestructura que hace que el acceso sea más fácil.

Ese santuario ha sido objeto de disputa entre Camboya y Tailandia desde hace tiempo. El 6 de octubre de 1959 Camboya inició en contra de Tailandia, un procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia a la que le solicitó determinara que Tailandia tenía la obligación de retirar a sus fuerzas armadas que se ocupaban desde 1954 las ruinas del Templo de Preah Vihear y que la soberanía territorial sobre el Templo de Preah Vihear le pertenecía.

En los alegatos⁵⁷⁴ presentados el 5 de marzo de 1962, Camboya solicitó que la Corte declarara que la línea fronteriza entre ella y Tailandia, en el sector de Dangrek, era aquella marcada en el mapa elaborado por la Comisión de Delimitación entre Indochina y Siam, que el Templo está ubicado en territorio bajo su soberanía y que Tailandia tenía la obligación de retirar a sus fuerzas armadas y que el gobierno tailandés debía regresar al gobierno del Reino de Camboya las esculturas, estelas, fragmentos de monumentos, los modelos de piedra arenisca y cerámica antigua que fueron retirados del Templo de Preah Vihear desde 1954.

En los alegatos finales, presentados en la audiencia del 20 de marzo de 1962, Camboya solicitó además, que se determinara que el mapa del sector de Dangrek había sido elaborado y publicado en nombre y representación de la Comisión Mixta de Delimitación establecida por el Tratado de 13 de febrero de 1904 , que expone las decisiones tomadas por tal Comisión y que por ello, por los acuerdos subsecuentes y la conducta de las Partes, el mapa tiene naturaleza de tratado.

El Tratado de 13 de febrero de 1904 fue celebrado entre Francia, pues Camboya era un protectorado francés, y Siam que en 1939 se convirtió en Tailandia.

Sonja Meyer señala que la demarcación fronteriza fue un concepto

⁵⁷⁴*Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962: I. C. J. Reports 1962, pp. 10 and 11 (A), (B).

introducido por los colonizadores, Francia e Inglaterra; pues la región surasiática se dividía en un sistema de múltiples soberanías, en las que los perdedores estaban obligados a pagar tributos, conocido como *Mandala*⁵⁷⁵ o *Prathetsarat*. De acuerdo con la autora derivado de la demarcación surge el conflicto por la demarcación de la frontera y la celebración del Tratado de 1904.

El artículo 1 de ese Tratado señala que la frontera entre ambos países debía seguir la línea divisoria de aguas a lo largo de la Cordillera de Dangrek,⁵⁷⁶ que sería establecida por una Comisión Mixta Franco-Siamesa, que

⁵⁷⁵Este término se adoptó en el S. XX por historiadores occidentales para denominar a las formaciones políticas tradicionales del Sureste Asiático, como forma de evitar el término “estado”. Pues sus formas de organización no coincidían con las concepciones de China o Europa del estado definido territorialmente con fronteras definidas y un aparato burocrático, ya que en este caso, el sistema de gobierno se definía por el centro y no por sus fronteras y se podía componer por otras ciudades tributarias sin pasar por una integración administrativa, es decir, estas ciudades conservan autonomía a cambio de reconocer una autoridad central. Dellios, Rosita, *Mandala: from sacred origins to sovereign affairs in traditional Southeast Asia*, CEWCES Research Papers, Paper 8, 2003, disponible en http://epublications.bond.edu.au/cewc-es_papers/8 (Fecha de consulta 9 de abril de 2014).

⁵⁷⁶“*The frontier between Siam and Cambodia starts, on the left shore of the Great Lake, from the mouth of the river Stung Roluos, it follows the parallel from that point in an easterly direction until it meets the river Prek Kompong Tiam, then turning northwards, it merges with the meridian from that meeting-point as far as the Pnom Dang Rek mountain chain. From there it follows the watershed between the basin of the Nam Moun, on the other hand, and joins the Pnom Padang chain the crest of which it follows eastwards as far as the Mekong. Upstream from that point, the Mekong remains the frontier of the Kingdom of Siam, in accordance with Article 1 of the Treaty of 3 October 1893*”. Article 1, Treaty of 13 February 1904, in *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962: I. C. J. Reports 1962, p. 16. [Traducción propia: “La frontera entre Siam y Camboya empieza en la orilla izquierda del Gran Lago a partir de la boca del río Stung Roluos siguiendo el paralelo desde ese punto con rumbo al Este hasta encontrarse con el río Prek Kompong Tiam, posteriormente dirigiéndose hacia el Norte se fusiona con el meridiano desde ese punto y hasta la cordillera de Pnom Dang Rek. A partir de ahí sigue a lo largo de la divisoria de aguas en la Cuenca del Nam Moun y se une a la cadena Pnom Padang siguiendo su

de un periodo razonable para manifestar su desacuerdo.

Esto motivado en la Corte haya estimado conveniente considerar que Tailandia lo consintirar citsint figura de la aquiescencia como "*qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*".⁵⁷⁹

La Corte tambiui hizo referencia al principio general de derecho de que "de queio general de derehoc potuisel propio errori, principio que considera norma establecida, al explicar que el error no se puede considerar como un vicio del consentimiento si la Parte que lo promueve es la misma que contribuyror n su propia conducta a él, si pudo haberlo evitado o si de las circunstancias se hubiera podido advertir el posible error."⁵⁸⁰

Derivado de los hechos que analize la Corte, esta estims se hubiera podido advertir el posible error.o si la Parte que lo promueve es la misma que tar su misicuerdo. ibutos, conocido como k habto, reconocía también como línea fronteriza a la marcada en dicho mapa, de acuerdo con la que situaba el Templo de Preah Vihear en territorio de Camboya.⁵⁸¹

La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 1962 señala que el Templo de Preah Vihear se encuentra situado en territorio de Camboya y bajo

⁵⁷⁹ El que calla parece que consiente si pudiera y debiera hablar. *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962: I. C. J. Reports 1962, p. 23.

⁵⁸⁰"[...] the plea of error cannot be allowed as an element of vitiating consent if the party advancing it contributed by its own conduct to the error, or could have avoided it, or if the circumstances were such as to put that party on notice of a possible error." *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962: I. C. J. Reports 1962, p. 26. [Traducción propia: "(...) no se puede permitir que se alegue el error como un element que vicie el consentimiento si la parte si la Parte que lo promueve es la misma que contribuyó con su propia conducta a él, o si pudo haberlo evitado o si de las circunstancias se hubiera podido advertir el posible error".]

⁵⁸¹*Case concerning the Temple of Preah Vihear* (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962: I. C. J. Reports 1962, p. 32.

su soberanía y que en razón de esto, Tailandia tiene la obligación de retirar cualquier fuerza militar o de policía, o cualesquiera otros guardias o custodios establecidos en el Templo o sus proximidades en territorio camboyano.⁵⁸²

Esta sentencia despertó manifestaciones de tailandeses inconformes y enojados e “incluso se llegó a señalar que había una conspiración comunista detrás de la sentencia de la Corte, pues su presidente debía ser un comunista polaco”. Después de la sentencia, Camboya tomó posesión oficialmente del Templo en 1963, pero en 1970 las fuerzas de los Khmer rojos ocuparon el Templo y hasta en 1992 se pudo abrir el Templo al turismo. Desde 1993 y hasta 1998, el Templo fue ocupado de nuevo por los Khmer rojos con apoyo de Tailandia.⁵⁸³

A mediados de los años 90, los ejércitos de ambos países crearon un Comité General Fronterizo con la finalidad de que solucionara el conflicto en la frontera. En el año 2000 se elaboró un memorándum de entendimiento mediante el que se creó una Comisión Fronteriza Conjunta que resolvería el problema de demarcación. Sin embargo, en los años siguientes de nuevo hubo pequeños enfrentamientos e incluso las tensiones se incrementaron debido a la reclamación hecha por Camboya sobre la propiedad de otros dos templos en la regiones de la frontera. En Phnom Penh, los disturbios en contra de Tailandia forzaron incluso a que se evacuara la embajada. Mejer señala que hay críticos que sugieren que el partido en el poder en Camboya, el Partido Popular Camboyano, tenía interés en que el aumento de protestas y señala también que como tanto el año 2003 como en el 2008, fueron años electorales en Camboya y en ambos se dieron protestas que se relacionaron con el conflicto del Templo de Preah Vihear.⁵⁸⁴

En el año 2003, se llevó a cabo una reunión conjunta de gabinete,

⁵⁸²*Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962: I. C. J. Reports 1962, pp. 36-37.

⁵⁸³ Meyer, Sonja, *op. cit.*, nota 551, p. 51.

⁵⁸⁴*Ibidem*, p. 57 - 58.

propuesta por el entonces primer ministro tailandés Thaksin Shinawatra, en la que ambos reinos acordaron una colaboración más estrecha. Además, se planeo la creación de un Comité conjunto que proponía a Preah Vihear como un proyecto piloto para la administración de los recursos naturales.

El conflicto en el Templo de Preah Vihear, no es nuevo, ni reciente. Las tensiones que aumentaron de nuevo en el año 2008, son parte de los incidentes que se han dado en la relación antagónica y controvertida entre estos dos Estados vecinos.

Ahora bien, a partir de 1990 los enfrentamientos relacionados con este conflicto habían disminuido sin embargo no dejaba de ser un tema importante; además, aunado al conflicto del Templo de Preah Vihear, la frontera definida en las costas junto a Koh Kong y Koh Kut, representa una preocupación y debate reciente. Esto, relacionado también, con el hecho de que se han encontrado reservas de gas y petróleo. La isla de Koh Kut, propiedad de Camboya se encuentra bajo control tailandés. Respecto a esta zona, el entonces primer ministro tailandés Thaksin Shinawatra planeo junto con Hun Sen el establecimiento de una zona económica especial y la construcción de un casino. Tailandia teme que empresas de países como Francia, Estados Unidos o China tuvieran intereses en las reservas de petróleo o gas y que Camboya apoyara sus demandas.⁵⁸⁵

Casi 50 años después de que la Corte Internacional de Justicia emitiera la sentencia de 1962; esto es, el 7 de julio de 2008 el Templo de Preah Vihear se incluyó en la lista del Patrimonio Mundial de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a pesar de la oposición de Tailandia.

Camboya presentó su solicitud a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en el año 2007.

⁵⁸⁵*Idem.*

Sonja Mejer,⁵⁸⁶ en un análisis del conflicto que realiza desde un punto de vista sociológico, señala que mediante la solicitud para la inscripción del Templo como Patrimonio Cultural de la Humanidad, presentada por el Partido Popular Camboyano, se pretendía apelar al orgullo nacional camboyano con la finalidad de ganar votos frente a la elección del Parlamento, en razón de que el Templo de Preah Vihear es un importante símbolo de identidad nacional con significado religioso que representa a la sobresaliente civilización del pueblo Khmer.

Es necesario mencionar además, que según señala la autora, el reconocimiento del Templo por la UNESCO representaría a Camboya un incremento a las ganancias derivadas del turismo, así como apoyos económicos para la reconstrucción y mantenimiento del Templo. Entonces, Tailandia expresó que debido a que la línea fronteriza no se encontraba precisada, la decisión de la UNESCO debía aplazarse al año siguiente; sin embargo en enero de 2008 el Ministerio de Defensa tailandés declaró que Camboya había presentado pruebas falsas con la finalidad de declarar de manera unilateral, a través de la UNESCO, la demarcación de la frontera.

En una visita realizada a Camboya, por el Primer Ministro tailandés Samak Sundaravey, propuso que la administración de la zona circundante al Templo se realizara de manera conjunta; además, su gobierno aceptó la decisión de la Corte Internacional de Justicia de 1962. Noppadon Pattama Ministro de Asuntos Exteriores tailandés firmo el 18 de junio de 2008 un comunicado mediante el que Tailandia aceptaba el registro del Templo de Preah Vihear como patrimonio cultural de la humanidad, aunque con la reserva de que se excluyera la parte oeste y norte del Templo. Sobre este asunto tuvo conocimiento el Tribunal Constitucional de Tailandia que declaró que Noppadon había violado la constitución y por lo tanto el gobierno se vio obligado a retirar su aprobación y Noppadom tuvo que dimitir.

Días después del 7 de julio de 2008, fecha en la que como ya se dijo, el Templo de Preah Vihear fue reconocido por la UNESCO como patrimonio

⁵⁸⁶*Ibidem*, p. 59.

cultural de la humanidad, personas que Mejer señala como partidarios ultranacionalistas de la Alianza Popular por la Democracia y del Grupo Dhammayatra ingresaron al área del Templo razón por la que se intensificó la presencia militar en ambos lados de la frontera. Ante esto, el Primer Ministro Samak se vio obligado por presiones internas a adoptar una posición nacionalista en defensa de la integridad territorial de Tailandia.

Por otro lado, el Comité General Fronterizo tampoco tuvo resultados y Camboya solicitó el apoyo del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, lo que motivó que el Secretario General pidiera a ambos países que solucionaran el conflicto.

En agosto de 2008, hubo enfrentamientos en relación con otros Templos cuya propiedad también reclama Tailandia. El 13 de octubre, Hun Sen dio al nuevo primer ministro tailandés Somchai Wongsawat como ultimátum, un plazo de 24 horas, para que las tropas tailandesas se retiraran, pues anteriormente de dieron enfrentamientos a balazos. Además, hubo soldados que resultaron heridos por minas terrestres, lo que representaría una violación de parte de Camboya a la Convención de Ottawa sobre la prohibición de minas terrestres de 1997. Camboya negó haber instalado nuevas minas.

Posteriormente, aún después de que se cumplió el plazo establecido como ultimátum se dieron más enfrentamientos y cuatro soldados perdieron la vida e incluso se evacuaron pueblos.

Ambas partes, rechazaron la mediación ofrecida por la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN por sus siglas en inglés) para la solución del conflicto, pues en su lugar utilizarían los medios bilaterales que estuvieran a su disposición. Sin embargo, se puede decir que el conflicto se agravó derivado de daños en el Templo que Camboya atribuye a Tailandia.

Es importante señalar que en diciembre de 2008 cambió el gobierno tailandés; asumiendo el poder, el Partido Demócrata mismo que había criticado las negociaciones de Samak, Somchai y el Partido del Poder Popular, que

calificó como flexibles.

Sonja Meyer señala que el conflicto es una lucha profundamente enraizada entre dos rivales desiguales, pues señala que Camboya considera al Templo como símbolo de su independencia y Tailandia considera que el conflicto representa un peligro para su soberanía e integridad, lo que además; puede constituir un precedente para decisiones sobre las zona de Koh Kong, que hemos mencionado anteriormente.

Camboya como *Nachbürgerkriegsgesellschaft* como lo señala Meyer en alemán, es decir, como una sociedad posterior a una guerra civil, está dividida por lo que es necesario formar una imagen de nación. Para la identidad de los camboyanos, el pasado del Reino Khmer y la religión, juegan un papel preponderante por lo que no se podría permitir al gobierno realizar concesiones, sin ser considerado como traidor a los intereses nacionales. Incluso el Primer Ministro Hun Sen señaló que el reconocimiento del Templo como Patrimonio Cultural de la Humanidad es una fuente de orgullo.

Por otro lado, en Tailandia se dio un golpe de Estado en el año 2006; además, en 2008 los disturbios en Bangkok aportaron un endurecimiento a los frentes en el conflicto sobre el Templo, que el Partido Demócrata utilizó para difamar al Partido del Poder Popular. Estos conflictos internos resultaron favorables para Camboya

El análisis de Sonja Meyer contiene un estudio desde diversos puntos de vista derivados de su consideración acerca de que *“Die Regierungen beider Länder machen sich den Konflikt in nationalistischen Rhetoriken und in Zeiten innenpolitischer Instabilitäten immer wieder als Legitimationsressource zu Nutze, sodass es scheint, als hätten beide Seiten ein gewisses Interesse ihn beizubehalten”*⁵⁸⁷ mediante la que acusa a las Partes de tener interés en que el

⁵⁸⁷ Meyer, Sonja, *op. cit.*, nota 568, p. 49. [Traducción propia: “(...) los gobiernos de ambos países convierten el conflicto en retórica nacionalista y en tiempos de inestabilidad política interna lo utilizan como fuente de legitimación, por lo que parece que ambas partes tienen cierto interés en que siga existiendo”.]

conflicto siga existiendo. Lo anterior, además de servir como introducción al análisis sociológico sobre los conflictos internos que pueden ser origen del mismo conflicto sobre el tema puede también representar una falta de confianza a la Corte Internacional de la Justicia, pues es un conflicto que ya se ha llevado a la jurisdicción de la Corte y no permanece ya como un conflicto meramente bilateral que puede ser o no resuelto por ambos países.

De acuerdo con Camboya, días después, el 15 de julio del mismo año varios soldados tailandeses cruzaron la frontera y ocuparon un área de territorio camboyano cercana al Templo en el sitio Keo Sikha Kiri Svava Pagoda.

Al respecto Tailandia envió una carta al Presidente del Consejo de Seguridad a través de su Embajador permanente ante Naciones Unidas en la que señaló que la zona ocupada desde el 15 de julio de 2008 pertenece a Tailandia y que además la interpretación de Camboya sobre la sentencia de la Corte Internacional es unilateral, pues ella la interpreta de manera distinta.

4.2 Solicitud de interpretación de la sentencia del 15 de junio de 1962 en el Caso relativo al Templo de Preah Vihear, entre Camboya y Tailandia

El 28 de abril de 2011 Camboya solicitó a la Corte Internacional de Justicia la interpretación de la sentencia dictada el 15 de junio de 1962 en el caso sobre el Templo de Preah Vihear entre Camboya y Tailandia. Esto con fundamento en los artículos 60 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y 98 de su Reglamento. Al mismo tiempo, solicitó que se indicaran medidas provisionales.

La solicitud de interpretación se presentó 49 años después de que la Corte emitió su sentencia sobre el caso del Templo de Preah Vihear. Esto, no representa un obstáculo para que la Corte pueda conocer de dicha solicitud y emitir una decisión, pues el artículo 60 del Estatuto de la Corte dispone que el fallo será definitivo e inapelable y que en caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las

partes.

Como se puede observar, dicho artículo no establece límites de tiempo para que la Corte realice la interpretación de una sentencia o fallo.

El Reglamento de la Corte contiene disposiciones, más específicas sobre la interpretación de fallos y en ellas tampoco se establece un plazo a las Partes para poder presentar una solicitud de interpretación.

La Corte Internacional de Justicia debe encontrarse en posibilidad de interpretar sus decisiones siempre que existan razones fundadas por las Partes que lleven a considerar que existe entre ellas, como se menciona más adelante, una diferencia de opiniones sobre alguno o algunos puntos específicos de la sentencia. De esta manera, la Corte interviene para solucionar un conflicto que ha surgido y que no puede dejar de atender, sin importar cuánto sea el tiempo que haya pasado desde la emisión de la sentencia, pues es posible que las Partes hayan convivido sin que se presentara ninguna diferencia sobre la cuestión decidida, al no haberse presentado acontecimientos que desencadenaran un conflicto entre ellas.

Sin embargo, cuando se presenta un conflicto que deriva de diferencias de entendimiento de la sentencia de la Corte, no es posible dejarlo sin solución y mucho menos, sin que se acceda a los medios que lleven a ella.

En una de las audiencias sobre la solicitud de interpretación y de medidas provisionales, al argumentar a favor de Tailandia, James Crawford, sostuvo que el tiempo transcurrido entre la sentencia y la solicitud de que se interpretara, no es relevante, porque el artículo 60 del Estatuto no establece un límite de tiempo para presentar una solicitud de este tipo, pues lo trascendente es que pudiera presentarse una incompatibilidad debido a que la interpretación de la sentencia, regresa a su texto, mientras que al relacionarse con la conducta futura de las Partes, una solicitud de medidas provisionales, genera se relaciona tensión

entre ambas, la cual se agudiza entre más tiempo pasa.⁵⁸⁸

Al respecto, debe considerarse que si bien la Corte debe retomar lo que sustentó al emitir una sentencia, ello no significa que retroceda en el tiempo; es decir, al momento en que la emitió; lo que sucede es que simplemente debe analizar lo que sostuvo en ella, pues es innegable que sigue vigente.

Cuando conjuntamente con la interpretación de una sentencia, se solicitan medidas cautelares, la procedencia de estas y su otorgamiento, debe analizarse, a la luz de los acontecimientos que se considere los motivan, para así precisar tanto dicha procedencia, como la forma y términos en que habrán de otorgarse, los que no podrán ir más allá, ni contrariar y menos aún versar sobre situaciones no resueltas en el fallo.

En su opinión disidente, el Juez Donoghue señaló que no es necesario que un Estado otorgue su consentimiento, por separado, al procedimiento previsto en el artículo 60 del Estatuto, pues el consentimiento que dio a la Corte para conferirle competencia para conocer un caso, contiene de manera implícita el consentimiento para un futuro procedimiento de interpretación. También, sostuvo que derivado de que el artículo 60 no señala un plazo para presentar una solicitud de interpretación, se puede considerar que un Estado se encuentra sujeto, indefinidamente, a la competencia de la Corte para interpretar una sentencia. Por lo anterior, consideró que la competencia de la Corte para interpretar una sentencia es inusualmente indeleble y duradera.⁵⁸⁹

En opinión del Juez Donoghue, en un caso sobre interpretación, la Corte no puede aplicar la sentencia de 1962 a conductas realizadas actualmente, ni

⁵⁸⁸ Crawford, James, *Pleadings*, Public sitting held on Tuesday 31 May 2011, at 5 p.m., at the Peace Palace, President Owada presiding, in the case concerning the Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), CR 2011/16, p. 18.

⁵⁸⁹ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. 2011, Dissenting Opinion of Judge Donoghue, p. 2, para. 7.

decidir que alguna de las Partes es responsable por tales conductas, tampoco puede imponer remedios a las Partes, señaló que tampoco puede delimitar una frontera o decidir sobre la soberanía de las Partes y que lo único que puede hacer la Corte es aclarar el sentido y alcance la sentencia de 1962.⁵⁹⁰

También, sostuvo que la interpretación y revisión de sentencias son procedimientos sumarios y expeditos. El fundamento que propone al respecto, es el artículo 98 del Reglamento de la Corte que señala que al realizar la interpretación de una sentencia sólo se pueden presentar observaciones escritas una vez, a menos que la Corte considere que es necesario que se lleven a cabo procedimientos adicionales y no se contempla una audiencia en específico sobre medidas provisionales. El Juez agregó que para proteger los derechos de las Partes, puede acelerar su interpretación y que en circunstancias inusuales podría emitir tan pronto como sea posible, una providencia de medidas provisionales en la que hubiera tenido que analizar la ley y pruebas.⁵⁹¹

En relación con lo anterior, se considera que la interpretación de sentencias no debe realizarse de manera más sumaria que la que se adopta al analizar un caso nuevo; tampoco debe analizarse con menos cuidado que aquel que se tiene cuando se analiza un caso por primera vez e incluso hacerse de manera mucho más cautelosa, pues ha surgido un conflicto nuevo derivado de una sentencia anterior.

Además, si bien el artículo 98 no prevé explícitamente la celebración de una audiencia destinada a escuchar los argumentos de las Partes sobre el otorgamiento de medidas provisionales, sí señala que la Corte puede dar oportunidad a las Partes de ampliar información por escrito u oralmente si determina que es necesario, entonces puede determinar necesario llevar a cabo una audiencia sobre medidas provisionales atendiendo también a que ni el Reglamento ni el Estatuto señalan que no puedan otorgarse medidas provisionales en un caso de interpretación y a que la Corte Internacional de

⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 3, para. 8.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 3, para. 9.

Justicia ya ha otorgado medidas provisionales en el caso sobre interpretación de la sentencia del caso Avena.

Entonces, el 18 de julio de 2011, la Corte Internacional de Justicia emitió una providencia mediante la que otorgó varias medidas provisionales.

Según se señaló en la misma providencia de la Corte, Camboya consideraba que Tailandia se encontraba en la creencia de que la soberanía de la primera se restringía al Templo, que no se extendía al área que lo rodea y que la frontera en el área del Templo no había sido reconocida por la Corte; y por lo tanto aún tenía que ser determinada por ella, de acuerdo a derecho.⁵⁹²

En su solicitud, Camboya señaló que en la cláusula operativa de la sentencia de 1962 la Corte determinó que “el Templo de Preah Vihear se encuentra situado en territorio bajo la soberanía de Camboya” y que considera que la Corte, conclusión a la que la Corte no hubiera llegado si antes no hubiera reconocido legalmente que en el área en cuestión existe una frontera legalmente establecida entre las Partes;⁵⁹³ frontera que además ambas partes reconocieron desde la línea fijada en el mapa trazado en 1907 por la Comisión Mixta Franco-Siamesa y que Camboya presentó como anexo a su memorial.⁵⁹⁴

Asimismo sostuvo, que de acuerdo con el segundo párrafo de la cláusula operativa de la sentencia de 1962, Tailandia tiene la obligación de retirar cualquier fuerza policiaca o militar u otros guardias o guardianes que haya situado en el Templo o en sus proximidades en territorio camboyano,

⁵⁹²*Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports 2011, p. 538, para. 3.*

⁵⁹³*Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 28 April 2011, pp. 8-9, para. 4.*

⁵⁹⁴*Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)(Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, p. 538, para. 1.*

obligación derivada del hecho de que esta zona se encuentra en territorio bajo la soberanía de Camboya; además de que el establecimiento de una frontera no habría sido posible si no existiera una interpretación clara sobre el sentido y alcance de la sentencia de 1962.⁵⁹⁵

Tailandia solicitó a la Corte que se retire el caso de la lista general.⁵⁹⁶

En seguida, la Corte Internacional de Justicia señala que recibió la solicitud de medidas provisionales en el marco de una solicitud de interpretación de una sentencia,⁵⁹⁷ de acuerdo con el artículo 60 del Estatuto, por lo que primero, debía analizar si era procedente conocer de la solicitud de interpretación para lo que debía cumplir con los requisitos que dicho artículo establece.

En relación con lo anterior, la Corte señaló que su competencia, basada en el artículo 60 del Estatuto, no se encuentra preconditionada a que la Corte tenga competencia en el caso original, por lo que aún cuando el sustento de su competencia en éste hubiera caducado, de acuerdo con el artículo 60 del Estatuto puede conocer de la solicitud de interpretación.⁵⁹⁸

Al mencionar el sustento de la competencia de la Corte que hubiera caducado, se refiere a la declaración de Tailandia del 20 de mayo de 1950 mediante la que aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia y que fue el fundamento para decidir el caso de 1962. Sin embargo, Tailandia no renovó su declaración que caducó y por ello, el Juez Donoghue

⁵⁹⁵*Ibidem*, p. 538, para. 2.

⁵⁹⁶*Ibidem*, p. 541, para. 18.

⁵⁹⁷ La Corte otorgó medidas provisionales en el marco de una solicitud de interpretación de una sentencia en el caso *Avena: Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 16 July 2008, I. C. J. Reports 2008, 311.

⁵⁹⁸*Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, p. 542, para. 21.

consideró que al haber caducado esta declaración, la Corte ya no tiene competencia para decidir cuestiones nuevas, cuestiones sobre soberanía, establecer fronteras, decidir sobre la responsabilidad de un Estado u ordenar que las Partes se conduzcan de cierta manera.⁵⁹⁹

La Corte es competente para interpretar la sentencia con base en el artículo 60, en virtud de que el mismo señala que la Corte puede interpretar una sentencia, siempre que exista una controversia respecto a su sentido o alcance.

En cuanto a la competencia de la Corte para otorgar medidas provisionales en un caso sobre interpretación de una sentencia, señaló que no es necesario que se garantice de manera definitiva la existencia de una controversia, según el artículo 60 del Estatuto, sino que es suficiente con que *prima facie* parezca que tal controversia existe.⁶⁰⁰

La controversia que debe existir, de acuerdo con el artículo 60 del Estatuto, es aquella que verse sobre el alcance o sentido de la sentencia cuya interpretación se solicita; es decir, cuando las Partes tienen opiniones diferentes sobre tales cuestiones.

El artículo 60 del Estatuto no establece que la controversia deba manifestarse de manera formal, por lo que no es necesario que la existencia de la controversia se hubiera manifestado por medios formales, como negociaciones diplomáticas.⁶⁰¹

Así, determinar que la Corte es competente para realizar la interpretación de una sentencia, no requiere que se cumplan los mismos criterios necesarios

⁵⁹⁹ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. 2011, Dissenting Opinion of Judge Donoghue, p. 7, para. 27.

⁶⁰⁰ *Ídem.*

⁶⁰¹ *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)*, Judgment No. 11, of December 16th, 1927, P. C. I. J., Series A, No. 13, 1927, pp. 10-12.

para determinar que es competente cuando la controversia se base en el numeral 2 del artículo 36.⁶⁰²

También, la Corte señaló, como ya lo había hecho en casos anteriores, que la interpretación de sentencias que prevé el artículo 60 del Estatuto debe versar sobre la cláusula operativa de la sentencia y no sobre sus fundamentos a menos, que estos sean inseparables de la cláusula operativa.⁶⁰³

En el caso sobre la solicitud de interpretación de la sentencia sobre el Templo de Preah Vihear, entre Camboya y Tailandia, la Corte determinó que existía entre las partes, una controversia en cuanto al sentido o alcance de la sentencia que emitió en 1962.

La conclusión anterior, deriva del análisis realizado de las manifestaciones presentadas por las Partes.

Camboya, manifestó que existía una controversia con Tailandia sobre el sentido y alcance de la sentencia emitida por la Corte en 1962, porque esta reconoció en ella, la frontera marcada entre ambos Estados y a partir de ello, concluyó que el Templo se encuentra en territorio de Camboya e impuso a Tailandia la obligación de retirar las fuerzas que tuviera en el Templo o sus alrededores, en territorio camboyano; Camboya considera que esta obligación es de carácter general y continuo, lo que da lugar a que exista otra controversia y Camboya también señaló que existía un desacuerdo en cuanto al sentido y alcance la de frase “*vicinity on Cambodian territory*”⁶⁰⁴ que se utilizó para designar el área que debía permanecer libre de fuerzas tailandesas y que Tailandia al considerar que la frontera no se encontraba establecida, se refiere a él como territorio más allá del precinto estricto del Templo y ocupa el área sin

⁶⁰²Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)(*Cambodia v. Thailand*), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, p. 542, para. 22.

⁶⁰³ *Ibidem*, p. 542, para. 23.

⁶⁰⁴ La traducción literal de esta frase sería: *vecindad en territorio camboyano*, pero su significado debe analizarse también dentro del contexto del caso.

importar lo señalado en la sentencia.⁶⁰⁵

Por su parte, Tailandia⁶⁰⁶ sostuvo que no existía una controversia sobre el significado o alcance de la sentencia de 1962, pues no controvierte el hecho de que el Templo de Preah Vihear se encuentra en territorio de Camboya, ni la existencia de una obligación instantánea de retirar a sus fuerzas del territorio camboyano, con la que además señala, cumplió. Con base en esto, sostiene que la Corte no es competente para pronunciarse sobre la solicitud de interpretación presentada por Camboya.

De acuerdo con Tailandia, Camboya busca con esta solicitud, que la Corte decida que la frontera entre ambos deriva del mapa analizado en 1962 al que las Partes se han referido como “Anexo I”, ya que si bien la Corte se basó en éste mapa para decidir que el Templo se encuentra en Camboya, no dedujo que toda la frontera en ésta área se derivara de tal mapa. Además, para Tailandia, la Corte se negó a resolver sobre la naturaleza jurídica del mapa y la línea fronteriza en el área en disputa.

Derivado de las posturas anteriormente señaladas, la Corte Internacional de Justicia, señaló que existe entre las Partes, diferencia de opiniones en cuanto al sentido o alcance de la frase “*vicinity on Cambodian territory*”, misma que parece tener relación con la obligación impuesta a Tailandia de retirar a sus fuerzas, guardias o guardianes y en particular con la cuestión sobre el carácter de tal obligación; así como con la cuestión sobre si la Corte reconoció con fuerza vinculante que la línea en el mapa antes mencionado, representa la frontera entre las Partes.⁶⁰⁷

Como sustento a lo anterior, la Corte recuerda que en el caso *Factory at*

⁶⁰⁵*Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)(Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, p. 543, paras. 25-28.*

⁶⁰⁶*Ibidem*, pp. 543 - 544, paras. 29 - 30.

⁶⁰⁷*Ibidem*, p. 544, para. 31.

Chorzów la Corte Permanente determinó que cuando hay una diferencia de opiniones sobre si se decidió algún punto determinado con fuerza vinculante o no, también constituye un caso al que resulta aplicable el artículo 60 del Estatuto.⁶⁰⁸

4.3 Medidas provisionales

Camboya presentó una solicitud de medidas provisionales al pedir la interpretación del fallo de 1962. La primera vez que la Corte Internacional de Justicia otorgó medidas cautelares al realizar la interpretación de uno de sus fallos fue en el Caso Avena.⁶⁰⁹

Camboya pidió, mientras espera la sentencia sobre la solicitud de interpretación, el otorgamiento de las siguientes medidas provisionales:

1. El retiro inmediato e incondicional de todas las fuerzas tailandesas de aquellas partes del territorio camboyano en el área del Templo de Preah Vihear.
2. La prohibición de toda actividad militar de Tailandia en el área del Templo de Preah Vihear.
3. Que Tailandia se abstenga de cualquier acto o acción que pudiera interferir con los derechos de Camboya o agravar el conflicto del procedimiento principal.⁶¹⁰

⁶⁰⁸*Idem.*

⁶⁰⁹*Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America), Provisional Measures, Order of 16 July 2008, I. C. J. Reports 2008, p. 311.*

⁶¹⁰*Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Request by the Kingdom of Cambodia for the Indication of Provisional Measures, p. 2, para. 8.*

La Corte determinó otorgar las siguientes medidas:⁶¹¹

1. Ambas Partes, deben retirar inmediatamente su personal militar que se encuentre actualmente en la zona desmilitarizada provisional; abstenerse de tener presencia militar en dicha zona y abstenerse de cualquier actividad armada dirigida a tal zona.
2. Tailandia no obstruirá el libre acceso a Camboya al Templo de Preah Vihear o su abastecimiento de víveres frescos a su personal no militar en el Templo.⁶¹²
3. Ambas Partes, continuarán la cooperación que iniciaron con la ASEAN y en particular, permitir el acceso a la zona desmilitarizada provisional a los observadores designados por la organización.
4. Ambas Partes se abstendrán de realizar cualquier acción que pueda agravar o prolongar la controversia ante la Corte o que dificulte su resolución.

Es posible, como ya se mencionó, que la Corte otorgue medidas diferentes completa o parcialmente a las solicitadas como lo señala el segundo párrafo del artículo 75 de su Reglamento.⁶¹³

En virtud de lo anterior, y al considerar que por las circunstancias del caso, la Corte determinó que las medidas provisionales que otorgaría no debían ser las mismas ni estar limitadas por aquellas que solicitó Camboya. Además, derivado de su análisis de las circunstancias determinó que era

⁶¹¹*Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)(Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, p. 555, para. 69 (B), (1)-(4).*

⁶¹² En relación con esta medida provisional, la Corte determinó que no hay controversia en relación con que el Templo de Preah Vihear es propiedad de Camboya y señaló que por ello debía tener acceso libre al Templo y debía ser capaz de proveer a su personal, no militar, de víveres. *Ibidem*, p. 554, para. 65.

⁶¹³*Ibidem*, p. 551, para. 58.

posible otorgar medidas provisionales dirigidas a ambas Partes.⁶¹⁴

Así, decidió otorgar medidas que resultan diferentes a las solicitadas por Camboya. Sin embargo, esta decisión se basa no solamente en esa facultad otorgada por el Reglamento de la Corte sino también en la facultad que tiene de otorgar medidas provisionales para prevenir que el conflicto entre las Partes se agrave empeore; lo que es una preocupación de la Corte en el presente caso.⁶¹⁵

Es importante agregar, que la decisión de la Corte sobre medidas provisionales, no prejuzga de ninguna manera, sobre ninguna cuestión que tenga que analizar en relación con la solicitud de interpretación de la sentencia de 1962.⁶¹⁶

En opinión del Juez Donoghue, la competencia de la Corte para interpretar una sentencia no es tan amplia como la que otorga el artículo 36 del Estatuto y señala que no tiene claro si la Corte puede otorgar medidas provisionales en un caso de interpretación y que la solicitud de medidas provisionales es incidental al procedimiento limitado y especializado previsto en el artículo 60 del Estatuto.⁶¹⁷

Para decidir sobre el otorgamiento de esas medidas, la Corte debió analizar si se cumplía con los que ya se han mencionado.

El primero de ellos, es la existencia de una controversia ante la Corte. La Corte determinó que es posible considerar que entre las Partes existe una controversia relacionada con el sentido y alcance del fallo de 1962 de la que conocerá y resolverá; por lo que se puede considerar que la controversia en

⁶¹⁴*Ibidem*, p. 552, para. 60.

⁶¹⁵*Ibidem*, pp. 551-552, para. 59.

⁶¹⁶*Ibidem*, p. 554, para. 68.

⁶¹⁷ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)(Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. 2011, Dissenting Opinion of Judge Donoghue, p. 1, paras. 2 and 3.*

relación con la que se dictaron las medidas provisionales existía y que se cumplió con el primero de los requisitos.

También, la Corte determinó en principio, que contaría con la competencia para conocer del caso, por lo que tiene fundamento suficiente para poder otorgar las medidas provisionales.

Otra de las cuestiones que se debe analizar es la verosimilitud de los derechos de las Partes, pues, como ya se mencionó anteriormente, de acuerdo con el artículo 41 del Estatuto de la Corte, la finalidad de las medidas provisionales es preservar los derechos de las Partes.

Para ello, la Corte debe determinar cuáles son los derechos que corresponden a cada una de las Partes, por lo que se requiere garantizar su verosimilitud.

Camboya señaló que tiene derecho a que se respete su soberanía en el área del Templo de Preah Vihear y en general, su derecho a la integridad territorial, derechos para los que busca protección. También, agregó que es posible sostener la existencia de estos derechos, que afirma fueron determinados con fuerza vinculante por una sentencia de la Corte.⁶¹⁸

Por otro lado, Tailandia señaló que Camboya busca la protección de los derechos que dice tener según la decisión de 1962, refiriéndose a incidentes que ocurrieron en zonas lejos del Templo. Además, señaló que la Corte no emitió una decisión sobre tales incidentes o sobre los lugares en los que ocurrieron. También, sostuvo que Camboya no tiene un derecho que sea verosímil, bajo el artículo 60 del Estatuto, a obtener una interpretación en relación con tales incidentes. Agregó, que los derechos señalados en la solicitud de interpretación deben basarse en los hechos examinados en la sentencia de 1962 y no en hechos posteriores a tal decisión como aquellos a

⁶¹⁸*Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, p. 545, para. 35.*

los que, señaló Camboya se remite en su solicitud, pues ocurrieron mucho tiempo después de la sentencia de 1962 y de acuerdo con Tailandia, no son verosímiles para efectos de la solicitud de medidas provisionales.⁶¹⁹

Al respecto, el juez Cançado Trindade al emitir su opinión separada,⁶²⁰ consideró importante precisar que al encontrarse ante un caso de interpretación de una sentencia, la Corte puede considerar nuevos hechos que originaron la diferencia de opiniones, más cuando las Partes en el caso se han referido a dichos hechos. Esto, para realizar su labor judicial de interpretación de manera adecuada.

En cambio, señala, que cuando se solicita a la Corte la revisión de una sentencia, no se pueden tomar en cuenta hechos nuevos que se encuentren fuera del alcance de la revisión y pudieran dar lugar a una demanda nueva; es decir, a un nuevo caso.

De esa manera se encuentra establecido por el artículo 61 del Estatuto de la Corte, que dispone que es posible solicitar la revisión de un fallo solamente cuando dicha solicitud se funde en el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que pueda ser factor decisivo que lleve a alguna modificación de la sentencia. Además, es necesario que dicho hecho o hechos, en su caso, fueran desconocidos por la Corte, siempre que su desconocimiento no se deba a negligencia.

Sin embargo, lo anterior puede tomarse en consideración hasta el momento en que la Corte deba decidir sobre el fondo del asunto, en este caso la interpretación de la sentencia y no en este que se centra en la decisión sobre el otorgamiento de medidas provisionales.

Antes de proceder al análisis de los derechos de las Partes y su

⁶¹⁹*Ibidem*, p. 546, para. 36.

⁶²⁰ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. 2011, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade p. 11, paras. 37 and 38.*

verosimilitud, la Corte consideró pertinente señalar que el Artículo 60 del Estatuto no impone límites de tiempo para presentar una solicitud de interpretación de una sentencia. La Corte puede interpretar la sentencia siempre que exista una controversia sobre su alcance o sentido, pues además, tal controversia puede surgir como consecuencia de hechos posteriores a la emisión de tal sentencia.⁶²¹

La solicitud de revisión, a diferencia de una de interpretación que como se ha mencionado no esta sujeta a un plazo para su solicitud, debe solicitarse dentro del término de seis meses después de descubierto el hecho nuevo. Además, no será posible solicitar la revisión de un fallo cuando hubieran transcurrido diez años desde que fue emitido.

También, recordó que en este momento procesal, no es necesario que emita una decisión definitiva sobre la interpretación solicitada ni sobre los derechos que de ello deriven, sino que a fin de examinar la solicitud de medidas provisionales, solamente es necesario determinar que esos derechos sean al menos verosímiles.⁶²²

Las medidas provisionales también deben encontrarse vinculadas con los derechos que las partes manifiestan tener.

En relación con ello, Camboya⁶²³ sostuvo que el objetivo de las medidas provisionales que solicitó, es proteger los derechos que invoca en su solicitud de interpretación de la sentencia de 1962, es decir; su soberanía sobre el área del Templo de Preah Vihear y en términos más generales, su integridad territorial.

También, señaló que los reclamos territoriales de Tailandia involucran toda el área del Templo, así como áreas más allá de dicha área y lo que es posible notar por la presencia de fuerzas armadas tailandesas que Camboya

⁶²¹*Ibidem*, p. 546, para. 37.

⁶²²*Ibidem*, p. 546, para. 38 and 40.

⁶²³*Ibidem*, p. 547, para. 42.

solicitó fueran retiradas inmediata e incondicionalmente. De acuerdo con Camboya, su razón para solicitar las medidas provisionales es evitar el agravamiento del conflicto en el litigio principal.

En relación con lo anterior, Tailandia sostuvo que no se cumple con la condición sobre la existencia de un vínculo entre los derechos que son objeto del litigio principal con las medidas provisionales que se solicitan. Esto, porque en su opinión, la solicitud de Camboya se refiere a un tema que no puede ser objeto de interpretación, es decir la naturaleza del mapa marcado como “Anexo 1” que además señala, se basa en manifestaciones respecto de hechos ocurridos en un área lejana al Templo de Preah Vihear que no tienen relación con el área a que se refiere la solicitud de interpretación.⁶²⁴

La Corte señaló que Camboya solicitó precisar el significado y alcance de la cláusula operativa de su sentencia, en cuanto al grado de su soberanía en el área del Templo.

Asimismo, señaló que Camboya busca que en tanto se emite una decisión final, se protejan sus derechos de soberanía sobre el área mencionada que afirma derivan de la cláusula operativa de la sentencia de 1962.

La Corte concluyó que el objetivo que Camboya buscaba mediante su solicitud de medidas provisionales era proteger los derechos invocados en su solicitud de interpretación y consideró que la existencia del vínculo entre tales derechos y las medidas solicitadas quedaba demostrada.⁶²⁵

La Corte recordó a las Partes⁶²⁶ que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Miembros la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de

⁶²⁴*Ibidem*, p. 547, para. 43.

⁶²⁵*Ibidem*, p. 548, para. 45.

⁶²⁶*Ibidem*, p. 554, para. 66.

las Naciones Unidas⁶²⁷ y que los Miembros están obligados a arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos de manera tal que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.⁶²⁸ También, señaló que ambas Partes se encontraban obligadas por la Carta de las Naciones Unidas y por el derecho internacional general a respetar estos principios fundamentales del derecho internacional.

Finalmente, la Corte señaló que sus providencias de medidas provisionales tienen efectos vinculantes y por lo tanto, crean obligaciones jurídicas internacionales que ambas Partes deben cumplir; como lo determinó en los casos *LaGrand* y *Armed Activities on the Territory of the Congo*, respectivamente.⁶²⁹

A continuación, se hará referencia a otros requisitos que deben satisfacerse para otorgar medidas provisionales y a los que la Corte les dedicó especial atención en su providencia del 18 de julio de 2011.

4.3.1 Riesgo de perjuicio o daño irreparable y urgencia

Como ya se ha mencionado en el presente trabajo, de acuerdo con el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, otra de las condiciones necesarias para que la Corte decida otorgar medidas provisionales es que exista el riesgo de que se produzca un perjuicio o daño que sea irreparable y que se trate de un caso de urgencia.

En el caso de la solicitud de interpretación de la sentencia sobre el Templo de Preah Vihear, la Corte señaló que puede otorgar medidas provisionales cuando exista la posibilidad de que se produzca un daño

⁶²⁷ Artículo 2, numeral 4 de la *Carta de las Naciones Unidas*.

⁶²⁸ Artículo 2, numeral 3 de la *Carta de las Naciones Unidas*.

⁶²⁹ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011*, p. 554, para. 67.

irreparable a los derechos que sean objeto del proceso judicial.⁶³⁰

Como sustento a lo anterior, la Corte se refiere a lo establecido en las providencias de medidas provisionales para los casos *Avena*⁶³¹ y *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*⁶³² y de la siguiente manera en el caso sobre la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio entre Bosnia Herzegovina y Yugoslavia (Serbia y Montenegro) de 1993:

*Whereas the power of the Court to indicate provisional measures under Article 41 of the Statute of the Court has as its object to preserve the respective rights of the parties pending the decision of the Court, and presupposes that irreparable prejudice shall not be caused to rights which are the subject of dispute in judicial proceedings[...]*⁶³³

También, en la providencia de medidas provisionales para el caso del Templo de Preah Vihear, la Corte recordó que para poder otorgar medidas provisionales, debe determinar que se encuentra ante una situación de urgencia en el sentido de que el riesgo de perjuicio o daño irreparable que

⁶³⁰*Ibidem*, p. 548, para. 46.

⁶³¹*Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 16 July 2008, I.C.J. Reports 2008, p.p. 328, para. 65.

⁶³²*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, p. 21, para. 63.

⁶³³*Ibidem*, p. 19, para. 34. [Traducción literal: “ Considerando que la facultad de la Corte de otorgar medidas provisionales prevista de acuerdo con el artículo 41 del Estatuto de la Corte tiene la finalidad de preservar los respectivos derechos de las partes mientras se espera la decisión de la Corte, y presupone que no se ocasione daño irreparable a los derechos objeto de la controversia en litigio”.]

pueda causarse a los derechos controvertidos, debe ser real e inminente.⁶³⁴

Enseguida, la Corte analizó las posiciones de las Partes, para sustentar su postura respecto de ese requisito.

A partir de la postura de Camboya, la Corte retomó los señalamientos⁶³⁵ sobre los numerosos incidentes armados que presuntamente ocurrieron a partir del 15 de julio de 2008 a lo largo de su frontera con Tailandia, en el área del Templo de Preah Vihear, después de que este Templo fue incluido en la Lista del Patrimonio Mundial de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. También, de acuerdo con Camboya, estos incidentes causaron daños al Templo, pérdidas de vidas humanas y lesiones corporales. Las fechas, proporcionadas por Camboya, en las que presuntamente ocurrieron estos incidentes, son octubre del 2008; el 2 y 3 de abril de 2009; agregando el 4 y 7 de febrero de 2011 así como incidentes adicionales en abril de 2011.

La Corte también consideró lo sostenido por Camboya respecto a que Tailandia envió una carta con fecha de 21 de julio de 2008 al Presidente del Consejo de Seguridad, a través de su representante permanente ante la Organización de las Naciones Unidas, en la que señaló que ese gobierno reclamaba un área adyacente al Templo de Preah Vihear e indicaba que la frontera era objeto de negociaciones entre ambos Estados.

Además, según señaló Camboya, derivado de los incidentes antes referidos y por su iniciativa, se llevó a cabo la sesión del Consejo de Seguridad del 14 de febrero de 2011 en la que llamó a establecer un cese al fuego permanente entre las Partes y expresó su apoyo a la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático en sus esfuerzos para encontrar una solución al conflicto; en relación con esto último, Camboya detalló que el Presidente de la ASEAN

⁶³⁴*Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, p. 548, para. 47.*

⁶³⁵*Ibidem*, pp. 548-549, para. 48.

propuso enviar observadores al área para asegurar el cese al fuego y que dicha propuesta fracasó debido a las condiciones que Tailandia requería para aceptar.

La Corte hizo referencia igualmente, a otros incidentes señalados por Camboya, que sucedieron el 22 de abril de 2011 ya no solamente en el área del Templo de Preah Vihear, sino también a lo largo de la frontera, cerca de los Templos de Ta Moan/Ta Muen y Ta Krabei/Ta Kwai ubicados 150 kilómetros al oeste del Templo de Preah Vihear, aproximadamente.

Sin embargo, Camboya fue cuidadosa en precisar que estos incidentes no se encuentran incluidos en su solicitud de medidas provisionales.

Camboya sostuvo que los incidentes ocurridos en el área del Templo de Preah Vihear, mismos que atribuye a Tailandia, no solamente causaron daños irreparables al Templo, reconocido como Patrimonio Mundial por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura, sino que sobretodo ocasionaron la pérdida de vidas humanas, daños físicos y el desplazamiento de la población local.

Por lo anterior, Camboya solicitó a la Corte que otorgara medidas provisionales para detener la destrucción al Templo de manera definitiva, evitar que hubiese más víctimas y preservar los derechos sobre el área del Templo.

Además, sostuvo que a pesar de parecer que Tailandia ha respetado el cese al fuego negociado oralmente el 28 de abril de 2011 es posible sugerir, a partir de diversos hechos, que la situación es frágil y que existe el riesgo de que la controversia empeore y afirmó también, que el conflicto no ha cesado, sino que se trasladó a otra área, a 150 kilómetros al oeste del Templo.⁶³⁶

Asimismo, declaró que en caso de que su solicitud de medidas provisionales fuera rechazada y Tailandia continuara con su conducta, el daño al Templo de Preah Vihear, así como el sufrimiento humano y la pérdida de vidas humanas empeoraría. Por lo anterior, consideró que las medidas

⁶³⁶*Ibidem*, p. 549, para. 49.

provisionales eran urgentemente necesarias para salvaguardar sus derechos y para evitar el empeoramiento de la controversia.⁶³⁷

Por otro lado, la posición de Tailandia⁶³⁸ era que los incidentes armados fueron provocados por las fuerzas armadas de Camboya y que éstos causaron la pérdida de vidas humanas, lesiones corporales, el desplazamiento de habitantes y daños materiales en su territorio. Tailandia admitió haber respondido a los ataques, pero señaló que lo hizo con moderación y proporcionalidad, ejerciendo su derecho a la defensa propia.

Tailandia reconoció también los incidentes ocurridos entre el 4 y 7 de febrero de 2011, en diferentes puntos a lo largo de la frontera a una distancia aproximada de 10 kilómetros del Templo de Preah Vihear; así como los ocurridos entre el 22 de abril y 3 de mayo de 2011, pero señaló que a tales incidentes no los cubre la sentencia de 1962, debido a que sucedieron a una distancia de 150 kilómetros del Templo de Preah Vihear.

También, reconoció que el 26 de abril hubo intercambio de disparos con Camboya durante 20 minutos y sostuvo que el cese al fuego negociado el 28 de abril de 2011 se refiere al área de los templos Ta Moan/Ta Muen y Ta Krabei/Ta Kwai y no al Templo de Preah Vihear.

De acuerdo con Tailandia, para obtener medidas provisionales, Camboya sólo puede basarse en los incidentes que ocurrieron en febrero de 2011, pues el tiroteo ocurrido el 26 de abril de 2011 no produjo víctimas y otros incidentes ocurridos en ese mismo mes se llevaron a cabo lejos del área relacionada con la solicitud de interpretación, por lo que no existía un riesgo real e inminente de que un perjuicio o daño irreparable a los derechos en controversia pudiera producirse.⁶³⁹

A partir de lo anterior, la Corte solamente debía decidir si era necesario

⁶³⁷*Ibidem*, p. 549, para. 50.

⁶³⁸*Ibidem*, pp. 549-550, para. 51

⁶³⁹*Ibidem*, p. 550, para. 52.

otorgar medidas provisionales, por existir el riesgo de que se produjera algún daño a los derechos de las Partes y no se requería que se pronunciara de manera definitiva sobre alguna cuestión en particular.

Para ello, destacó que es evidente que entre las Partes, se produjeron enfrentamientos armados en el área del Templo de Preah Vihear. Tales enfrentamientos iniciaron y han continuado desde el 15 de julio de 2008, particularmente entre el 4 y 7 de febrero de 2011; sus consecuencias han sido muertes de personas, lesiones y desplazamientos de habitantes de la región, sin olvidar, el daño sufrido por el Templo y la propiedad asociada con él. También, tomó en cuenta que el 14 e febrero de 2011, el Consejo de Seguridad pidió un alto el fuego en apoyo a la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático en su búsqueda de una solución para el conflicto, así como la propuesta de la misma Asociación de desplazar observadores y que no fue aceptada debido a la falta de acuerdo entre las Partes. De igual forma, la Corte observó que a pesar de lo anterior, hubo otro intercambio de fuego entre las Partes el 26 de abril de 2011.⁶⁴⁰

Con relación al cese el fuego, la Corte recordó que su existencia no la priva de los derechos y obligaciones que le pertenecen;⁶⁴¹ es decir, las negociaciones que hubieran ocurrido para alcanzar el acuerdo sobre cese el fuego no deben ser un obstáculo para que la Corte actúe como lo considere pertinente.

Como sustento de lo anterior, citó la providencia de medidas provisionales que emitió para el caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, en la que como en el caso en análisis se llegó, mediante mediación, a un acuerdo de cese el fuego entre las Partes y la Corte determinó que “[...] *this circumstance does not, [...] deprive the Court of the rights and duties pertaining*

⁶⁴⁰*Ibidem*, pp. 550-551, para. 53.

⁶⁴¹*Ibidem*, p. 551, para. 54.

to it in the case brought before it."⁶⁴²

Finalmente, la Corte Internacional de Justicia concluyó, a partir de analizar las cuestiones anteriormente referidas, especialmente relacionadas con el riesgo de que se produzca un daño irreparable a los derechos de las Partes, que:⁶⁴³

- a. Los derechos que Camboya afirmaba poseer, en los términos de la sentencia de 1962, en el área del Templo, podían sufrir un perjuicio irreparable como resultado de las actividades militares en esa área, que podía derivarse particularmente de la pérdida de vidas, las lesiones corporales y del daño que se causara al Templo de Preah Vihear y a la propiedad unida a él.
- b. Existían pretensiones antagónicas relacionadas con el territorio que rodea al Templo de Preah Vihear.
- c. La situación en el área del Templo de Preah Vihear continuaba siendo inestable y podía deteriorarse.
- d. Debido a la persistencia de las tensiones y a la ausencia de una solución al conflicto existía un riesgo real e inminente de que se produjera un perjuicio irreparable a los derechos reclamados por Camboya.
- e. Existía urgencia.

Por las anteriores razones, la Corte determinó que en éste caso, podía otorgar medidas provisionales, pues las condiciones así lo requerían.⁶⁴⁴

⁶⁴²*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I. C. J. Reports 1996, p. 22, para. 37. [Traducción propia: "(...) esta situación no (...) priva a la Corte de los derechos y deberes que le pertenecen en el caso que le ha sido presentado."]*

⁶⁴³*Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, p. 551, paras. 55 and 56.*

⁶⁴⁴*Ibidem, p. 551, para. 57.*

4.3.1.1 La pérdida de vidas humanas como elemento del daño irreparable a los derechos de las Partes

Es importante mencionar que la Corte consideró a la pérdida de vidas humanas y a las lesiones corporales como un elemento de daño o perjuicio irreparable a los derechos de Camboya. Al respecto se puede señalar que la Corte es consistente en esta consideración pues en el caso entre Camerún y Nigeria resaltó la interconexión que existe entre la preservación de la soberanía territorial y la protección de las personas en el territorio.⁶⁴⁵

En la Orden con fecha de 15 de marzo de 1996 del mismo caso citado anteriormente, la Corte señaló que los derechos de soberanía reclamados por las Partes involucran los derechos de personas. Sobre este mismo tema la Corte consideró que los acontecimientos en ese caso, especialmente el asesinato de personas, causaron un daño irreparable a los derechos de las Partes y que por lo tanto, las personas en el área como los derechos de las Partes se encontraban en riesgo de sufrir daños irreparables.⁶⁴⁶

En el caso entre Camerún y Nigeria, el Juez Ajibola emitió una opinión

⁶⁴⁵ Tanaka, Yoshifumi, *op. cit.*, nota 280, p. 204.

⁶⁴⁶ “Whereas the rights at issue in these proceedings are sovereign rights which the Parties claim over territory, and whereas these rights also concern persons [...] Whereas the events that have given rise to the request, and more especially the killing of persons, have caused irreparable damage to the rights that the Parties may have over the Peninsula; whereas persons in the disputed area and, as a consequence, the rights of the Parties within that area are exposed to serious risk of further irreparable damage”. *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I. C. J. Reports 1996, pp. 22 and 23, paras. 39 and 42. [Traducción propia: Considerando que los derechos en consideración en este caso son derechos de soberanía que las partes reclaman sobre cierto territorio y considerando que estos derechos involucran también a personas (...) Considerando que los eventos que han originado la solicitud, y más especialmente el asesinato de personas, han causado daños irreparables a los derechos que las Partes puedan tener sobre la Península; considerando que las personas en el área en disputa y, como consecuencia, los derechos de las partes en esa área se encuentran expuestos a un riesgo serio de mayor daño irreparable”.]

separada en la que señaló que las medidas provisionales siempre han tenido un elemento de protección y preservación de la vida humana y / o de la propiedad sin importar que hubieran sido dictadas para la preservación de los derechos de las partes, para evitar el empeoramiento o extensión de la controversia o para evitar algún acto que cause un daño irreparable o un perjuicio a las Partes.⁶⁴⁷

El Juez Koroma, en su declaración para el mismo caso, sostuvo que la posibilidad de que resulten en daños irreparables que incluyan más pérdidas de vidas humanas por la participación militar es razón suficiente para que la Corte por su propia cuenta otorgue medidas provisionales.⁶⁴⁸

Debido a las condiciones, de interpretación de la sentencia para el caso del Templo de Preah Vihear, la Corte consideró que las medidas que debía indicar no tenían que ser las mismas o limitarse a aquellas solicitadas por Camboya, pues era posible que volvieran a ocurrir enfrentamientos armados y que por lo tanto, las fuerzas armadas deberían ser excluidas provisionalmente de una zona alrededor del área del Templo con la finalidad de prevenir que ocurrieran daños irreparables, por la cual la Corte consideró necesario definir una zona que debía mantenerse provisionalmente libre de todo personal militar, sin perjuicio de la administración normal, ni de la presencia del personal no militar necesario para asegurar la seguridad de las personas y la propiedad.

Para Shabtai Rosenne, el caso sobre Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Terán, fue el primero en el que la Corte utilizó una providencia sobre medidas provisionales para demostrar su preocupación sobre el bienestar de seres humanos y para hacer un pronunciamiento general sobre cuestiones jurídicas esenciales planteadas en el caso.⁶⁴⁹

⁶⁴⁷ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I. C. J. Reports 1996, Separate Opinion Judge Ajibola, p. 53.

⁶⁴⁸ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I. C. J. Reports 1996, Declaration Judge Koroma, p. 30.

⁶⁴⁹ Rosenne, Shabtai, *op. cit.*, nota 150, p. 103-104.

En la orden de medidas provisionales de 15 de marzo de 1996 para el caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* se incluyó la protección a las vidas humanas en el territorio en disputa, pues de acuerdo con lo señalado por la Corte los derechos de soberanía de las partes en disputa sobre el territorio, comprenden también a las personas. A este respecto, manifestó lo siguiente:

*Whereas the rights at issue in these proceedings are sovereign rights which the Parties claim over territory, and whereas these rights also concern persons; and whereas armed actions have regrettably occurred on territory which is the subject of proceedings before the Court [...]*⁶⁵⁰

4.3.2 La creación de una zona desmilitarizada provisional

La primera medida provisional dictada por la Corte se refiere a la creación de una zona desmilitarizada provisional. Las Partes deben abstenerse de contar con presencia militar en esa zona; así como abstenerse de toda actividad armada dirigida a dicha zona.⁶⁵¹

La Corte, determinó que la creación de esa zona desmilitarizada provisional, era necesaria al advertir que el área del Templo de Preah Vihear había sido escenario de enfrentamientos armados entre las Partes y que tales enfrentamientos podían volver a ocurrir. Además, consideró que era su deber asegurar que no se causaran daños irreparables a las personas, ni a los

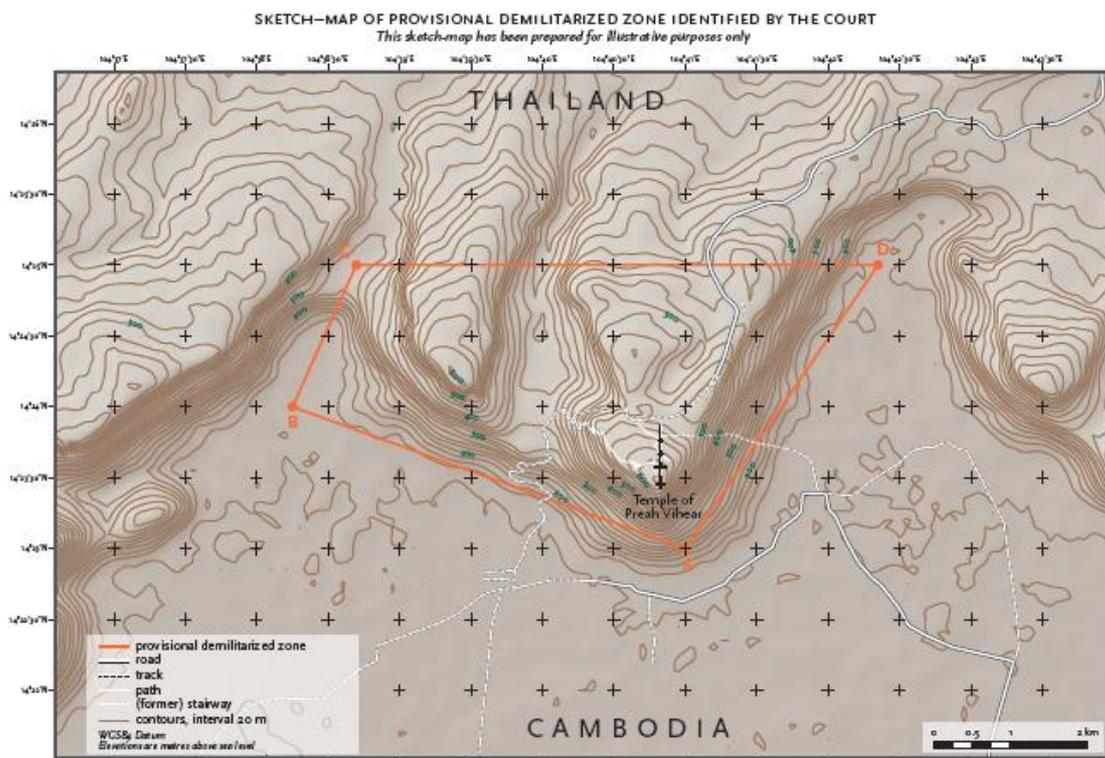
⁶⁵⁰*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I. C. J. Reports, p. 22 para. 39. [Traducción propia: “Considerando que los derechos en consideración en el presente caso son derechos de soberanía que las Partes reclaman sobre cierto territorio, y considerando que estos derechos también involucran a personas; y considerando que desafortunadamente se han realizado acciones armadas en el territorio objeto de los procedimientos ante la Corte (...).”]

⁶⁵¹*Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, p. 555, para. 69 (B) (1).

inmuebles en esa área, mientras se estuviera a la espera de la sentencia sobre la solicitud de interpretación.⁶⁵²

En el párrafo 62 de la providencia de medidas provisionales la Corte delimitó, por coordenadas, dicha zona desmilitarizada provisional.⁶⁵³

Dicha zona se encuentra representada en el mapa,⁶⁵⁴ también incluido en la providencia y que se reproduce a continuación:



Sobre la delimitación de esa zona, en opinión del Juez Koroma, la Corte consideró que su tamaño debía ayudar a minimizar el riesgo de que volvieran a ocurrir enfrentamientos armados que incluyeran disparos en el área en disputa, mientras el caso se encontrara pendiente de resolver. El Juez consideró

⁶⁵²*Ibidem*, p. 552, para. 61.

⁶⁵³*Ibidem*, p. 552, para. 62.

⁶⁵⁴*Ibidem*, p. 553

importante recordar que esta zona es temporal y que no afecta los derechos que las Partes reclaman.⁶⁵⁵

En su declaración para el caso *Land and Maritime Boundary* entre Camerún y Nigeria, en el Juez Shahabuddeen sostuvo que el establecimiento de una referencia física sería un elemento esencial de una medida provisional que limite el movimiento de fuerzas armadas. Sin embargo, también señaló que en ese caso dicha referencia no pudo establecerse debido a la falta de pruebas adecuadas.⁶⁵⁶

Derivado de ello, los Jueces Weeramantry, Shi y Vereshchetin manifestaron en una declaración conjunta que la orden de la Corte en la que señaló que las Partes debían asegurar que la presencia de fuerzas armadas no se extendiera más allá de los lugares en los que se encontraban antes de 3 de febrero de 1996, permitía a las Partes, determinar la posición en la que se encontraban y actuar de acuerdo con lo que ellas determinaran, aunque también consideraron que las posturas de las Partes, podrían ser contradictorias y permitir que hubiera lugar a confusiones.⁶⁵⁷

A partir de lo anterior, puede considerarse que la delimitación de la zona desmilitarizada provisional tiene el propósito de establecer de manera clara el área que la Corte busca proteger para evitar daños a los derechos de las Partes.

⁶⁵⁵*Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports, Declaration of Judge Koroma, pp. 1 and 2, paras. 3 and 4.

⁶⁵⁶ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I. C. J. Reports 1996, Declaration of Judge Shahabuddeen, p. 28.

⁶⁵⁷ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I. C. J. Reports 1996, Joint Declarations of Judges Weeramantry, Shi and Vereshchetin, p. 31.

En la providencia de medidas provisionales la Corte señaló que para considerar que las Partes han cumplido con ella, en relación con la zona desmilitarizada provisional, deben:⁶⁵⁸

- a. Retirar a todo su personal miliar.
- b. Abstenerse de contar con presencia militar en la zona, así como de realizar actividades armadas que se dirijan a la zona.
- c. Continuar su cooperación con la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático y particularmente, permitir que los observadores designados por ella, tengan acceso a la zona.

El Juez Hisashi Owada, emitió una opinión disidente en relación con la providencia sobre medidas provisionales, manifestando que se encontraba en contra del establecimiento de la zona desmilitarizada provisional.⁶⁵⁹

Al respecto, sostuvo que al establecer dicha zona, la providencia de la Corte Internacional de Justicia va más allá de los límites inherentes a las medidas provisionales, las cuales son esencialmente incidentales al asunto principal. Este carácter incidental, de acuerdo con el Juez, limita el ámbito de la solicitud de interpretación y la competencia de la Corte, así como el alcance de las medidas provisionales que pudiera otorgar si las circunstancias lo requieren.

En relación con lo anterior, el Juez menciona que en 3 casos anteriores la Corte había señalado, como medidas provisionales, la obligación de las Partes de retirar sus fuerzas armadas de un área determinada.⁶⁶⁰

⁶⁵⁸ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, p. 554, paras. 63 and 64.

⁶⁵⁹ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports, Dissenting Opinion of President Owada, p. 1, paras. 1 and 2.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 1, paras. 5 and 6.

En uno de esos casos la Corte determinó que las Partes debían respetar el cese el fuego y retirar a sus fuerzas armadas para permanecer en determinadas posiciones, lo que determinarían mediante un acuerdo celebrado entre ellas.⁶⁶¹ En otro de ellos, se determinó que las fuerzas armadas debían retirarse a las posiciones en las que se encontraban en una fecha determinada⁶⁶² y en el último, impuso a las Partes la obligación de abstenerse de enviar o mantener al territorio en conflicto a cualquier tipo de personal.⁶⁶³

Sin embargo, como señaló el Juez Owada, en ninguno de esos casos la Corte delimitó de manera artificial una zona que abarcara territorio soberano de las Partes, además de que consideró que la Corte delimitó dicha zona sin justificación legítima.⁶⁶⁴

Agregó que si esa zona hubiera sido delimitada respetando el principio de soberanía de las Partes y con el alcance de la competencia que se atribuyó a la Corte en el contexto específico del caso, aceptaría delimitación de la zona.⁶⁶⁵

Sostuvo también, que a diferencia de lo que sucedió en los casos anteriormente citados en los que la Corte determinó que las Partes debían retirar a su personal únicamente del territorio en disputa, en éste la Corte ordenó que a las Partes que retiraran a su personal de cierta parte de su propio

⁶⁶¹ *Frontier Dispute, Provisional Measures, Order of 10 January 1986*, I. C. J. Reports 1986, p. 12, para. 32, (1) (C) and (D).

⁶⁶² *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Provisional Measures, Order of 15 March 1996*, I. C. J. Reports 1996, p. 24, para. 49 (3).

⁶⁶³ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, p. 27, para. 86 (1).

⁶⁶⁴ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports, Dissenting Opinion of President Owada, pp. 2-3, paras. 7 and 9.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, p. 3, para. 8.

territorio respecto del que no se controvierte que las Partes pueden ejercer plenamente su soberanía.⁶⁶⁶

Para el Juez Awn Shawkat Al-Khasawneh la facultad de la Corte para otorgar medidas provisionales es amplia y por ello debe ejercitarla con prudencia. Por esto, consideró que la medida consistente en delimitar una zona desmilitarizada provisional es excesiva pues los derechos en cuestión pudieron ser protegidos si, como en casos anteriores, hubiera ordenado que las Partes se abstuvieran de realizar actividades militares. Agregó, que en tiempos actuales la demarcación de una zona desmilitarizada provisional es obsoleta, pues se ve rebasada por los desarrollos modernos en artillería, misiles y proyectiles.⁶⁶⁷

El Juez Xue opinó por su parte, que bastaba con que la Corte ordenara a las Partes que se abstuvieran de llevar a cabo actividades armadas en el área del Templo, pues esto sería suficiente para preservar los derechos de las Partes y que por tratarse de un caso de interpretación en esta etapa incidental, no había una necesidad real de establecer un área de desmilitarización.⁶⁶⁸

El Juez Donohue consideró que con las medidas provisionales otorgadas por la Corte, se imponen restricciones a las fuerzas armadas de ambas Partes que se extienden más allá del área en conflicto y sostuvo que no encuentra el

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 3, para. 9.

⁶⁶⁷ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports, Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh, pp. 564 and 565.

⁶⁶⁸ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports, Dissenting Opinion of Judge Xue, p. 611.

fundamento de la competencia para otorgar estas medidas que consideró expansivas.⁶⁶⁹

En sentido similar, opinó el Juez Xue quien además recordó que al otorgar medidas provisionales en relación con controversias sobre territorio, la Corte había optado por centrarse solamente en tales territorios, sin ir más allá de dichas áreas.⁶⁷⁰

Dicho juez señaló que de acuerdo con el artículo 41 del Estatuto se puede considerar que la Corte puede otorgar cualquier medida provisional que considere necesaria, pero que ello no significa que esta facultad sea ilimitada, sino que debe entenderse como restringida según la evidencia sobre las circunstancias en que se presente, por lo que lamentó que la Corte no diera una amplia explicación sobre la evidencia y circunstancias, así como las razones suficientes, que la llevaron a decidir sobre la medida provisional que consideró extraordinaria, mediante la que se ordena la demarcación de una zona desmilitarizada provisional que abarca territorios que no se encontraban en disputa, sobretudo porque consideró que el fundamento para que la Corte la otorgara consistió solamente en circunstancias de hecho.⁶⁷¹

Donoghue también sostuvo que las medidas vinculantes que ordenó, se extienden más allá de la interpretación que se realizará en el futuro y más allá de la preservación de los derechos que declararan con la sentencia sobre interpretación, ya que no existe una controversia sobre la soberanía del Templo, por lo que respecto de éste no hay derechos que deban protegerse, lo que también es aplicable respecto de las áreas del territorio en relación con las

⁶⁶⁹ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports, Dissenting Opinion of Judge Donoghue, p. 1, para. 4.

⁶⁷⁰ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports, Dissenting Opinion of Judge Xue, p. 609.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 610.

que no existe controversia, aunque se encuentran dentro de la zona desmilitarizada provisional y aún así las medidas provisionales abarcan dichas zonas.⁶⁷²

Al respecto, debe considerarse que si bien no existe en este caso controversia sobre la pertenencia del Templo de Preah Vihear si la hay sobre el territorio a su alrededor y derivado de ella se han producido enfrentamientos que pueden ocasionar más daños al Templo, al territorio y a las personas. Estos enfrentamientos se originan en la existencia de una controversia sobre la distinta interpretación que las Partes realizan de la sentencia de 1962.

A pesar de que con la interpretación no se decidirá sobre la propiedad del Templo, pues ya se decidió sobre ella, las Partes todavía se encuentran obligadas a respetar, la soberanía de la otra y lo establecido por la sentencia de 1962, por lo que con las medidas provisionales, la Corte no busca preservar derechos que no hayan sido ya reconocidos con anterioridad, ni se pretende agregar con la solicitud de la interpretación derechos que no hubieran sido materia del juicio de 1962.

Además, en la solicitud de interpretación se pide que se aclare la zona a la que se refirió con la frase: “[...] or in its vicinity on Cambodian territory [...]” [(...) o en su vecindad en territorio camboyano(...)] por lo que la protección al Templo es necesaria también en este caso, pues sin él no habría referencia a partir de la cual determinar los alrededores.

También, la finalidad de la zona desmilitarizada provisional sería marcar una zona alrededor de la que se busca se encuentre libre de enfrentamientos armados entre las Partes, más no señalar otras áreas o partes de territorios en relación con las que se pretenda cambiar los derechos o bien, reconocer nuevos.

⁶⁷² *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports, Dissenting Opinion of Judge Donoghue, pp. 5 and 6, paras. 16 and 22.

Finalmente, el Juez Donoghue en relación con lo anterior manifestó que su preocupación es que más que la combinación entre la competencia que otorga el artículo 60 y el otorgamiento de medidas provisionales vinculantes, no se tome como una medida de la Corte que busca proteger la propiedad y la vida que busca solucionar conflictos, sino tener como resultado que los Estados decidan no aceptar voluntariamente la competencia de la Corte por considerar que no respeta los límites de esa competencia.⁶⁷³

A favor del otorgamiento de medidas provisionales, el Juez Koroma señaló que la Corte debe tomar en cuenta la existencia, naturaleza y magnitud del conflicto armado entre las Partes, así como evaluar el riesgo de que el conflicto se repita.⁶⁷⁴ En este caso, consideramos que además la Corte tomó en cuenta estos elementos junto con una evaluación sobre la relación internacional que dichos Estados han llevado a lo largo de los años.

El Juez *ad hoc* Guillaume también señaló que la zona desmilitarizada provisional se delimitó con la finalidad de prevenir que se reanudara la actividad militar en el área o dirigida al área. Asimismo, sostuvo que hubiera preferido que el Templo de Preah Vihear quedara fuera del área delimitada, aunque consideró que su inclusión a dicha área servía para garantizar los derechos de Camboya sobre él.⁶⁷⁵

El juez Owada señaló que el Consejo de Seguridad podría intervenir de una manera que se entrometa con la soberanía de alguna de las Partes, pero no la Corte, que no puede tomar medidas, aunque sea provisionales, que pudieran coartar la soberanía de un Estado sin su consentimiento, ya sea de

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 8, para. 28.

⁶⁷⁴ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports, Declaration of Judge Koroma, p. 1, para. 2.

⁶⁷⁵ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports, Declaration of Judge *ad hoc* Guillaume, p. 626, para. 7.

manera explícita o implícita, aún cuando lo hiciera con las mejores intenciones.⁶⁷⁶

A favor de la zona desmilitarizada provisional, el Juez expresó que debido a las características topográficas del área pudiera ser más fácil de ejecutar la desmilitarización mediante ésta creación artificial que con la forma clásica de exclusión. Concluyó que la demarcación de la zona puede ser clara en el mapa, pero podría resultar para las Partes difícil de implementar.⁶⁷⁷

El Juez Owada llamó la atención respecto a que la zona desmilitarizada provisional ocupa un mayor territorio de una de las Partes, en relación con el de la otra, desequilibrio que pudiera deberse a las características geomorfológicas de la zona y que espera que esta solución de la Corte no lleve una interpretación errónea de la intención con la que la Corte creó la zona desmilitarizada provisional.⁶⁷⁸

Otra obligación que la Corte impuso a las Partes en relación con la zona desmilitarizada provisional, es la de permitir el acceso a los observadores de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático; sin embargo, de acuerdo con Tanaka es necesario determinar si la Corte tiene el poder de imponer dicha obligación a las Partes en un territorio que no está en disputa.

A pesar de todo lo anterior Tanaka considera que la zona desmilitarizada es solo provisional y que no afecta los derechos de las Partes en este caso.⁶⁷⁹

⁶⁷⁶*Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports, Dissenting Opinion of President Owada, p. 3, para. 11.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 4, paras. 14 and 15.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 4, para. 16.

⁶⁷⁹Tanaka, Yoshifumi, *op. cit.*, nota 280, p. 218

4.3.3 Efectos de las medidas provisionales

Uno de los efectos que se buscaba, con las medidas provisionales otorgadas por la Corte en el caso que se comenta, fue evitar que se agravara o empeorara la controversia entre Camboya y Tailandia.

Al respecto, en su opinión separada, el Juez Cançado Trindade señaló que es común encontrar que se soliciten medidas provisionales para prevenir que el conflicto se agrave, pero que sería más adecuado señalar que dichas medidas tienen el objeto de prevenir un empeoramiento mayor, pues los casos que requieren del otorgamiento de medidas provisionales, ya son urgentes y graves.⁶⁸⁰

Derivado de lo anterior, es posible considerar que las medidas provisionales buscan tener efectos preventivos.

En el caso entre Camboya y Tailandia, los efectos preventivos abarcaron al territorio, a las personas que habitaban ese territorio y sus alrededores y al Templo de Preah Vihear, como Patrimonio Cultural de la Humanidad.

Así, los efectos no deben ya entenderse limitados a suspender o interrumpir acciones tales como conflictos armados, sino a prevenir que estas sucedan y con ello además prevenir que se ocasionen daños irreparables, en lugar de solamente aminorar los que ya se hubieran causado, así como preservar el medio ambiente, cuya protección debe ser interés de la humanidad.

4.4 Interpretación de la sentencia del 15 de junio de 1962

El 11 de noviembre de 2011, la Corte Internacional de Justicia emitió su decisión sobre la interpretación de la sentencia de 15 de junio de 1962 para el caso relativo al Templo de Preah Vihear.

⁶⁸⁰ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports 2011, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, p. 18, para. 63.

El fundamento de la competencia de la Corte para interpretar esa sentencia de 1962 es el artículo 60 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y el 98 de su Reglamento.

Al respecto, la Corte determinó que su competencia para interpretar una sentencia no se encuentra preconditionada a la existencia de otro fundamento de competencia para el asunto principal.

También, sostuvo que para considerar que existe una controversia en términos del artículo 60 del Estatuto de la Corte no es necesario que se cumpla con idénticos requisitos a los que son necesarios para determinar que existe una controversia según el artículo 36 del mismo Estatuto.

La Corte confirmó que la controversia sobre el sentido y alcance de una sentencia no requiere manifestarse de manera formal, sino que basta con que las Partes muestren que tienen puntos de vista distintos sobre el sentido y alcance de la sentencia.

Sostuvo asimismo, que las controversias sobre interpretación deben estar relacionadas con la parte operativa de la sentencia y sobre cuestiones que sean inseparables de ella y que si la diferencia de opinión sobre si algún punto de la sentencia se decidió con fuerza vinculante o no, constituye un caso de interpretación.

Al emitir la providencia de medidas provisionales la Corte consideró que existía una controversia en relación con el sentido y alcance de la sentencia de 1962 que se centraba en tres puntos:

- a) El sentido y alcance de la frase “vicinity on Cambodian territory”,
- b) La naturaleza de la obligación impuesta a Tailandia de retirar cualquier fuerza militar o de policía, así como guardias o guardianes y en particular, la cuestión sobre si dicha obligación es de carácter continuo o instantáneo; y
- c) La cuestión sobre si la sentencia reconoció, con fuerza vinculante, que la línea en el mapa “Anexo I” representa la frontera entre las Partes.

Todo lo anterior fue considerado por la Corte Internacional de Justicia para considerar su competencia *prima facie*; sin embargo, es hasta el momento de la interpretación, que la Corte puede determinar de manera definitiva si existe una controversia en cuanto al sentido y alcance de la sentencia.

Para ello, la Corte tomo en cuenta la información que las Partes le hicieron llegar de manera escrita o bien, lo manifestado en las audiencias orales que se llevaron a cabo, con lo que se hace evidente que la Corte cuenta con un panorama más amplio del conflicto que al hacer el análisis para otorgar medidas provisionales.

Al respecto, la Corte consideró los eventos y declaraciones realizados en el periodo inmediato posterior a la emisión de la sentencia, de acuerdo con los que señaló, que se puede demostrar que Tailandia estimaba que la Corte no había definido el término “*vicinity of the Temple*” y que por ello podía determinar de manera unilateral los límites de “*vicinity*”, lo que hizo que el Consejo de Ministros tailandés determinara el lugar del que debía retirar sus fuerzas, construyendo una cerca de alambre de púas y poniendo letreros para marcar el área en la que, de acuerdo con Tailandia, terminaba la vecindad del Templo.

681

En relación con ello, la Corte sostuvo que Camboya no aceptó que se diera pleno cumplimiento a la sentencia de 1962 con ese retiro tailandés y que por el contrario, protestó en contra de la presencia tailandesa en territorio que fue reconocido como propiedad de Camboya, además de que la cerca se extendía sobre ese territorio. Lo anterior, lo manifestó a través de un *aide-memoire* que emitió en noviembre de 1962. La diferencia de opiniones resurgió cuando Camboya solicitó la inscripción del Templo de Preah Vihear a la UNESCO como Patrimonio de la Humanidad, misma que Tailandia objetó mediante un *aide memoire* el 17 de mayo de 2007, por considerar que dicha

⁶⁸¹ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, Judgment, I.C.J. Reports 2013, p. 298, para. 41.

solicitud implicaba que Camboya ejercía su soberanía en una zona en la que ambos estados controvertían la línea fronteriza.⁶⁸²

Posteriormente, Tailandia manifestó en una carta enviada al Presidente del Consejo de Seguridad, en respuesta de las presentadas por Camboya en relación con la ocupación del territorio, que el área junto al Templo de Preah Vihear le pertenece y que el conflicto deriva del entendimiento unilateral por parte de Camboya de la sentencia de la Corte y en la que decidió que no era competente para decidir una cuestión de demarcación de frontera y que no determinó la ubicación de la frontera entre Camboya y Tailandia.⁶⁸³

Por lo anterior, la Corte estimó que al presentarse la solicitud de interpretación, existía entre las Partes una controversia sobre el sentido y alcance de la sentencia de 1962.

La Corte determinó que la controversia sobre el sentido y alcance de la sentencia de 1962 consiste los siguientes puntos.⁶⁸⁴

- a) Sobre si en la sentencia de 1962 se decidió o no con fuerza vinculante que la línea representada en el mapa conocido como Anexo I constituye la frontera entre las Partes, en el área del Templo.
- b) Sobre el sentido y alcance de la frase “*vicinity on Cambodian territory*” que se menciona en el segundo párrafo operativo de la sentencia de 1962.
- c) Sobre la naturaleza de la obligación de Tailandia de retirarse.

En conclusión, la Corte consideró que entre las Partes existía una controversia en cuanto al sentido y alcance de la sentencia de 1962 y que tiene competencia para conocer de la solicitud de interpretación, por lo que la admitió.⁶⁸⁵

⁶⁸² *Ibidem*, p. 299, paras. 42 and 43.

⁶⁸³ *Ibidem*, pp. 299 - 300, para. 44.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, p. 302, para. 52.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 304, para. 57.

Sin embargo, antes señaló que la interpretación se rige por el principio de *res judicata*, lo que la llevo a sostener que era necesario que interpretara el segundo párrafo de la parte operativa y los efectos legales de lo que determinó en relación con la línea marcada en el mapa conocido como Anexo I, siempre dentro de esos límites, que no deben llevarla a pronunciarse sobre cuestiones que no se decidieron con fuerza vinculante, ni sobre cuestiones que no se decidieron en la sentencia original o bien, que la lleven a realizar una revisión de la sentencia.⁶⁸⁶

Sostuvo además, que para realizar la interpretación de una sentencia puede referirse a los razonamientos que la llevaron a ella en la medida que sirvan para realizar una interpretación adecuada, razón por la cual consideró que los alegatos y los registros sobre los procedimientos orales de 1962 son relevantes como evidencia de los asuntos que la Corte trató y la forma en la que fueron presentados por cada Parte.⁶⁸⁷

Estableció también, que el principio *non ultra petita* hace que sean relevantes para la interpretación de la sentencia de 1962, los argumentos de las partes contenidos en sus escritos finales en el caso original y que no se puede realizar una interpretación que resulte contraria a lo establecido en la sentencia de 1962, basándose en este principio.⁶⁸⁸

Las sentencias de la Corte Internacional de Justicia son obligatorias, para las Partes. Esta obligatoriedad, se desprende del Estatuto y no del consentimiento de los Estados. La interpretación de una sentencia busca determinar lo que la Corte decidió y no lo que las Partes, posteriormente, crean que decidió. Por ello, la Corte determinó que el sentido y alcance de una sentencia no puede verse afectado por la conducta de las Partes.⁶⁸⁹

⁶⁸⁶ *Ibidem*, p. 303 – 304 and 306, paras. 56 and 66.

⁶⁸⁷ *Ibidem*, p. 306, paras 68 - 70.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, p. 307, para. 71.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 307, para. 75.

Para interpretar la sentencia de 1962, la Corte identificó tres de sus aspectos principales:

1. Consideró que se encontraba ante una controversia sobre soberanía territorial del área en la que se encuentra el Templo de Preah Vihear y que no estaba comprometida a delimitar la frontera.

Para sustentar lo anterior, hizo referencia a las excepciones preliminares y a la sentencia misma en las que se estableció que se trataba de una controversia sobre la soberanía respecto de una región determinada, para lo que se presentaron mapas a la Corte para su análisis y sobre lo establecido en la sentencia respecto a que en relación con el mapa conocido como Anexo I, como con la línea fronteriza en la región, no puede considerarlos como demandas que deban tratarse en la parte operativa.

2. El importante papel que tuvo para su razonamiento, el mapa conocido como Anexo I.

Después de revisar la historia del mapa y su relación con el Tratado de 1904 la Corte en 1962 sostuvo que:⁶⁹⁰

- a. Una cuestión esencial para el caso de 1962 era determinar si las Partes adoptaron el mapa en cuestión y la línea que en él se indica como resultado de los trabajos de delimitación de frontera dotándolos de fuerza vinculante.
- b. La Corte determinó, en 1962, que las Partes reconocieron, mediante su conducta, la línea y acordaron considerar que era la frontera entre ellas.
- c. Finalmente, declaró que el mapa conocido como Anexo I es parte integral del Tratado de 1904 y por ello consideró que como interpretación del tratado debía pronunciarse a favor de la línea señalada en el mapa en el área en cuestión.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, p. 309 - 310, para. 78.

3. La Corte determinó que la controversia involucraba solamente la soberanía en el área del Templo de Preah Vihear.

A pesar de que el mapa “Anexo I” abarca un área de más de 100 kilómetros, la Corte solamente puede pronunciarse sobre el área en disputa.

En relación con la Parte operativa de la sentencia de 1962,⁶⁹¹ consistente en tres párrafos que deben entenderse como un todo, la Corte determinó lo siguiente:

En cuanto al primer párrafo operativo de la sentencia: “*(The Court) finds that the Temple of Preah Vihear is situated in territory under the sovereignty of Cambodia; [...]*” [“(La Corte) estima que el Templo de Preah Vihear está situado en territorio bajo la soberanía de Camboya; (...)”]. Consideró que era claro mediante él se determinó que el Templo se encuentra bajo la soberanía de Camboya.

La controversia entre las partes se centra en el segundo párrafo operativo de la sentencia de 1962, que dispone lo siguiente: “*(The Court) finds in consequence, that Thailand is under an obligation to withdraw any military or police forces, or other guards or keepers, stationed by her at the Temple, or in its vicinity on Cambodian territory; [...]*”. [“(La Corte) en consecuencia concluye que Tailandia tiene la obligación de retirar cualquier fuerza militar o de policía, u otros guardias o guardianes, que hubiera colocado en el Templo o en su vecindad en territorio camboyano; (...)”].]

La Corte determinó que en ese párrafo la solicitó como consecuencia de lo establecido en el primero, el retiro del personal de policía o militar, así como los guardias y guardianes del área del Templo o su vecindad en territorio de Camboya.

Sin embargo, sostuvo que no se señala de manera expresa el territorio de Camboya del cual le solicita a Tailandia que retire a su personal y que la única

⁶⁹¹ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962: I.C. J. Reports 1962, pp. 36 – 37.

referencia que se hace sobre el territorio es para indicar cuál personal debe retirarse, es decir a aquellos que se encontraran en esa área.

Se determinó que el área a la que se refiere este segundo párrafo es el promontorio en su totalidad, pero no más allá de la línea establecida en el mapa “Anexo I”.

Tampoco se puede considerar que la zona de Phnom Trap forme parte del área del Templo de Preah Vihear, como Camboya pretendía, pues en los mapas utilizados en 1962 en los que se incluye el “Anexo I” se marcan como zonas distintas además de que se coincidió en que el área del Templo de Preah Vihear era un área pequeña por lo que no podría extenderse hasta Phnom Trap; además, se concluyó que no era parte del área crucial que interesa a la Corte.

En el área de Phnom Trap no había presencia tailandesa, de acuerdo con la evidencia presentada a la Corte en 1962; por lo que el área no era relevante para las demandas de Camboya.

Derivado de lo anterior, la Corte concluyó que no se refirió a cuestiones de soberanía en el área de Phnom Trap ni en ninguna otra fuera de los límites del promontorio de Preah Vihear.

Los límites de dicho promontorio fueron señalados por la Corte, tomando como referencia elementos naturales. Con base en esto, señaló que el promontorio terminaba al pie del cerro de Phnom Trap.

En conclusión, determinó que este segundo párrafo operativo de la sentencia de 1962, obliga a Tailandia a retirar hacia su territorio a su personal de todo el territorio del promontorio.

En relación con el argumento presentado por Tailandia sobre lo difícil que era determinar en el terreno la ubicación precisa de la línea trazada en el mapa “Anexo I”, sostuvo que la sentencia de 1962 no hace ninguna referencia al respecto, por lo que de acuerdo con la competencia que le otorga el artículo 60 del Estatuto, no puede pronunciarse al respecto. Además, recordó que las

Partes tienen la obligación de implementar de buena fe sus sentencias y que la esencia de esa obligación no permite que ninguna de las Partes imponga una solución unilateral.

El tercer párrafo de la parte operativa de la sentencia, es el siguiente:

*(The Court finds in consequence,) that Thailand is under an obligation to restore to Cambodia any objects of the kind specified in Cambodia's fifth Submission which may, since the date of the occupation of the Temple by Thailand in 1954, have been removed from the Temple or the Temple area by the Thai authorities.*⁶⁹²

No existe una controversia respecto de ese párrafo en particular. Sin embargo, deriva y se relaciona con lo establecido por la Corte en los dos párrafos anteriores. Además, como ya se mencionó la parte operativa de la sentencia debe considerarse en conjunto.

Debe entenderse, por tanto, que los tres párrafos operativos de la sentencia de 1962 aplican para el mismo ámbito territorial que comprende al promontorio de Preah Vihear y deriva de lo señalado en el primer párrafo operativo, cuando señaló que *“the Temple of Preah Vihear is situated in territory under the sovereignty of Cambodia”*.

Los límites del promontorio de Preah Vihear se encuentran señalados en el párrafo 98 de la sentencia de interpretación y señala:

From the reasoning in the 1962 Judgment, seen in the light of the pleadings in the original proceedings, it appears that the limits of the promontory of Preah Vihear, to the south of the Annex I map line, consist of natural features. To the east, south and south west, the promontory drops in a steep escarpment to

⁶⁹² [Traducción propia: “(En consecuencia, la Corte concluye) que Tailandia tiene la obligación de devolver a Camboya los objetos del tipo de los detallados en la quinta Sumisión de Camboya que hubieran sido removidos del Templo o del área del Templo, desde su ocupación por Tailandia en 1954, por las autoridades tailandesas”.]

the Cambodian plain. The Parties were in agreement in 1962 that this escarpment, and the land at its foot, were under Cambodian sovereignty in any event. To the west and north west, the land drops in a slope, less steep than the escarpment but nonetheless pronounced, into the valley which separates Preah Vihear from the neighbouring hill of Phnom Trap, a valley which itself drops away in the south to the Cambodian plain (see paragraph 89 above). For the reasons already given (see paragraphs 92-97 above), the Court considers that Phnom Trap lay outside the disputed area and the 1962 Judgment did not address the question whether it was located in Thai or Cambodian territory. Accordingly, the Court considers that the promontory of Preah Vihear ends at the foot of the hill of Phnom Trap, that is to say: where the ground begins to rise from the valley.

In the north, the limit of the promontory is the Annex I map line, from a point to the north east of the Temple where that line abuts the escarpment to a point in the north west where the ground begins to rise from the valley, at the foot of the hill of Phnom Trap.

*The Court considers that the second operative paragraph of the 1962 Judgment required Thailand to withdraw from the whole territory of the promontory, thus defined, to Thai territory any Thai personnel stationed on that promontory.*⁶⁹³

⁶⁹³ *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Judgment, I.C.J. Reports 2013, p. 315, para. 98. [Traducción propia: "A partir del razonamiento en la sentencia de 1962, analizado a la luz de los alegatos en el presente procedimiento, se desprende que los límites del promontorio de Preah Vihear se constituyen por elementos naturales al sur de la línea del mapa conocido como Anexo I. Al este, sur y suroeste, el promontorio tiene una vertiente escarpada hacia la llanura camboyana. En 1962 las Partes estaban de acuerdo en que la vertiente y el territorio a*

La Corte determinó no pronunciarse respecto a si la sentencia de 1962 determinó con fuerza vinculante la línea fronteriza entre Camboya y Tailandia.

Lo anterior, en virtud de que consideró que la controversia de 1962 se refería únicamente a la soberanía en el promontorio de Preah Vihear y por lo tanto, la interpretación debe realizarse en torno a esto.

En relación con ello, la Corte sostuvo que el promontorio de Preah Vihear se extiende hacia el norte hasta la línea marcada en el mapa “Anexo I” y no más allá de ella.

Tampoco, se pronunció sobre la naturaleza de la obligación que impuso a Tailandia. Esto porque consideró que Tailandia aceptó que tiene la obligación, general y continua, de respetar la integridad del territorio de Camboya lo que aplica a todo el territorio sobre el que la Corte haya resuelto, que se encuentra bajo la soberanía de Camboya. En conclusión, sostuvo que una vez que resolvió una controversia sobre soberanía territorial, las Partes deben cumplir de buena fe la obligación impuesta a todos los Estados de respetar la integridad territorial de todos los demás Estados.

sus pies se encontraban, en todo caso, bajo soberanía camboyana. Hacia el norte y noroeste, la tierra cae en una pendiente, menos pronunciada que la vertiente escarpada pero pronunciada, hacia el valle que separa a Preah Vihear de la vecina colina de Phnom Trap, mismo que desaparece al sur hacia la llanura camboyana (ver párrafo 89 arriba). Por las razones que se han señalado (párrafos 92 – 97 arriba), la Corte considera que Phnom Trap se encuentra fuera del área en disputa y la sentencia de 1962 abordó la cuestión relativa a si se encontraba en territorio tailandés o camboyano. En consecuencia, la Corte considera que el promontorio de Preah Vihear termina al pie de la colina Phnom Trap, es decir: donde la tierra sube del valle. En el norte, el límite del promontorio es la línea del mapa conocido como Anexo I, desde un punto al noreste del Templo que colinda con la vertiente hasta un punto en el noroeste donde la tierra sube del valle al pie de la colina Phnom Trap. La Corte considera que el segundo párrafo operativo de la sentencia de 1962 exigía que Tailandia retirara de todo el territorio del promontorio, ya definido, y hacia territorio tailandés al personal colocado en ese promontorio”.]

También, determinó que como lo señala el artículo 6 de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, de la que tanto Camboya como Tailandia son parte, deben cooperar entre ellas y con la comunidad internacional para proteger el Templo de Preah Vihear que fue ya declarado como patrimonio mundial y que además, el mismo artículo señala que tienen la obligación de no tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio cultural y natural.

Finalmente, la Corte resolvió.⁶⁹⁴

Primero, que era competente, en virtud del artículo 60 del Estatuto para conocer de la solicitud de interpretación de la sentencia de 1962 y que dicha solicitud era admisible.

Declaró que derivado de la interpretación de la sentencia de 1962, decidió que Camboya ejerce soberanía sobre todo el territorio del promontorio de Preah Vihear que se delimita en el párrafo 98 de la sentencia de interpretación, y que en consecuencia, Tailandia tiene la obligación de retirar a sus militares, policía u otros guardias o guardianes que se encontraran estacionados allí.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 318, para. 108 (1) and (2).

CONCLUSIONES

Existe justicia cuando hay un equilibrio en la distribución de los beneficios, cualquiera que sea su carácter; es decir, siempre que dicha distribución se realiza de manera equitativa entre agentes que se encuentran en un plano real de igualdad.

La justicia debe entenderse como un concepto filosófico, pero no puede permanecer como tal, ya que es necesario que al mismo tiempo sea real o bien que pueda transformarse en realidad; de forma tal que la aspiración de justicia pueda llegar a ser tangible y materializarse, pues no puede permanecer como un ideal o una aspiración irrealizable.

El fin último de la justicia internacional es la existencia paz entre Estados. Para alcanzarla deben respetarse los principios a los que los mismos Estados se han comprometido, pero también es necesario que la solución de conflictos, cuando se presenten, se lleve a cabo mediante los procedimientos pacíficos establecidos y por ellos mismos acordados, mismos que también deben regirse por los principios establecidos en el marco del derecho internacional. Sobre todo, al decidir sobre conflictos entre Estados, la tarea se debe realizar con mayor responsabilidad pues además de que se debe velar por la paz y seguridad internacionales, las decisiones afectan a los Estados no solamente como entes sino que tales decisiones llegan a sus nacionales entendidos como población y como el elemento más importante del Estado.

Se requiere la existencia de correlación entre las concepciones acerca de la justicia, esto es, entre la justicia entendida desde el punto de vista positivo y el negativo, pues en un estado ideal, todos deben abstenerse de causar daños y en el caso remoto de que los produjeran, deben ser capaces de repararlos.

Un concepto amplio de justicia es indispensable, pues es necesario que se tomen en cuenta los elementos fundamentales de sus diversos conceptos, para maximizar su realidad.

Así, la justicia puede concebirse como conmutativa y distributiva, pues el

reparto de beneficios o cargas entre grupos sociales debe realizarse mediante un orden justo, previamente establecido, necesario para satisfacer necesidades generales. La legalidad establece ese orden que permite llegar a decisiones y distribuciones justas.

El encargado de impartir la justicia debe ser una autoridad a la que se haya encomendado dicha tarea por el pueblo, el cual le ha cedido la posibilidad y le ha otorgado la confianza para hacerlo.

En virtud de lo anterior, los jueces de todos los órdenes de gobierno, deben cumplir con estándares adecuados para realizar su labor, los cuales comprenden tener capacidad y dedicación para impartir justicia, pero también y quizá con mayor profundidad, principios éticos y morales, mismos con los que deben ser congruentes tanto en su vida privada como profesional.

Los jueces deben realizar su labor con ética. Esto engloba una serie de características y valores que deben regir su actividad judicial y su comportamiento. Entre ellas se encuentra el profesionalismo, la capacidad, el estudio y la dedicación, pero también su convicción de que deben actuar con independencia de cualquier factor o agente que pueda viciar su labor y objetividad.

Los jueces deben analizar los casos que les son presentados o sometidos a su consideración, con el rigor que exijan los procedimientos para respetar los derechos las partes y la igualdad que debe existir entre ellas, pero también deben atender a otras consideraciones, incluso de carácter humano y humanitario, que lleven a un mejor análisis y a una más amplia comprensión del caso y por lo tanto a mejores resoluciones o decisiones.

Dentro de los procedimientos judiciales, las partes pueden solicitar el otorgamiento de medidas provisionales.

La decisión al respecto, depende del análisis y conclusiones de los jueces a partir del derecho, las circunstancias y la evidencia presentada por las partes y aunque la labor que finaliza con la sentencia definitiva no depende por

completo de los jueces, pues son los abogados de las partes quienes les acercan la evidencia y argumentos que deben analizar y así son ellos quienes marcan la dirección que se siguen en el asunto, son los jueces quienes toman la decisión final y quienes deben determinar si la ruta marcada es en realidad la correcta o la justa.

Por ello, los jueces deben realizar sus análisis con la mayor atención, dedicación a conciencia de los efectos y consecuencias de todas sus decisiones, tanto las incidentales como las definitivas.

El juez no puede ser un autómatas pues debe tener libertad para decidir, siempre basándose en los hechos, en las pruebas y en las circunstancias, de manera justa.

Las medidas provisionales permiten no solamente la salvaguarda sino también la conservación, durante una controversia, de los derechos de las partes que se encuentren ante el riesgo urgente de ser dañados, de manera que tales daños lleven a su destrucción o a que el juicio se quede sin materia.

Las medidas provisionales, que son uno de los instrumentos más antiguos con los que cuenta el derecho se pueden encontrar en diversos sistemas jurídicos en el mundo, aunque con nombres distintos.

Las medidas provisionales en el derecho internacional se emiten por un acto discrecional del juez, pues si bien el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia hace referencia a ellas, la regulación sobre su otorgamiento es limitada por lo que los jueces son los que a lo largo de los años han decidido la forma en que dichas medidas son útiles para cada caso en concreto y han hecho que sus decisiones anteriores sobre el otorgamiento de medidas provisionales, formen precedente para casos nuevos.

Atendiendo a la naturaleza, urgencia y características únicas de cada caso se han superado las consideraciones que se tomaron en cuenta para otorgar medidas provisionales en los primeros asuntos. De esta de manera que se ha concluido con base en el análisis del mismo Estatuto y otros factores que la Corte es competente para otorgar medidas provisionales de oficio y aún sin

necesidad la celebración de audiencias para decidir sobre ellas, pero siempre que sea necesario dadas las circunstancias que envuelvan al caso.

Por ello, es indispensable que al otorgar medidas provisionales la Corte se haya cerciorado de que se cumplen con los requisitos necesarios para su otorgamiento.

Para que la Corte otorgue medidas provisionales, debe existir una controversia que se haya planteado ante ella, controversia sobre la que, de un análisis breve y preliminar considere que tiene competencia.

Los derechos que las partes reclamen deben parecer verosímiles, es decir, al igual que sucede con su competencia, la Corte no tiene la obligación de pronunciarse de manera definitiva sobre la existencia de los derechos, sino que basta con que las partes demuestren que parecen verosímiles. Estos derechos tienen que encontrarse vinculados específicamente con el caso.

Las medidas provisionales solamente se otorgan en casos de urgencia lo que implica que exista el riesgo de que puedan sufrir un daño irreparable que trascienda al juicio, dejándolo sin materia.

La urgencia es la razón por la que se analiza de manera incidental el caso. Esto no debe significar que por hacerse en menos tiempo, pueda hacerse de manera completamente superficial, pues si bien es cierto que se analiza brevemente la información disponible, este análisis debe realizarse con el mismo o aún con mayor cuidado que cuando se analiza el caso para la emisión de una sentencia definitiva, porque si de manera completamente superficial y descuidada se decide otorgar medidas provisionales, en el derecho internacional se transgreden principios relevantes para la armonía en la comunidad internacional, como el principio de respeto a la soberanía, pero también, porque esta decisión incidental, si bien puede retractarse y en la decisión definitiva decidir desde que la Corte Internacional de Justicia no tenía competencia para otorgar las medidas ni para conocer del caso o bien levantar las medidas provisionales y emitir su decisión.

El otorgamiento de medidas provisionales requiere un análisis rápido, pero también adecuado que permita la protección y conservación de los derechos de las Partes.

Todo lo anterior, nos lleva a tener presente y a recordar la tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la apariencia del buen derecho.

Existen medidas provisionales que se otorgan para evitar que el conflicto entre las Partes empeore.

Las medidas provisionales otorgadas por la Corte Internacional de Justicia son vinculantes, es decir las Partes a las que van dirigidas están obligadas a cumplirlas.

Si bien, los jueces tienen la responsabilidad de analizar los casos de manera cuidadosa para emitir una buena decisión, la responsabilidad debe caer también en las partes pues no deben presentar dichas solicitudes con el único objetivo de buscar una sentencia preliminar que los guíe hacia el resultado de un juicio o como medios para alargar los procedimientos, pues al hacerlo entorpecen a la justicia.

En el caso del Templo de Preah Vihear, la Corte otorgó medidas provisionales dirigidas a ambas partes, destinadas a proteger los derechos de soberanía de Camboya, para lo que delimitó una zona que denominó Desmilitarizada Provisional.

Esa zona se extendía a territorio sobre el que el caso original no había pronunciado nada al respecto, por lo que se consideró que dicha medida provisional era excesiva, en cuanto a que por su naturaleza incidental no puede, la decisión sobre medidas provisionales trascender al fondo del asunto.

Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia otorgó dicha medida provisional para proteger el territorio en el que se encuentra el Templo de Preah Vihear, considerando también que en épocas pasadas Tailandia había decidido interpretar de manera unilateral su decisión y a que ha demostrado

tener mayor fuerza y presencia que Camboya.

Las medidas provisionales no se otorgan solamente para proteger derechos de los Estados tales como su soberanía y la propiedad sobre su territorio sino que a su vez sirven para proteger los derechos de los nacionales de dichos Estados y en casos específicos, los derechos y cuestiones relacionadas con el medio ambiente o como en el caso del Templo de Preah Vihear, para proteger los derechos de la humanidad en su conjunto, pues dicho Templo es Patrimonio Cultural de la Humanidad y los Estados se encuentran comprometidos a preservarlo, además de que se protege un recinto que forma parte de la historia de la humanidad.

Las medidas provisionales son un instrumento de los jueces que aplicado correctamente, ayudan a que la justicia prevalezca y a que esta se alcance mediante procedimientos justos en los que se respeten y garanticen los derechos de las partes.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, 4ª ed., España, Ariel, 2009.

ARELLANO García, Carlos, *Manual del abogado. Práctica Jurídica*, México, Porrúa, 2003.

ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, versión española y notas por Antonio Gómez Robledo, 20ª ed., México, Porrúa, 2004.

BRAVO, González Agustín y BRAVO Valdés, Beatriz, *Derecho Romano*, 22ª ed., Porrúa, México, 2005.

BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 7th ed., New York, Oxford, 2008.

BURGOA, Ignacio, *El juicio de amparo*, 42ª ed., México, Porrúa, 2008.

BURGOA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 39ª ed., México, Porrúa, 2007.

CAMPBELL, Tom, *La justicia, Los principales debates contemporáneos*, trad. de Silvina Álvarez, Barcelona, Gedisa, 2002.

CALAMANDREI Piero, *Derecho procesal civil*, México, Oxford, 1999, Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, volumen 2.

CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de Lima, ARA Editores, 2005.

CALAMANDREI, Piero, *Las providencias cautelares*, Colombia, Leyer, 2008.

CARNELUTTI, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, México, Oxford University Press, 1999, Colección Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, vol. 4.

CHANDLER, David, *A History of Cambodia*, 4th ed., Colorado, Westview Press,

2008.

- CHIOVENDA, José, *Principios de derecho procesal civil*, 3ª ed., trad. de José Casais y Santaló, Madrid, Editorial Reus, 1922 <http://www.scribd.com/doc/30231923/Chiovenda-Jose-Principios-derecho-procesal-civil-TOMO-I>.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, México, Oxford University Press, 1999, Colección Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, vol. 6.
- CERVANTES, Miguel, *Don Quijote de la Mancha*, Madrid, Edición del IV Centenario de la Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española y Alfaguara, 2004.
- COLLINS, Lawrence, *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*, New York, Clarendon Press, Oxford University Press, 1994,
- CONTRERAS López, Raquel Sandra, *Teoría integral de la apariencia jurídica*, México, Porrúa, 2006.
- CORZO, Sosa Edgar, et. al. (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013, Colección Derechos Humanos y Poder Judicial.
- DUMBAULD, Edward, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, Netherlands, Springer, 1932.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 26ª ed., México, Esfinge, 2006,
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y José Ovalle Favela, “Medidas Cautelares”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Porrúa.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso (trad. y comp.), *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, Jaime Molinas editor, 1889, T. I Instituta- Digesto.
- GIRARD, Paul Frédéric, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 7ème ed., Librairie

Arthur Rousseau, Rousseau et Cie. Éditeurs, Paris, 1924.

GONZÁLEZ Chévez, Héctor, *La suspensión del acto reclamado en Amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, México, Porrúa, 2006.

GUTIERRÉZ Baylón, Juan de Dios, *Sistema jurídico de las Naciones Unidas*, México, Porrúa, 2007.

HUBER OLEA, Francisco José, *Diccionario de Derecho Romano, comparado con derecho mexicano y derecho canónico*, 2ª ed., Porrúa, México, 2007.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2ª ed., trad. de Eduardo García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, Textos Universitarios.

KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, 26ª ed., trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2012.

KIELMANOVICH L., Jorge, *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000.

LÓPEZ-BASSOLS, Hermilo, *Los nuevos desarrollos del Derecho Internacional Público*, 3ª ed., México, Porrúa, 2008.

METOU, Brusil Miranda, *Le rôle du juge dans le contentieux international*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

MONIER, Raymond, *Manuel élémentaire du droit romain*, 6ª ed., Éditions Domat Montchrestien, Paris, 1947.

EVANS, Malcolm D. (ed.), *International Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2006.

ORTELLS Ramos, Manuel, *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000, Colección Ley de Enjuiciamiento Civil 2000.

- PETIT, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 22ª ed., México, Porrúa, 2006.
- POGGE, Thomas W, *Politics as Usual: What Lies Behind the Pro-Poor Rethoric*, Cambridge, 2010.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, trad. de María Dolores González, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1995, colección Filosofía.
- RAWLS, John, *The Law of Peoples with the Idea of Public Reason Revisited*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Themis, 1997, V Proceso Cautelar.
- ROSENNE, Shabtai, *The International Court of Justice: an Essay in Political and Legal Theory*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1957.
- ROSENNE, Shabtai, *Procedure in the International Court, A commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1983
- ROSENNE, Shabtai, *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, New York, Oxford, 2005.
- ROSENNE, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court, 1920 – 2005*, Leyden, 4th ed., Martinus Nijhoff, 2006, v. III.
- SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford University Press, 1951.
- SHAW, Malcom N., *International Law*, 6th edition, Cambridge University Press, 2008.
- SZTUCKI, Jerzy, *Interim Measures in the Hague Court*, Kluwer, Deventer, 1983.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Facultad”, *Diccionario jurídico mexicano*,

México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, Serie E: Varios, Núm 93 bis, Tomo II D-H,

TRON PETIT, Jean Claude, “*La suspensión como modalidad de medida cautelar en el amparo*”, disponible en http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4

VILLORO Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 19ª ed., México, Porrúa.

ZIMMERMAN, Andreas, et.al. (eds.) *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006.

Artículos

ARELLANO García, Carlos, “La Ética profesional del juez. Tres anécdotas” en *Ética y Humanismo, Ensayos de Profesores y Alumnos de la Facultad de Derecho de la UNAM Convocados por el Seminario de Filosofía del Derecho*, México, Tomo LX, número especial Ética y Humanismo, UNAM, Facultad de Derecho, 2010, pp. 163-172.

ATIENZA, Manuel, “Virtudes judiciales sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho” en *Ideas para una Filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*, Lima, Fondo Editorial de la UIGV, 2008, Serie Obras escogidas Derecho.

BLAKE, Michael, "International Justice", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2008 Edition, Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/win2008/entries/international-justice/>.

CARMONA, Tinoco, Jorge Ulises, “*Algunas notas comparativas entre las medidas cautelares en el Derecho Administrativo español y mexicano*” en Cisneros Farías, Germán et. al. coords. en “*Justicia administrativa*” Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 9-57, p. 10 disponible en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2391/4.pdf>

DELLIOS, Rosita, *Mandala: from sacred origins to sovereign affairs in traditional Southeast Asia*, CEWCES Research Papers, Paper 8, 2003 available at http://epublications.bond.edu.au/cewcес_papers/8

FERRAJOLI, Luigi, "Sobre derechos fundamentales", en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, año 2006, número 15, julio-diciembre, pp. 113-136.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y José Ovalle Favela, "Medidas Cautelares", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Porrúa, 2005.

FITZMAURICE Gerald, "Hersch Lauterprecht - The Scholar as a Judge. II", *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1986, vol. 2.

GUGGENHEIM, Paul, "Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1932 II, v. 40, pp. 645-764

GUILLAUME, Gilbert, "Some Thoughts on Independence of International Judges", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, Boston, vol. 2, núm. 1, pp. 163-168.

KEMPEN, Bernhard and He, Zan, "The Practice of the International Court of Justice on Provisional Measures: The Recent Development", *Heidelberg Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2009, volume 69, issue 4.

LEVAL, G. de, « Le Juge et L'arbitrage Les mesures provisoires » en *Revue de Droit international et de Droit Comparé*, Institut Belge de Droit Comparé, 1993, Etablissements Émile Bruylant, T. LXX, 70e année, premier trimestre.

MAHONEY, Paul, "The International Judiciary-Independence and Accountability", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Leiden, 2008,

issue 7, pp. 313-349.

MANSILLA Y MEJÍA, María Elena, “Ética para el estudio del Derecho” en *Ética y Humanismo, Ensayos de Profesores y Alumnos de la Facultad de Derecho de la UNAM Convocados por el Seminario de Filosofía del Derecho*, México, Tomo LX, número especial Ética y Humanismo, UNAM, Facultad de Derecho, 2010, pp. 187-190.

MEY, Elyda, *Le rôle de la diaspora dans la justice transitionnelle: L'exemple du Cambodge*, New York, International Center for Transnational Justice, 2007, available at <http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Cambodia-Diaspora-Role-2007-French.pdf>

MEYER, Sonja, “Preah Vihear Reloaded - Der Grenzkonflikt zwischen Thailand und Kambodscha”, *Journal of Current Southeast Asian Affairs*, 28, 1, pp. 47 – 68, available at <http://journals.sub.uni-hamburg.de/giga/jsaa/article/view/4/4>

OELLERS-FRAHM, Karin, “Interim Measures of Protection” in Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of International Law*, published under the auspices of the Max Planck Institute for comparative public law and international law, North-Holland, 1992, V. 2.

OELLERS-FRAHM, Karin, “Article 41” en Zimmerman, Andreas, et.al., (eds.) *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006.

ORTELLS Ramos, Manuel, “Las medidas cautelares”a, *Colección Ley de enjuiciamiento civil 200*, Editorial La Ley, 2000, España, ISBN 84-7695-910-9

PALCHETTI, Paolo, “The Power of the International Court of Justice to Indicate Provisional Measures to Prevent the Aggravation of a Dispute”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, issue 03, September 2008, pp. 623-642 available at <http://dx.doi.org/10.1017/S0922156508005219>

ROSENNE, Shabtai, “Provisional Measures and Prima Facie Jurisdiction Revisted”,

in Ando, Nisuke, et al., (eds.), *Liber Amicorum Judge Shingeru Oda*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, vol. 2.

RÜDIGER Wolfrum, “Interim (Provisional) Measures of Protection”, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, (Rüdiger Wolfrum ed.), 2006.

SANTULLI, Carlo, “Une administration internationales de la justice nationale? À propos des affaires Breard et LaGrand”, Paris, *Annuaire Francais de Droit International*, XVI, CNRS Editions, 1999..

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Facultad”, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, Serie E: Varios, Núm 93 bis, Tomo II D-H.

TANAKA, Yoshifumi, “A New Phase of the Temple of Preah Vihear Dispute before the International Court of Justice: Reflections on the Indication of Provisional Measures of 18 July 2011”, *Chinese Journal of International Law*, Oxford University Press, 2012, volume 11, issue 1, March 2012, pp. 191–226 *doi: 10.1093/chinesejil/jmr051 from <http://chinesejil.oxfordjournals.org> at UNAM on May 16, 2012.*

THIRLWAY, H. W. A., “The Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice”, en Bernhardt, Rudolf, (ed.), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Berlin, Heidelberg, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Springer-Verlag, 1994, pp. 1-36.

THIRLWAY, Hugh, “The International Court of Justice”, en EVANS, Malcom D. ed., *International Law*, 2nd ed., London, Oxford, 2006, pp. 561-588.

THIRLWAY, Hugh, “The International Court of Justice 1989-2009: at the Heart of the Dispute Settlement System?”, *Netherlands International Law Review*, 2010, volume 57, issue 3, December 2010, pp.347-395.

TREVES, Tullio, “The Political Use of Unilateral Applications and Provisional

Measures Proceedings”, in Frowein, J. A. et al., eds., *Verhandeln für den Frieden, Negotiating for Peace, Liber Amicorum Tono Eitel*, Berlin, 2002, pp. 463 – 481.

TREVES, Tullio, “Provisional Measures Granted by an International Tribunal Pending the Constitution of an Arbitral Tribunal” in *Studi di Diritto Internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 1243-1266.

TRON PETIT, Jean Claude, “*La suspensión como modalidad de medida cautelar en el amparo*”, 2007, disponible en http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4.

Artículos de periódicos

REINOSO, José, “*Camboya inicia el juicio contra el horror y la esclavitud de los jemeres rojos*”, El País, 23 de noviembre de 2011, disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2011/11/23/actualidad/1322041628_510907.html

Documentos publicados en Internet

Entrevista con Michel Foucault realizada por Raúl Fonet-Betancourt, Helmut Becker y Alfredo Gómez-Muller el 20 de enero de 1984. Publicada en la Revista Concordia 6 (1984) 96-116.

“*Declaración Universal del Derechos Humanos*”, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Sección de Servicios de Internet, disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/law.shtml>

Gonzalez, Juliana, “*Ética y naturaleza humana*”, programa *En voz de la Academia. Grandes Maestros. UNAM*, México, UNAM, 2013 disponible en <http://descargacultura.unam.mx/app1?sharedItem=303647>

Diccionarios

Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 23 ed., Madrid, España, 2014.

Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 22 ed., Madrid, España, 2011, disponible en <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>.

Cambridge Advanced Learner's Dictionary & Thesaurus. Cambridge University Press disponible en <http://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/britanico/>

Merriam-Webster's Collegiate Dictionary, disponible en <http://www.merriam-webster.com>

Oxford Dictionaries. Oxford University Press disponible en <http://www.oxforddictionaries.com/es/>

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Amparo

Merchant Shipping Act (C-221/89) 1988, disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/12/introduction>

Zivilprozessordnung, 2005, disponible en http://www.gesetze-iminternet.de/zpo/BJNR00533095_0.html

Instrumentos Internacionales

Documentos

Procès-verbaux des séances du comité, Comité consultatif de juristes, 16 juin-24 juillet 1920 (avec annexes), La Haye, 1920, disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16juine_24july_1920.pdf.

Acts and Documents Concerning the Organization of the Court, Series D., No. 2,

third addendum, Elaboration of the Rules of Court of March 11th, 1936, Permanent Court of International Justice, available at: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_02_3e_addendum.pdf

Annexe No. 1, Rapport, Comité consultatif de juristes, Procès-verbaux des séances du comité, 16 juin-24 juillet 1920 (avec annexes), La Haye, 1920, disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf.

Annexe No. 3, Amendement concernant une procédure pour suppléer à celle des interdits, par M. Raoul Fernandes, Comité consultatif de juristes, Procès-verbaux des séances du comité, 16 juin-24 juillet 1920 (avec annexes), La Haye, 1920, p. 609, disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf.

Annex to Press Release No. 2004/30, International Court of Justice, available at <http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?pr=94&pt=&p1=6&p2=1>.

Basic Principles on the Independence of the Judiciary, Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Milan, 26 August to 6 September 1985, U.N. Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 at 59 (1985), 2.

Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct, United Nations Office on Drugs and Crime, September 2007.

Digest of Decisions taken by the Court, Ninth Annual Report of the Permanent Court of International Justice, Series E. No. 9, June 15th, 1932 – June 15th, 1933.

Modification of the Rules, Acts and Documents Concerning the Organization of the Court, Series D., No. 2, Addendum 2, Permanent Court of International Justice, 1931, available at: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_02_2e_addendum.pdf

Opinion of M. Anzilotti, “Twentieth (Ordinary) Session. Thirty -Fourth Meeting”,

Modification of the Rules, Acts and Documents Concerning the Organization of the Court, Series D., No. 2, Addendum 2, Permanent Court of International Justice, pp. 182-183 y 185 disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_02_2e_addendum.pdf

Practice Directions, as amended on 20 January 2009 and 21 March 2013, International Court of Justice, available at <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=4&p3=0>

Rules of Court adopted March 24 1922, Series D, No. I, Permanent Court of International Justice, available at http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_01.pdf.

Rules of Court, "Statute an Rules of Court and other Constitutional Documents, Rules or Regulations (with the modifications effected therein up to February 21st, 1931)", Acts and documents concerning the organization of the Court, Series D, No. 1, second edition, Permanent Court of International Justice, available at http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_01_2e_edition.pdf

Speech of M. Winiarski, First Public Hearing (I III 62, 10.30 a.m.), Minutes of the Hearing held from I to 31 March 1962 and on 15 June 1962, I. C. J. Pleadings, Temple of Preah Vihear, Vol. II, p. 121.

Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, first edition, Series D, No. 1, Cour Permanente de Justice Internationale, 1926, available at http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_01_1e_edition.pdf

Tratados

Convention for the Establishment of a Central American Court of Justice, (1908) 2 Am. J. Intl. L. Sup 231, available at http://www.worldcourts.com/cacj/eng/documents/1907.12.20_convention.htm

Treaty between Sweden and the United States for the Advancement of Peace, Washington, October 13, 1914, U. S. Treaty Series, No. 607, available at <http://www.jstor.org/stable/2212180?seq=1>

Treaty between France and the United States for the Advancement of Peace, Washington, September 15, 1914, U. S. Treaty Series, No 609, available at <http://www.jstor.org/stable/2212169>

Treaty between China and the United States for the Advancement of Peace, Washington, September 15, 1914, U. S. Treaty Series, No. 619, available at <http://www.jstor.org/stable/2212165>

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, París, 9 de diciembre de 1948, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 78, No. 1021, p. 277, disponible en <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2007/11/27/IV-1.en.pdf>

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 1155, No. 18232, p. 331, disponible en <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2008/01/09/XXIII-1.en.pdf>.

Accord entre le Gouvernement de la République du Mali et le Gouvernement de la République de Haute-Volta concernant la soumission à une Chambre de la Cour Internationale de Justice du différend frontalier entre les deux Etats, Bamako, 16 septembre 1983, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/69/16529.pdf?PHPSESSID=004bf9d08d6f640beb4c342e8c87c370>.

Resoluciones

La resolución 217 (III) A de la Asamblea General “La Declaración Universal de los Derechos del Hombre” A/RES/217 (III) (10 de diciembre de 1948), disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/046/82/IMG/NR004682.pdf?OpenElement>

La resolución 37/10 de la Asamblea General “Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales” A/RES/37/10 (15 de noviembre de 1982), disponible en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp

?symbol=A/RES/37/10

Resolution 64/292 of the General Assembly “The Human Right to Water and Sanitation” A/RES/64/292 (28 July 2010), available at: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292

Resolution 461 of the Security Council Islamic Republic of Iran-USA (31 December 1979), available at: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/370/75/IMG/NR037075.pdf?OpenElement>

Jurisprudencia Internacional

Corte de Justicia Centroamericana

El Salvador v. Nicaragua, CACJ, Judgment of 9 March 1917, 11 Am. J. Int'l L. 674 (1917) available at http://www.worldcourts.com/cacj/eng/decisions/1917.03.09_El_Salvador_v_Nicaragua.htm

Corte Permanente de Justicia Internacional

Affaire relative a la Dénonciation du Traité Sino-Belge u 2 novembre 1865, Cour Permanente de Justice Internationale, Série C, No. 16-1, Section A Documents Transmis par le Gouvernement Belge, Mémoire du Gouvernement Belge, Bruxelles, le 3 janvier 1927.

Denunciation of the Treaty of November 2nd. 1865, between China and Belgium, Order made on January 8th, 1927, P. C. I. J. Series A, No. 8, 1927.

The Factory at Chorzów, (claim for indemnity), (jurisdiction), July 6th, 1927, P. C. I. J. Series A, No. 9, 1927.

The Factory at Chorzów, (indemnities), Order made on November 21st, 1927, Series A, No. 12, 1927.

Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów), Judgment No. 11, of December 16th, 1927, P. C. I. J., Series A, No. 13, 1927.

Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland, Order of August 3rd, 1932, P. C. I. J. Series A/B, No. 48, 1932.

Case concerning the Polish Agrarian Reform and German Minority, Order made on July 29th, 1933, P. C. I. J. Series A/B No. 58, Dissenting Opinion Judge Anzilotti.

The Electricity Company of Sofia and Bulgaria, (Interim Measures of Protection), Order of December 5th, 1939, P. C. I. J. Series A / B, No. 79, 1939.

Corte Internacional de Justicia

Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran), Request for the Indication of Interim Measures of Protection, I. C. J. Reports 1951.

Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran), Order of July 5th, 1951, I. C. J. Reports 1951, p. 89.

Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran), Order of July 5th, 1951, I. C. J. Reports 1951, Dissenting Opinion of Judges Winiarski and Badawi Pasha.

Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction), Judgment of July 22nd, 1952: I. C. J. Reports 1952, p. 93.

Interhandel Case (Interim Measures of Protection), Order of October 24th, 1957: I.C.J. Reports 1957, *Separate Opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht*.

Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgement of 15 June 1962: I. C. J. Reports 1962, p. 6.

Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963: I. C. J. Reports 1963, Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice.

Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972,

p.12

Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 30

Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1974, p. 175.

Trial of Pakistani Prisoners of War, Interim Protection, Order of 13 July 1973, I. C. J. Reports 1973, p. 328.

Procès de prisonniers de guerre pakistanais, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 1973, C. J. I. Recueil 1973, Opinion dissidente de M. Petrán.

Nuclear Tests (New Zealand v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C. J. Reports 1973, p. 135.

Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C. J. Reports 1973, p. 99.

Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C. J. Reports 1973, Dissenting Opinion of Judge André Gros.

Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C. J. Reports 1973, Dissenting Opinion of Judge Forster.

Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C. J. Reports 1973, Dissenting Opinion of Judge Petrán.

Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I. C. J. Reports 1973, Declaration by Judge Jiménez de Aréchaga.

Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I. C. J. Reports 1974, p. 253.

Aegean Sea Continental Shelf, Interim Protection, Order of 11 September 1976, I. C. J. Reports 1976, p. 3

Aegean Sea Continental Shelf, Interim Protection, Order of 11 September 1976, I. C. J. Reports 1976, Separate Opinion of President Jiménez de Aréchaga,

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, (United States of America v. Iran), Order of 15 December 1979, I. C. J. Reports 1979, p. 7.

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I. C. J. Reports 1984, p. 169.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I. C. J. Reports 1984, Dissenting Opinion Judge Schwebel.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1986, p. 14.

Frontier Dispute, Constitution of Chamber, Order of 3 April 1985, I. C. J. Reports 1985, p. 6.

Frontier Dispute, Provisional Measures, Order of 10 January 1986, I. C. J. Reports 1986, p. 3.

Arbitral Award of 31 July 1989, Provisional Measures, Order of 2 March 1990, I. C. J. Reports 1990, p. 64.

Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark), Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I. C. J. Reports 1991, p. 12.

Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark), Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I. C. J. Reports 1991, Separate Opinion Judge Shahabuddeen.

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I. C. J. Reports 1992, p. 3.

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, Remarks Professor Higgins, Public sitting, Thursday 26 March 1991, at 3 p.m., Peace Palace, verbatim record.

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I. C. J. Reports 1992, p. 114

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I. C. J. Reports 1993, p. 3.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C. J. Reports 1993, p. 325.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C. J. Reports 1993, Separate Opinion Judge Weeramantry.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C. J. Reports 1993, Separate Opinion Judge Ajibola.

Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, I. C. J. Reports 1995, p. 288.

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I. C. J. Reports 1996, p. 13.

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, Separate Opinion of Judge Ajibola

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I. C. J. Reports 1996, Declaration Judge Koroma

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I. C. J. Reports 1996, Declaration of Judge Shahabuddeen, p. 28.

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Provisional Measures, Order of 15 March 1996, I. C. J. Reports 1996, Joint Declarations of Judges Weeramantry, Shi and Vereshchetin, p. 31.

Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America), Provisional Measures, Order of 9 April 1998, I. C. J. Reports 1998, p. 248

Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I. C. J. Reports 1999, p. 916.

Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I. C. J. Reports 1999, p. 761.

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I. C. J. Reports 1999, Dissenting Opinion Judge Shi

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I. C. J. Reports 1999, Dissenting Opinion Judge Vereshchein.

LaGrand (Germany v. United States of America), Memorial of the Federal Republic

of Germany, Volume I, International Court of Justice, 16 September 1999.

LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I. C. J. Reports 1999, p. 9

LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 1999, p. 466.

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Provisional Measures, Order of 1 July 2000, I. C. J. Reports 2000, p. 111.

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Provisional Measures, Order of 1 July 2000, I. C. J. Reports 2000, Declaration Judge Oda.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Provisional Measures, Order of 8 December 2000, I. C. J. Reports 2000, p.182

Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Provisional Measures, Order of 5 February 2003, I. C. J. Reports 2003, p. 77.

Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France), Provisional Measures, Order of 17 June 2003, I. C. J. Reports, 2003, p. 102.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I. C. J. Reports 2006, p. 113.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I. C. J. Reports 2006, Separate Opinion of Judge Bennouna.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 23 January 2007, I.C.J. Reports 2007

Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case

concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America), Provisional Measures, Order of 16 July 2008, I. C. J. Reports 2008, p. 311.

Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009, p. 139.

Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, p. 6.

Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, Separate Opinion Judge Koroma.

Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, Separate Opinion Judge *ad hoc* Dugard.

Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, Separate Opinion of Judge Sepúlveda-Amor.

Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I. C. J. Reports 2011, Separate Opinion of Judge Greenwood.

Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 28 April 2011.

Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Request by the Kingdom of Cambodia for the Indication of Provisional Measures.

Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports 2011, p. 537.

Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports, Dissenting Opinion of President Owada.

Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports, Declaration of Judge Koroma.

Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports 2011, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade.

Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. 2011, Dissenting Opinion of Judge Donoghue.

Request for Interpretation of the Judgement of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports, Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh.

Request for Interpretation of the Judgement of 15 June 1962 in the Case concerning

the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports, Dissenting Opinion of Judge Xue.

Request for Interpretation of the Judgement of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I. C. J. Reports, Declaration of Judge *ad hoc* Guillaume.

Crawford, James, *Pleadings*, Public sitting held on Tuesday 31 May 2011, at 5 p.m., at the Peace Palace, President Owada presiding, in the case concerning the Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), CR 2011/16

Opiniones Consultivas

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1971, p. 16.

Tribunal Internacional de Derecho del Mar

The MOX Plant case (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001.

Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Order of 8 October 2003, ITLOS Reports 2003, p. 10

Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Response of the Republic of Singapore of 20 September 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte I.D.H. *Asunto James y otros*. Medidas Provisionales respecto de Trinidad y

Tobago. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de mayo de 1999.

Corte I.D.H. *Asunto James y otros*. Medidas Provisionales respecto de Trinidad y Tobago. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de septiembre de 1999.

Corte I.D.H. *Asunto Luisiana Ríos y otros respecto de Venezuela*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de diciembre de 2003.

Corte I.D.H. *Asunto Castañeda Gutman respecto México*. Medidas Provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de los Estados Unidos Mexicanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2005.

Corte IDH. *Asunto Lysias Fleury respecto Haití*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2008.

Corte I.D.H. *Asunto Fernández Ortega y otros*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de abril de 2009

Corte I.D.H. *Asunto Guerrero Larez*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2009.

Corte I.D.H. *Caso Rosendo Cantú y otra*. Medidas Provisionales respecto de México. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2010

Corte I.D.H. *Asunto Ramírez Hinojosa y otros*. Medidas Provisionales respecto del Perú. Resolución de la Corte interamericana de Derechos Humanos de 3 de febrero de 2010

Corte IDH. *Asunto Alvarado Reyes y otros*. Medidas Provisionales respecto de

México. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2010.

Corte IDH. *Asunto de la Fundación de Antropología Forense de Guatemala*. Medidas Provisionales respecto de la República de Guatemala. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de julio de 2010.

Corte IDH. *Asunto de la Fundación de Antropología Forense de Guatemala*. Medidas Provisionales respecto de la República de Guatemala. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de febrero de 2011.

Corte IDH. *Asunto Rosendo Cantú y otra* respecto de México. Medidas Provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011.

Corte IDH. *Asunto Ramírez Hinojosa y otros*. Medidas Provisionales respecto de la República de Perú. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2011.

Corte IDH. *Asunto Fernández Ortega y otros*. Medidas Provisionales respecto de México. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de abril de 2009.

Corte IDH. *Asunto Fernández Ortega y otros*. Medidas Provisionales respecto de México. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de febrero de 2012.

Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Medidas Provisionales respecto de la República de Colombia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de junio de 2012.

Corte IDH, *Asunto Guerrero Larez*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela.

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2009

Corte IDH. *Asunto Guerrero Larez*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de agosto de 2013.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1990, The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros, Asunto C-213/89, p. I-2466, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96746&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8074>

Opinion of Mr. Advocate General Tesouro, delivered on 17 May 1990, Case C-213/89 The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others.