

CAPÍTULO IV

MEDIDAS PROVISIONALES Y MEDIDAS CAUTELARES

“En definitiva se trata de buscar la eficacia de la justicia frente a situaciones de urgencia que requieren *decisiones también de urgencia*”.

AUGUSTO MARIO MORELLO
ENRIQUE VÉSCOVI

Antes de abordar el análisis de las medidas provisionales¹ y de las medidas cautelares, tanto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos como en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es necesario estudiar el origen, los antecedentes, el concepto y objeto de tales medidas, a fin de entender estas instituciones procesales que nacen en el derecho privado interno de los Estados y —como lo sostiene AUGUSTO CANÇADO TRINDADE—, que luego se trasladan al derecho internacional público, así como su transposición de este al derecho internacional de los derechos humanos, en cuyo ámbito su objeto es la protección (conservatoria) de los derechos humanos.

En primer lugar, estudiaremos el origen de las medidas cautelares y de las medidas provisionales. Con ese propósito traemos a colación la crítica de los distinguidos procesalistas AUGUSTO MARIO MORELLO y ENRIQUE VÉSCOVI, en la siguiente forma: “Decimos *medida cautelar*, porque no nos parece adecuada la distinción que han hecho los internacionalistas entre medidas cautelares y medidas provisionales, provisorias o de urgencia, todas ellas características de aquellas. Esto es que no responden, a nuestro juicio, a una distinción científica”².

¹ Se aclara que en la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se dictan otras medidas denominadas “urgentes”. Para todos los efectos del presente trabajo nos referiremos a medidas provisionales y en algunos casos trataremos las medidas urgentes (en la Corte) y las medidas cautelares (en la Comisión).

² AUGUSTO MARIO MORELLO y ENRIQUE VÉSCOVI, “La eficacia de la justicia. Valor supremo del procedimiento, en el área de la cautela”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 1984, pág. 543.

1. ORIGEN

Cautelar (del latín *cautela*) es un verbo transitivo, que significa “prevenir”, “precaver”. Y *cautela* (del latín *cautela*, de *catus*, *cauto*) “precaución y reserva con que se procede” (...). *Cautelar*, adjetivo derivado de preventivo, precautorio. “Dícese de las medidas o reglas para prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo”³. A su vez el término “*precaver*, prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo”⁴.

RAFAEL ORTÍZ, citando a CASTAGNET Y BARLUENGA, comenta que el término “cautelar”, también da la idea de anticipación de lo “por venir” y de “interinidad”, es el mismo sentido de la palabra “precautoria”⁵.

Medida (de medir). “Acción y efecto de medir. Proporción o correspondencia de una cosa con otra”. GUILLERMO CABANELAS se refiere a la expresión “*Tomar medidas*” diciendo que es “adoptar las disposiciones o dar las órdenes que las circunstancias impongan; de modo singular, para restablecer el orden, cortar el abuso, restablecer la confianza o la disciplina”⁶.

Como corolario puede decirse que por *medidas cautelares* se entiende “adoptar las disposiciones para prevenir un daño o peligro cuando las circunstancias lo impongan”; es en el escenario del derecho procesal en el que se conceptualizan las instituciones jurídicas que estudiaremos en las páginas que siguen.

Consideraremos el término *cautela* en la doctrina del derecho procesal, para lo cual acudiremos a los autores clásicos, para explicar su naturaleza jurídica como una “acción”, o como una “providencia”, o como un “proceso” o un “procedimiento”.

A) *Piero Calamandrei y las providencias cautelares*

Un gran aporte al derecho procesal, en general, y en particular al derecho internacional de los derechos humanos, hizo el insigne procesalista italiano PIERO CALAMANDREI en su célebre obra *Introducción al estudio*

³ *Diccionario de la Lengua Española*, 21^aed., t. I, Real Academia Española, Madrid, España, Editorial Espasa-Calpe, S.A., 1992, pág. 444.

⁴ *Diccionario de la Lengua Española*, ob. cit., t. V, pág. 1095.

⁵ RAFAEL ORTÍZ ORTÍZ, *El poder cautelar general y las medidas innominadas*, 2^a ed., Caracas, Editorial Fróñesis S. A., 2002, pág. 123.

⁶ GUILLERMO CABANELAS, *Diccionario Encyclopédico de Derecho Usual*, t. V, 16^a ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1991, pág. 368.

sistemático de las providencias cautelares, que seguiremos muy de cerca en los siguientes párrafos.

CALAMANDREI considera que la más adecuada denominación es la de *providencia cautelar*, porque “se distingue por sus propios caracteres de todas las otras providencias jurisdiccionales [...]”.

“[...] un carácter distintivo de las providencias cautelares es su *provisoriedad*, o sea la *limitación de la duración* de los efectos [...] propios de estas providencias. Las mismas difieren [...] de todas las otras providencias jurisdiccionales no solo por la *cualidad* de sus efectos, sino por una cierta *limitación en el tiempo* de los efectos mismos [...]”⁷.

¿Cuál es el interés específico que justifica el decreto de cualquiera de las modalidades de las medidas cautelares? Es el punto de reflexión y de partida del procesalista italiano, quien expresa lo siguiente:

“Este interés surge siempre de la *existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva*⁸ (*periculum in mora*⁹). Sobre este concepto del *periculum in mora* es oportuno detenerse con alguna insistencia, porque en él está acaso la clave para alcanzar una definición de las providencias cautelares que agote el concepto.

“En primer término, no se debe identificar el *periculum in mora*, que es condición típica y distintiva de las providencias cautelares, con el peligro genérico del daño jurídico en vista del cual, en ciertos casos, la tutela jurisdiccional puede asumir el carácter preventivo.

“Es preciso no establecer confusión entre la tutela *preventiva* y tutela *cautelar*: conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir la relación de género a especie. En ciertos casos, también nuestro sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional puede surgir, antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible: en estos casos, la tutela jurisdiccional, en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar *a posteriori* el daño producido por la lesión de un derecho, fun-

⁷ PIERO CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, traducción de Santiago Sentís Melendo, prólogo de Eduardo J. Couture, 1945, págs. 31, 36 y 37.

⁸ Se refiere el autor a las sentencias que ponen fin al proceso.

⁹ Peligro en la demora; aplícase a las providencias cautelares porque previenen el riesgo de que la demora en llegar hasta la sentencia haga ilusorio el fin del proceso. GERMAN CISNEROS FARÍAS, *Diccionario de frases y aforismos latinos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pág. 89. Nota fuera de texto.

ciona *a priori* con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la *amenaza* todavía no realizada. Se habla en estos casos, [...] de tutela jurisdiccional *preventiva*, en la cual el interés en obrar surge no del daño sino del *peligro de un daño jurídico* [...].

"En estos casos de tutela preventiva, no estamos, sin embargo, todavía en el campo de la tutela cautelar; en efecto, si se prescinde del momento del interés (que nace aquí del peligro en lugar de nacer de la lesión del derecho) [...].

"Para aproximarse a una noción clara del *periculum in mora* es preciso dar otro paso: no basta que el interés en obrar nazca de un estado de peligro y que la providencia invocada por ello tenga la finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso, además, que a causa de la inminencia del peligro la providencia solicitada tenga carácter de *urgencia* en cuanto sea de prever que si la misma se demorase el daño temido se transformaría en un daño efectivo, o sea agravaría el daño ya ocurrido; de manera que la eficacia preventiva de la providencia resultaría prácticamente anulada o disminuida. La expresión de *providencia de urgencia* [...] para indicar precisamente aquellos casos en que la providencia jurisdiccional, si se quiere que alcance prácticamente su objeto, debe ser dictada *sin retardo*.

"Pero, para que surja el interés específico en reclamar una medida cautelar, es necesario que a estos dos elementos (*prevención* y *urgencia*) se añada un tercero, que es en el que propiamente reside el alcance característico del *periculum in mora*; esto es, hay necesidad de que para obviar oportunamente el *peligro de daño que amenaza el derecho*, la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta, de manera que, en espera de que se madure a través del largo proceso [...] la providencia definitiva, se debe proveer con carácter de urgencia a impedir con medidas provisorias que el daño temido se produzca o se agrave *durante aquella espera* [...].

"Así, pues, la función de las providencias cautelares nace de la *relación que se establece entre estos dos términos*: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso [...] para crear sin retardo una providencia definitiva. Es este uno de aquellos casos (*la disciplina de los cuales constituye quizá el más antiguo y el más difícil problema práctico de toda legislación procesal*) en que la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien: a fin de que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de *justicia*, debe estar precedida del regular y meditado desarrollo de toda una serie de actividades, para el cumplimiento de las

cuales es necesario un período, frecuentemente no breve, de espera, pero esta *mora* indispensable para el cumplimiento del ordinario *iter procesal*, ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada, por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto.

"Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente 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 o mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso"¹⁰.

B) *Los aportes de Piero Calamandrei*

Los aportes del procesalista italiano al derecho procesal general, y en especial al *sistema interamericano de derecho humanos*, son los siguientes:

En primer lugar, en el derecho procesal se distinguen dos clases de providencias judiciales: la *providencia de fondo* o la *providencia definitiva* (sentencia) del proceso, y las demás providencias que el juez adopta en el trámite del proceso; y entre estas se destaca la *providencia cautelar* que tiene el carácter de la provisoriedad o temporalidad, es decir, de la limitación de la duración de sus efectos en el tiempo.

En segundo lugar, la procedibilidad de la *providencia cautelar* requiere la presencia de un interés jurídico, que surge ante la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo en la producción de la *providencia definitiva*; es lo que se denomina *periculum in mora*, es decir, el riesgo o peligro que se corre mientras se dicta la providencia definitiva, y tal riesgo no será otro que la consumación del *daño jurídico*.

En tercer lugar, ante la eminencia del peligro se requiere que la providencia cautelar tenga el carácter de *urgente*, es decir, que el juez debe dictarla *sin retardo*.

En cuarto lugar, entre el daño temido y el daño efectivo existirá la *amenaza* de que este se consume definitivamente transformándose en un *daño irreparable* al derecho.

¹⁰ CALAMANDREI, ob. cit., págs. 36, 40 a 43 y 45.

En quinto lugar, ante la *amenaza* del derecho, la producción de la sentencia (providencia definitiva), que protegería dicho derecho, ofrece el riesgo de convertirse en una decisión judicial ineficaz, por la demora en producirse.

En sexto lugar, la demora en la adopción de la providencia definitiva alimenta el riesgo de la consumación del daño irreparable.

En séptimo lugar, la demora y, consecuentemente, el riesgo de realizarse el daño irreparable, justifica el interés jurídico de la víctima en obtener la providencia para cautelar el derecho, mientras se produce la providencia definitiva que finalmente lo garantice y por lo pronto se protege su existencia.

Estos aportes doctrinales son aplicables a las distintas formas que adquieren las medidas en el sistema interamericano de derechos humanos: las medidas provisionales, medidas urgentes y medidas cautelares.

Como conclusión, para la procedencia de estas medidas se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: que el caso sea grave (i), que sea urgente (ii), y que se busque evitar el daño irreparable (iii)¹¹.

Desde el punto de vista procesal en el sistema interamericano las medidas provisionales se establecieron en la Convención Americana sobre derechos humanos, en los siguientes términos:

“[...] 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar *daños irreparables* a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las *medidas provisionales* que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

Esta preceptiva fue desarrollada posteriormente por los reglamentos de la Corte y de la Comisión Interamericanas; en el de esta se les denominó medidas cautelares y omite el adjetivo “extrema”, a fin de facilitar el rápido pronunciamiento de la Comisión solicitándole al Estado que las adopte.

Desde otro punto de vista, el tratadista uruguayo EDUARDO J. COUTURE expresa que las llamadas *providencias cautelares* o *actos procesales cautelares* “nacen con ocasión del proceso, acceden a este, subsisten mientras subsiste la razón que las justificó y cesan cuando aquella desaparece [...] constituyen el resguardo que protege contra los daños que pudiera causar el juicio que debe seguirse en cierta inferioridad de condiciones”¹².

¹¹ Estos son los estándares internacionales que se exigen para la procedencia de las medidas, según algunos especialistas en la materia.

¹² *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. II, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1979, págs. 868 y 869.

En efecto, las providencias cautelares podrían formularse con anticipación a la iniciación de un proceso, o concomitante o simultáneamente con la presentación de la petición (o demanda); en otras palabras, las medidas se pueden solicitar previamente a la formulación de la petición; en una u otra hipótesis, el objeto es resguardar la protección del derecho contra los daños que podrían producirse eventualmente si tales medidas no se solicitan y decretan judicialmente.

En conclusión, en la Convención Americana y en los reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana se vislumbra el aporte del procesalista italiano CALAMANDREI, en cuanto al contenido, naturaleza y formalidades jurídicas de las medidas cautelares, las medidas provisionales o medidas urgentes.

Antes de iniciar el estudio de las medidas en el sistema interamericano de derechos humanos, esbozemos brevemente las medidas establecidas en una Convención Interamericana, en el marco de la OEA, pero aplicable en procesos civiles, comerciales, laborales y penales, y no en procesos internacionales de derechos humanos.

2. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE EJECUCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La aplicación de las medidas cautelares en el derecho internacional privado también ha tenido notoria significación. En este orden de ideas podemos mencionar la *Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas*, celebrada en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979. En efecto, los Estados Miembros de la OEA¹³ concertaron esta Convención para el *cumplimiento de medidas cautelares*.

El artículo 1º precisa el concepto y objeto de estas medidas, así: “Para los efectos de esta Convención las expresiones ‘medidas cautelares’ o ‘medidas de seguridad’ o ‘medidas de garantía’ se consideran 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. Los Estados Parte podrán declarar que limitan esta Convención solamente a alguna o algunas de las medidas cautelares previstas en ella”.

¹³ Ratificada e incorporada por ley en el derecho interno de la mayoría de los Estados miembros de la OEA, Colombia la aprobó mediante la ley 42 de 1986, Diario Oficial 37.637.

Obsérvese que tienen distinta denominación las medidas; adicionalmente el artículo 10 se refiere a las *medidas conservatorias* o *medidas de urgencia*; sea cual fuere su nombre, el objeto es el mismo: garantizar el resultado de un litigio pendiente o eventual.

En cuanto al alcance de la Convención, el artículo 2º, preceptúa:

“Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Parte en esta Convención darán cumplimiento a las medidas cautelares que, decretadas por jueces o tribunales de otro Estado Parte, competentes en la esfera internacional, tengan por objeto:

”a. El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de las personas, tales como custodia de hijos menores o alimentos provisionales;

”b. El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de los bienes, tales como embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda y administración e intervención de empresas”.

Es decir, que las medidas cautelares protegerían los *bienes* y las *personas*, en especial la custodia de los niños.

Por su parte, el artículo 9º, en cuanto a las personas se refiere, expresa lo siguiente: “Cuando la medida cautelar se refiera a custodia de menores, el juez o tribunal del Estado requerido podrá limitar, con alcance estrictamente territorial, los efectos de la medida a la espera de lo que resuelva en definitiva el juez del proceso principal”.

El objeto de las medidas está definido en el artículo 10 que preceptúa:

“Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Parte en esta Convención ordenarán y ejecutarán, a solicitud fundada de parte, todas las medidas conservatorias o de urgencia que tengan carácter territorial y cuya finalidad sea garantizar el resultado de un litigio pendiente o eventual. Esto se aplicará cualquiera sea la jurisdicción internacionalmente competente de alguno de los Estados Parte para conocer el fondo del asunto, siempre que el bien o derecho objeto de dicha medida se encuentre dentro del territorio sujeto a la jurisdicción de la autoridad a la cual se la solicite. Si el proceso estuviese pendiente, el tribunal que decretó la medida deberá comunicarla de inmediato al juez o tribunal que conoce de lo principal.

”Si el proceso no se hubiere iniciado, la autoridad jurisdiccional que ordenó la medida fijará un plazo dentro del cual deberá el peticionario hacer valer sus derechos en juicio, atendiéndose a lo que en definitiva resuelva sobre los mismos el juez internacionalmente competente de cualquiera de los Estados Parte”.

Entre otros aspectos importantes de esta Convención podemos resaltar los siguientes, en tratándose de la protección cautelar de los niños:

Se establecen en esta Convención medidas cautelares que pertenecen a la esfera del derecho internacional privado, y tienen por objeto regular una relación jurídica en la que intervienen por ejemplo, los padres por la custodia de un niño. Los conflictos jurídicos que se presenten serán resueltos por el juez del lugar del proceso, quien analiza la procedencia para decretar la medida cautelar, según las leyes de su país (Código de Procedimiento). En el evento de ordenarse, la ejecución de la medida será resuelta por el juez del Estado requerido, de conformidad con las leyes de este lugar. Sin embargo, durante el trámite internacional de la medida cautelar, por ejemplo, los niños podrían ser motivo de aberrante disputa entre sus padres (residentes en distintos Estados), por su custodia; estas generalmente son controversias que se resuelven en procesos civiles, pero si está en grave conflicto el *interés superior del niño* con los intereses particulares de los padres, podría el niño ser víctima de violaciones o amenazas a los derechos humanos, cuando el Estado en el cual se halle el niño, por acción u omisión patrocine la violación o la amenaza. En este ejemplo, estaríamos frente a un *hecho internacionalmente ilícito* atribuible al Estado, según el derecho internacional, lo que implicaría que el caso se desplace de la órbita del derecho internacional privado a la esfera del derecho internacional de los derechos humanos; por lo tanto, consideramos que cualquier persona, uno de los padres o una ONG de derechos humanos, podría formular la solicitud de *medidas cautelares* ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para la protección de los derechos humanos de los niños reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derechos del niño, art. 19)¹⁴, con la finalidad de que este órgano internacional de protección y defensa de los derechos humanos solicite al Estado (no al juez civil interno) al que se le atribuye el hecho ilícito, la adopción de las medidas cautelares, por tratarse de un caso de *gravedad y urgencia*, y a fin de *evitar daños irreparables* al niño; más adelante ampliaremos el tema al exponer el caso de los niños Reggiardo Tolosa (en trámite de adopción) contra Argentina.

3. ANTECEDENTES

En el sistema interamericano de derechos humanos, la doctrina internacional presenta varios enfoques acerca de los antecedentes históricos de las medidas.

¹⁴ Para interpretar el alcance del art. 19, la Corte ha utilizado la Convención sobre los Derechos del Niño. Véase Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros), contra Guatemala, sent. 19 noviembre de 1999.

El ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, acerca de los antecedentes históricos de las medidas cautelares, siguiendo varios autores extranjeros, presenta la siguiente síntesis:

“En efecto, la evolución histórica de las medidas provisionales requiere de la doctrina contemporánea algunas precisiones conceptuales, no articuladas suficientemente hasta la fecha, en cuanto a su transposición de los sistemas jurídicos nacionales al ordenamiento jurídico internacional, así como en cuanto a su transposición de este último —en el marco del derecho internacional público— al derecho internacional de los derechos humanos, dotado de especificidad propia. En efecto, las medidas cautelares del derecho procesal interno, inspiraron las medidas provisionales que se desarrollaron posteriormente en el ámbito del derecho procesal internacional.

”En el plano del ordenamiento jurídico interno, el proceso cautelar se desarrolló para salvaguardar la eficacia de la propia función jurisdiccional. La acción cautelar pasó a tener por objeto garantizar, no directamente el derecho subjetivo *per se*, sino más bien la propia actividad jurisdiccional, fue sobre todo la doctrina procesalista italiana de la primera mitad del siglo XX la que dio contribución decisiva para afirmar la autonomía de la acción cautelar. Sin embargo, toda esta constitución doctrinal no consiguió liberarse de un cierto formalismo jurídico, dejando a veces la impresión de tomar el proceso como un fin en sí mismo, y no como un medio para la realización de la justicia.

”Las medidas cautelares alcanzaron el nivel internacional (en la práctica arbitral y judicial internacional), a pesar de la estructura diferente de este, cuando es comparado con el plano del derecho interno. En un estudio pionero, titulado *Les mesures provisoires de procédure internationale et leur influence sur le développement du droit des gens*, publicado en París en 1931, el distinguido jusinternacionalista suizo PAUL GUGGENHEIM señaló con pertinencia que la transposición de las medidas provisionales del orden jurídico interno al internacional —siempre ante la probabilidad o inminencia de un «daño irreparable», y la preocupación o necesidad de asegurar la «realización futura de una determinada situación jurídica»— tuvo el efecto de ampliar el dominio de la jurisdicción internacional, con la consecuente reducción del llamado «dominio reservado» del Estado.

”Esta transposición innovadora enfrentó dificultades, pero a lo largo de los años, la erosión del concepto de «dominio reservado» del Estado (o «competencia nacional exclusiva») se tornó evidente, para lo cual contribuyó la propia práctica judicial internacional.

”En efecto, en el derecho procesal tanto interno como internacional, las medidas cautelares o provisionales, respectivamente, tienen además el propósito común de buscar mantener el equilibrio entre las partes, en la medida de lo posible. La ya mencionada transposición de dichas medidas del orden interno al internacional —específicamente, al contencioso *internacional*—, no parece haber generado, en este particular, un cambio fundamental en el *objeto* de tales medidas. Este cambio solo vino a ocurrir con la más reciente transposición de las medidas provisionales del ordenamiento jurídico internacional —el contencioso tradicional entre Estados— al derecho internacional de los derechos humanos, dotado de especificidad propia.

”Es en el ámbito de este último donde las medidas provisionales se liberan del formalismo jurídico de la ciencia jurídica del pasado. En el derecho internacional de los derechos humanos, las medidas provisionales van más allá en materia de protección, revelando un alcance sin precedentes: en el presente dominio, tales medidas, además de su carácter especialmente preventivo, *protegen efectivamente derechos fundamentales*, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a la persona humana como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos”¹⁵.

En este marco histórico, el procesalista HÉCTOR FIX-ZAMUDIO señala que esta institución procesal se consagró inicialmente en el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuyo texto expresa lo siguiente:

”La Corte tendrá la facultad de señalar, si considera que las circunstancias lo ameritan, cualesquier medidas provisionales que debieran tomarse para preservar los derechos respectivos de cualquiera de las partes.

”Pero es evidente que las providencias o medidas cautelares tienen mayor significado en el derecho internacional de los derechos humanos, pues en esa materia, más que en ninguna otra, es imprescindible evitar que durante la tramitación de un procedimiento ante los órganos tutelares [...], se consumen de manera irreparable las violaciones de los derechos establecidos en los convenios internacionales respectivos, o se afecte a las personas que deben comparecer o han comparecido como testigos o peritos en estos procedimientos.

”Esta necesidad ha determinado que si bien la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrita en la ciudad de Roma en 1950 y que entró en vigor en 1953, no otorgó facultades a la Comisión y a la Corte Europeas de Derechos

¹⁵ ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *Prólogo* al Compendio de resoluciones de la Corte, medidas provisionales, ob. cit., pág. x.

Humanos para solicitar u ordenar medidas precautorias o cautelares, la práctica hizo necesario introducir este instrumento procesal en los reglamentos de ambos organismos y las mismas se han decretado en varias ocasiones [...]”¹⁶.

Es decir, las medidas cautelares no nacieron con el tratado internacional que creó la Corte Internacional o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el actual Reglamento (de 14 de abril de 1978) de la Corte los arts. 73 a 78 regulan el procedimiento de las medidas provisionales. Este antecedente lo heredó el sistema interamericano, en relación con las medidas cautelares, y su origen lo tenemos en el Reglamento de la Comisión Interamericana (art. 25) y las medidas provisionales tuvieron origen en la Convención Americana (art. 63.2).

En el mismo horizonte de la exposición de Fix-ZAMUDIO, la profesora y tratadista norteamericana Jo M. PASQUALUCCI, hace la siguiente explicación: “La Convención Europea no tiene disposición alguna que autorice la adopción de medidas provisionales. En los primeros años de vida del sistema, cuando se percibía la necesidad de aplicar medidas provisionales el Secretario, en nombre de la Comisión Europea, pedía a las partes estatales de manera extraoficial que se abstuvieran de emprender determinadas acciones. La mayoría de los Estados cumplía de manera voluntaria con esas peticiones. Posteriormente la Comisión Europea incorporó un reglamento que la autorizaba a señalar medidas provisionales. En estos momentos la autoridad para la adopción de medidas provisionales emana del Reglamento de la Comisión Europea y de la Corte Europea”¹⁷.

Siguiendo a CHARLES ROUSSEAU, el ex juez de la Corte Interamericana ASDRÚBAL AGUIAR-ARANGUREN tiene un criterio diferente, en cuanto a los antecedentes históricos: “Los antecedentes de las medidas provisorias en el Derecho de gentes parecen encontrarse, primeramente, en el Convenio que instituyó en 1907 la Corte de Justicia Centroamericana y, más luego, en los Tratados Bryan suscritos a partir de 1913 por iniciativa de los Estados Unidos”¹⁸.

¹⁶ HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Prólogo* al Compendio de resoluciones de la Corte, medidas provisionales: 1987-1996, E: núm. 1, 1996, pág. viii.

¹⁷ Jo M. PASQUALUCCI, “Medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una comparación con la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos”, en *Revista IIDH*, núm. 19, enero-junio 1994, San José de Costa Rica, págs. 61 y 62.

¹⁸ ASDRÚBAL AGUIAR-ARANGUREN, “Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos*, Rafael Nieto Navia (Editor) CIDH, 1994, pág. 20.

Estos antecedentes los explica ampliamente RAFAEL NIETO NAVIA, en la siguiente forma:

“La Convención para el establecimiento de una Corte de Justicia Centroamericana (Washington, 20 de diciembre de 1907), decía en su artículo xviii:

”«Artículo xviii

”»Desde el momento en que se indique alguna reclamación contra uno o más Gobiernos hasta el en que se falle definitivamente, la Corte podrá fijar la situación en que deban permanecer las Partes contendientes, a solicitud de cualquiera de ella, a fin de no agravar el mal, y de que las cosas se conserven en el mismo estado mientras se pronuncia el fallo definitivo».

”Por su parte, el artículo 17.3 del Reglamento de la Corte, rezaba:

”«Art. 17.—La jurisdicción ordinaria de la Corte comprende:

”»(...).

”»3º. La potestad de fijar en armonía con el artículo xviii de la Convención, la situación en que las Partes contendientes deban permanecer durante el juicio entre ellas iniciado, y en consecuencia, la de dictar todas las providencias precautorias, que al efecto estime indispensables, así como la de modificarlas, suspenderlas o revocarlas, según las circunstancias».

”El artículo 10 de la Ordenanza de Procedimientos de la Corte, limitaba la aplicación del artículo xviii transcrita, en los siguientes términos:

”«Art. 10.—El derecho de las partes contendientes para solicitar de la Corte la fijación de las medidas precautorias, autorizadas por el artículo xviii de la Convención, solo podrá ser atendido como consecuencia de una reclamación o controversia iniciada con los requisitos del artículo 6 de esta Ordenanza».

”(...).

”Esas Comisiones recibieron poder de ordenar medidas preventivas, enderezadas a obtener las pruebas requeridas por la investigación o a preservar a título provisional los derechos de cada una de las Partes, mientras el informe final era expedido (art. 4.2). Las Comisiones no eran un órgano judicial ni sus decisiones tenían otro carácter que el de meras propuestas y, dentro de la misma tónica, las medidas no podían ser ordenadas sino indicadas sin carácter obligatorio”¹⁹.

¹⁹ RAFAEL NIETO NAVIA, “Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: teoría y praxis”, en *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, ob. cit., págs. 173-175.

Obsérvese que las medidas tenían por objeto, o mejor, podrían recaer sobre *pruebas* requeridas por una investigación, o sobre *derechos*. Es importante resaltar que las medidas se *indicaban* por la Corte de Justicia mas no se *ordenaban*.

En conclusión, *las medidas* tienen sus antecedentes en la Convención que creó la Corte de Justicia Centroamericana, en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, que a su vez se inspiró en la jurisprudencia de esta Corte.

4. CONCEPTO

Examinaremos en lo que sigue, según la doctrina y la jurisprudencia internacionales, el concepto de las medidas con referencia al sistema interamericano de derechos humanos.

A) *Según la doctrina*

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, expone:

“A partir de la clásica definición del ilustre procesalista italiano PIERO CALAMANDREI, en el sentido de que deben considerarse como tales la anticipación provisional de ciertos efectos de la providencia definitiva; efectos encaminados a prevenir el daño que podría derivar del retardo del fallo, se ha puesto de relieve la importancia que para todo el proceso tiene la institución cautelar, porque sin la aplicación de este instrumento, el resultado final, es decir, la sentencia, carecería de eficacia, o la misma sería muy reducida, además de los perjuicios, graves o irreparables, que puedan afectar a las partes.

”En el derecho procesal internacional de los derechos humanos, las medidas precautorias o cautelares asumen una trascendencia fundamental, porque *si no se dictan de manera oportuna y adecuada*, los daños que se pueden causar a los afectados por la conducta de las autoridades estatales, pueden ser, y de hecho lo son en la mayor parte de los casos, de carácter irreparable, además de que la violación se refiere a los derechos esenciales de la persona humana”²⁰.

De la exposición de CALAMANDREI, el maestro Fix-ZAMUDIO infiere los tres requisitos que deben reunirse para la procedencia de las medidas precautorias, a saber: que el caso sea grave (i), que sea urgente (ii), y que se busque evitar el daño irreparable (iii).

²⁰ HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos*, ob. cit., págs. 199 y 200.

“Podemos decir que el derecho internacional de los derechos humanos —que es esencialmente un *derecho de protección* del ser humano— las medidas provisionales alcanzan efectivamente su plenitud, revistiéndose de un carácter, más que cautelar, verdaderamente *tutelar*”²¹.

ENRIQUE M. FALCON, siguiendo a los procesalistas PODETTI y A. LSINA, nos dice que las medidas cautelares “son actos procesales del órgano jurisdiccional, adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo, o previamente a él, a pedido de los interesados, o de oficio, *para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o para seguridad de personas* o satisfacción de sus necesidades urgentes, como un anticipo que puede no ser definido. La medida cautelar es una garantía jurisdiccional de la persona o los bienes para hacer eficaces las sentencias de los jueces”²² (bastardilla fuera del texto).

De la anterior definición se destacan los siguientes elementos: 1) las medidas son actos procesales proferidos por un órgano jurisdiccional; 2) pueden decretarse previamente a la iniciación de un proceso, o con el proceso, es decir, por medio del acto procesal que admite una demanda y también podrán decretarse en cualquier etapa procesal en un proceso; 3) el objeto podrá ser: a) para asegurar personas; b) para asegurar bienes; c) para asegurar pruebas, y d) para mantener situaciones de hecho, y 4) en cualquiera de estas hipótesis las medidas deben revestir el carácter de la urgencia. En este trabajo nos ocuparemos de explicar estos elementos.

B) *Según la jurisprudencia*

La jurisprudencia internacional expresa lo siguiente:

“En «el Derecho internacional de los derechos humanos las medidas provisionales tienen fundamentalmente un carácter no solo cautelar en el sentido de que preservan una relación jurídica, sino también tutelar por cuanto protegen derechos humanos»; cuando se satisfacen los requisitos para aplicarlas, «se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo». *Solicitud de medidas provisionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Costa Rica, Caso del Periódico ‘La Nación’*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de mayo de 2001, punto 4 de Vistos”²³.

²¹ CANÇADO TRINDADE, *Prólogo* al Compendio de resoluciones de la Corte, Medidas provisionales, ob. cit., pág. x.

²² ENRIQUE M. FALCON, *Gráfica procesal*, t. iv, 2^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, págs. 14 y 15.

²³ GARCÍA RAMÍREZ, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, ob. cit., pág. 129.

Como este Caso existen otros en los que la Corte ha expresado que “las medidas provisionales tienen un carácter no solo cautelar en el sentido de que preservan una *situación jurídica*, sino fundamentalmente tutelar *por cuanto protegen derechos humanos*, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas”²⁴.

5. OBJETO

Examinaremos, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, cuál es el objeto de las medidas cautelares.

A) *Según la doctrina*

Para el jurista brasileño CANÇADO TRINDADE,

“7. [...] las medidas provisionales buscan asegurar que la sentencia de fondo no sea perjudicada por acciones indebidas de las partes *pendiente lite*. Las partes deben, pues, abstenerse de cualquier acción que pueda ampliar o agravar la controversia y tener un efecto perjudicial en la ejecución de la futura sentencia de fondo. Este *rationale* de las medidas provisionales en el derecho procesal internacional tiene sus raíces en el de las medidas cautelares en el derecho procesal interno.

”[...].

”21. Hasta la fecha, las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana, o las medidas urgentes dictadas por su Presidente, han efectivamente protegido derechos fundamentales, esencialmente el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal (física, psíquica y moral)”²⁵.

El objeto de las medidas también podría proyectarse en un sentido futurista, es decir, que no se circunscriba exclusivamente a los derechos a la vida y a la integridad personal, sino que también se extiendan a la protección de otros derechos humanos, como se expondrá con casos resueltos por la Comisión y la Corte Interamericanas.

Veamos lo que sostiene el ex presidente de la Corte CANÇADO TRINDADE:

²⁴ Corte CIDH, Resolución, 22 abril 2004, medidas provisionales, Caso de la Cárcel de Urso Branco contra Brasil, considerando 4.

²⁵ ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *Prólogo al Compendio de resoluciones de la Corte, Medidas provisionales: 1996-2000, Serie E: núm. 2, 2000*, págs. ix y x. Obsérvese la distinción entre medidas provisionales y medidas urgentes.

“Pero siendo todos los derechos humanos interrelacionados e indivisibles, no parece haber, jurídica y epistemológicamente, impedimento alguno a que vengan en el futuro a amparar otros derechos humanos”²⁶.

CANÇADO TRINDADE sostiene que en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, por ejemplo, las medidas provisionales de protección se han dado, en su gran mayoría, en casos de probabilidad o riesgo de extradición o expulsión (permitiendo al peticionario quedarse en el país en que se encuentre hasta que la Corte Europea decida el fondo de los casos), en circunstancias que pudieran, si consumada la extradición o expulsión, someter al individuo, en el país receptor, a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes, en los términos del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

RAFAEL NIETO NAVIA comenta que “no existe, sin embargo, en principio, razón alguna para excluir ciertos derechos, siempre y cuando exista el riesgo de *daño irreparable*”²⁷.

Siguiendo esta tendencia jurisprudencial, la tratadista norteamericana PASQUALUCCI sostiene que “en estos casos, en que es muy probable que el solicitante sufra daños irreparables en el país que recibe, la Comisión Europea puede pedir que el Estado europeo que está amenazando con la expulsión o la extradición se abstenga de tomar esta acción y permita al solicitante permanecer en el sitio hasta que la Comisión y la Corte Europeas hayan examinado el caso. La Comisión Europea determinará esta medida provisional solo cuando una de las partes presenta pruebas que demuestran la probabilidad de que de la expulsión podrían resultar daños irreparables [...].

“La Corte Europea ha mantenido, en el caso Cruz Varas contra Suecia, que una disposición sobre medidas provisionales no incluida en la Convención es meramente procesal y por lo tanto no crea una obligación vinculante para las partes contratantes. En el caso Cruz Varas un ciudadano chileno al que se había negado el asilo político en Suecia pidió a la Comisión Europea que considerara su situación. Sostenía él que su expulsión hacia Chile, en donde con toda probabilidad sería torturado, se reducía a tratamiento inhumano en violación del artículo 3º de la Convención Europea, que prohibía la tortura y el tratamiento o castigo inhumano o degradante. La Comisión Europea solicitó que Suecia, de conformidad con

²⁶ *Idem, Ibidem.*

²⁷ RAFAEL NIETO NAVIA, “Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: teoría y praxis”, en *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, ob. cit., pág. 398.

la disposición 33 sobre medidas provisionales, pospusiera la expulsión de Cruz hasta que la Comisión pudiera conocer su caso y llegar a una decisión. Suecia no acogió la solicitud de la Comisión para que se aplicaran medidas provisionales y consumó la expulsión. Posteriormente, la Comisión Europea determinó que Suecia había violado la Convención. Suecia remitió el caso a la Corte Europea, la que sostuvo que, a falta de una disposición concreta en la Convención, la Comisión Europea no tenía facultades para ordenar que se aplicaran medidas provisionales”²⁸.

El Caso Cruz Varas es el siguiente²⁹:

En nuestro criterio consideramos que las medidas cautelares o provisionales proceden en relación con todos los derechos civiles y políticos, por ejemplo el derecho a la propiedad privada, y también de algunos derechos sociales, económicos y culturales, como tendremos oportunidad de explicarlo, porque como sostiene CANÇADO TRINDADE todos los derechos humanos son “interrelacionados e indivisibles”.

B) *Según la jurisprudencia*

Citaremos la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia de La Haya y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte de La Haya, en la providencia de mayo 10 de 1984, Caso Nicaragua contra Estados Unidos de América³⁰ (solicitud de adopción de

²⁸ Jo M. PASQUALUCCI, *Medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una comparación con la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos*, ob. cit., págs. 61-63.

²⁹ Héctor Cruz Varas ingresó a Suecia el 28 de enero de 1987, pidiendo asilo político al día siguiente; interrogado por la policía expresó que en Chile había sido activista político y perseguido por la dictadura de Pinochet; fue capturado y sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, y que si volvía a Chile se presumía que sería perseguido políticamente, torturado y que peligraría su vida. El 5 de octubre de 1989 Cruz Varas y su familia (esposa y un niño), presentaron una denuncia internacional con medidas cautelares por violación de los derechos humanos reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 3 (sometimiento a torturas) y art. 8 (separación de la familia), contra el Estado de Suecia, con el fin de que la Comisión Europea de Derechos Humanos suspendiera la orden de expulsión hacia Chile, a lo cual accedió el día siguiente, siendo comunicada telefónicamente la orden al gobierno de Suecia.

³⁰ *Hechos*: se trataba de actividades militares y paramilitares de Estados Unidos en contra de Nicaragua, al reclutar, entrenar, armar, equipar, financiar, preservar, fomentar, apoyar, ayudar y dirigir tales actividades, para lo cual realizó ataques armados por aire, tierra y mar, incursiones armadas en aguas territoriales y en el espacio aéreo y, además, mató, hirió y secuestró ciudadanos nicaragüenses, todo lo cual causó daños a las personas, las propiedades particulares y a la economía nicaragüense.

medidas cautelares de 9 de abril de 1984), precisa el objeto de estas medidas, en los siguientes términos:

“Por cuanto, según los términos del artículo 41 del Estatuto, la Corte puede establecer la adopción de medidas cautelares solo si se considera que las circunstancias así lo exigen a efectos de preservar los derechos de cada parte, mientras esté pendiente la decisión”.

La Corte Internacional, previa advertencia de que “no puede efectuar afirmaciones definidas de hecho, resolvió favorablemente por unanimidad la solicitud de medidas cautelares, en el siguiente orden:

”1. Los Estados Unidos de América deberán cesar inmediatamente y abstenerse de cualquier acción tendiente a restringir, bloquear o poner en peligro el acceso de o hacia puertos nicaragüenses y en particular de la instalación de las minas;

”2. El derecho a la soberanía y la independencia política que posee la República de Nicaragua [...], deberá ser plenamente respetado [...], en particular por el principio según el cual los Estados deberán evitar, en sus relaciones internacionales, la amenaza o utilización de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, y el principio concerniente a la obligación de no intervenir en los problemas relativos a la jurisdicción doméstica de un Estado, principios incorporados a la Carta de las Naciones Unidas y a la Carta de la Organización de Estados Americanos.

”3. Los gobiernos de los Estados Unidos de América y de la República de Nicaragua deberán asegurar que no se adopte ningún tipo de acción posible de agravar o extender el conflicto armado sometido a la Corte.

”4. Los gobiernos de los Estados Unidos de América y de la República de Nicaragua deberán asegurar que no se adopte ninguna acción que pueda perjudicar los derechos de la otra Parte en relación con el cumplimiento de cualquier decisión que la Corte adopte en el caso.

”Decide, además, que hasta que la Corte se pronuncie en definitiva sobre este caso, los problemas que esta Orden abarca serán permanentemente revisados”.

HÉCTOR GROS ESPIELL³¹, en comentario a la precitada providencia, ha expresado lo siguiente:

³¹ H. GROS ESPIELL, “Medidas provisionales y competencia de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 1984, pág. 540.

“La Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte International de Justicia, fundadas en las normas de sus Estatutos y Reglamentos, han aceptado siempre la posibilidad de adoptar medidas cautelares «con el objeto de salvaguardar los derechos de las partes cuando el perjuicio que los amenaza parece irremediable»³².

”Esta jurisprudencia, que se remonta al caso del Territorio de Sud Este de Groenlandia³³, se ha mantenido después de manera inalterable, afirmándose y precisándose³⁴, y ha sido seguida después, por la Corte International de Justicia”³⁵.

El anterior es un sólido y profundo precedente judicial en un caso entre Estados; con las medidas cautelares se protegió el territorio (con los bienes de propiedad privada), la población considerada como el conjunto de seres humanos, nacionales o extranjeros, la soberanía del Estado ante posibles amenazas de nuevos ataques de Estados Unidos.

En la jurisprudencia del sistema interamericano el objeto de las medidas cautelares es el siguiente. Según la Corte:

”7. Que el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes de la controversia, asegurando que la sentencia de fondo (*supra* Visto 6) no sea perjudicada por las acciones de ella *pendente lite*.

”8. Que el propósito de las medidas urgentes y provisionales, en el derecho internacional de los derechos humanos, va más allá, por cuanto, además de su carácter esencialmente preventivo, protegen efectivamente derechos fundamentales, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas”³⁶.

El objeto de las medidas puede apreciarse desde otro ángulo jurídico: ¿sobre qué recae la medida? Obviamente que las medidas recaen sobre los

³² JUAN ANTONIO PASTOR RIDRUEJO, *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya*, Madrid, 1962, pág. 231; PAUL GUGGEMBEIN, *Les mesures conservatoires dans la procedure arbitrale et judiciaire*, Recueil des Tours, Academie International, 1936, t. 40.

³³ C. I. J., Serie A/B, núm. 48, págs. 283-284-287.

³⁴ C.P.J.I., Reforma Agraria Polaca, Serie A/B, núm. 48, págs. 177, 178, 179; C.P.J.I., Compañía de Electricidad de Sofía y Bulgaria, Serie A/B, núm. 79, pág. 179; C.P.J.I., Serie A., núm. 12, pág. 10 (Véase, EDWARD HAMBRO, *The Case Law of the International Court*, Sijthoff, t. 1, Leyden 1966, págs. 346-350).

³⁵ Por ejemplo I. C. J., Reports 1973, Nuclear Test, Order of 22-VI- 73 (HAMBRO, ob. cit., VIII, 1976, págs. 404-405).

³⁶ Corte CIDH, Resolución de 20 noviembre 2003, medidas provisionales, Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala, págs. 8 y 9 (sin publicar).

derechos humanos para evitar daños irreparables a las personas, pero también podrían recaer sobre bienes, por ejemplo el derecho a la propiedad privada, o sobre pruebas como lo disponía la Corte de Justicia, por ejemplo, para asegurar los testimonios o el dictamen de peritos, como lo define el tratadista FALCON; también podrían referirse a amenazas y violaciones a los *derechos humanos*, o dictarse para preservar una *situación jurídica*. Ampliaremos este tema.

C) *Las amenazas a los derechos humanos*

El objeto de las medidas cautelares o provisionales es el de proteger derechos humanos ante *amenazas* por un Estado, o por particulares con la aquiescencia, tolerancia, beneplácito u omisión del Estado, o por un Estado dentro de la “jurisdicción” de otro Estado.

Antes de explicar las hipótesis planteadas, resolvamos el siguiente interrogante:

¿Qué se entiende por *amenazas*? Según los diccionarios:

“Dicho o hecho con que se da a entender el propósito más o menos inmediato de causar un mal”³⁷.

“En un sentido vulgar significa dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro. Desde el punto de vista penal, significa el anuncio en hechos o expresiones, de causar a otro un mal que constituya delito bien en su persona, honra o propiedad.

”Todas las personas tienen derecho al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida [...].

”Aunque no todos los autores están de acuerdo sobre cuáles deben ser los conceptos que han de concurrir para estar en presencia (de una amenaza), conforme a nuestro más alto tribunal, aparece:

”[...]

”b) El anuncio del mal con que se amenaza ha de ser futuro, injusto, determinado y posible.

”c) Que el mal anunciado ha de depender de la voluntad de la persona que lo hace.

”d) Que hay que tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes, como las personas que intervienen, los actos tanto anteriores como simultáneos y los posteriores al hecho materia de la amenaza.

³⁷ GUILLERMO CABANELAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. v, 16^a ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1991, pág. 272.

"e) Que el actuar de esa manera ha de hacerse premeditadamente"³⁸.

Según la doctrina: "Las medidas provisionales de protección han sido ordenadas en la práctica en casos implicando una *amenaza* inminente a la vida o integridad personal"³⁹ (lo resaltado fuera del texto).

Se infiere de lo anterior, que por lo general las medidas provisionales y cautelares giran alrededor de las *amenazas*, como también de las violaciones en algunos casos. Tanto en una como en otra el efecto de la medida es diferente: en la amenaza se busca evitar la vulneración, mientras que en la violación lograr la cesación de sus efectos.

Es importante diferenciar conceptualmente la *violación* (o vulneración) y la *amenaza*. La violación "lleva implícito el concepto de daño o perjuicio. Se vulnera un derecho cuando el bien jurídico que constituye su objeto es lesionado: se *amenaza* el derecho cuando ese mismo bien jurídico, sin ser destruido, es puesto en trance de sufrir mengua. En el primer caso la persona afectada ya ha sido víctima de la realización ilícita. En el segundo, por el contrario, la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de un daño. Con respecto al término *amenaza* es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de elección, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La *amenaza* requiere un mínimo de evidencia fáctica de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral"⁴⁰.

Una primera conclusión sería que las medidas recaerían sobre amenazas, es decir, que el hecho internacionalmente ilícito estaría por suceder, y las medidas se decretarían para evitar daños irreparables a las personas, pero si el hecho se realizó y ya tuvo lugar la violación a los derechos humanos, ¿en esta hipótesis sería inocua la adopción de las medidas? La respuesta es que no todas las violaciones tienen el mismo efecto, alcance y duración en el tiempo. Veamos:

D) *Las violaciones a los derechos humanos*

¿Es posible que el objeto de las medidas cautelares y de las medidas provisionales recaiga sobre *violaciones* de los derechos? La respuesta debe ser afirmativa, dependiendo de las circunstancias en que el *hecho internacional*

³⁸ *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, 1998, pág. 55.

³⁹ ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *Prólogo* al Compendio de resoluciones de la Corte, medidas provisionales, ob. cit., pág. xiv.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, sents. T-412 de 12 junio 1992 y T-225 de 15 julio 1993 (casos de amparo constitucional).

nalmente ilícito se realice o se consume, porque todas las situaciones fácticas son diferentes, en cuanto a tiempo, modo, lugar y duración, “es decir, determinar si la duración de este tiempo no es más que instantánea o bien si se distribuye a lo largo de un período de tiempo más o menos dilatado (determinación del *tempus commissi delictum*)”⁴¹.

Desde este punto de vista, AMPARO SANJOSÉ GIL⁴² sostiene que “en relación con la determinación del momento y duración de la violación de una obligación jurídico-internacional «se presenta» la siguiente clasificación, en materia de derechos humanos:

”a) violación mediante un hecho del Estado que no se extienda en el tiempo;

”b) violación mediante un hecho del Estado que se extienda en el tiempo. Dentro de este grupo se distingue entre:

”i) violación mediante un hecho de carácter continuo;

”ii) violación mediante un hecho compuesto;

”iii) violación mediante un hecho de carácter complejo;

”c) violación de prevenir un acontecimiento dado”⁴³.

Explicaremos a continuación esta clasificación⁴⁴, haciendo más comprensible la denominación de cada modalidad de violación, siguiendo las definiciones del *Articulado sobre responsabilidad del Estado*, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, citado en el capítulo anterior.

El artículo 12 de esta preceptiva, en relación con la existencia de una violación de una obligación internacional, establece que: “Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado *no está en conformidad* con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”.

1) *Violación mediante un hecho internacionalmente ilícito del Estado que no se extienda en el tiempo (hecho instantáneo)*. Es posible que el *hecho* que origina la violación se consume inmediatamente, o lo que la doctrina denomina “hecho instantáneo”: “el hecho reviste carácter ilícito des-

⁴¹ GONZÁLEZ CAMPOS y otros, ob. cit., pág. 306.

⁴² Ver *supra*, pág. 77, cita 76.

⁴³ SANJOSÉ GIL, ob. cit., pág. 71.

⁴⁴ Clasificación que proviene del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, aplicable a las *amenazas y violaciones* de los derechos humanos, porque se trata de hechos internacionalmente ilícitos. Ver *supra*, págs. 77 y 83.

de el momento de su realización”⁴⁵, es decir, que el hecho se habrá agotado; por ejemplo, la muerte de una persona⁴⁶.

En caso de muerte, por obvias razones no procederían las medidas provisionales o cautelares, a no ser que el Estado atente contra la integridad de los testigos que declararían en el proceso internacional ante la Corte, a fin de definir la responsabilidad internacional y las reparaciones a los familiares de las presuntas víctimas, a quienes también se les podría hacer extensivas las medidas, en circunstancias semejantes de gravedad y urgencia.

2) *Violación mediante un hecho internacionalmente ilícito del Estado que se extienda en el tiempo*

a) *Hecho internacionalmente ilícito continuo*. El artículo 14, numeral 2 del Articulado, expresa: “2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”. Otra modalidad es el denominado “hecho continuo”: “(...) la violación comienza desde el principio de la realización de ese hecho y se extiende durante todo el período en que persista el mismo”⁴⁷.

En otras palabras, “es el hecho que después de haberse producido continúa siendo como tal, y no solo en sus efectos y consecuencias”⁴⁸.

Los ejemplos que ofrece la doctrina son: mantenimiento en vigor de disposiciones legales incompatibles con las disposiciones de un tratado; una detención ilegítima, etc. La Corte Interamericana destacó la incompatibilidad de la Constitución Política de Chile que permitía que una ley estableciera un sistema de censura para la exhibición de la producción cinematográfica, y el artículo 13.2 de la Convención Americana la prohíbe⁴⁹; lo mismo sucede con las llamadas “leyes de amnistía” por graves violaciones a los derechos humanos (torturas, desapariciones y ejecuciones extrajudiciales) o la incompatibilidad de leyes que violan la independencia o imparcialidad del poder judicial (Caso de “Genie Lacayo” contra Nicaragua).

En estas hipótesis, se debe precisar si las normas jurídicas son de aplicación inmediata. La violación a los derechos humanos se produce por el solo hecho de su expedición, por ejemplo, una ley que establezca la

⁴⁵ *Ibidem*, ob. cit., pág. 71.

⁴⁶ URIOSTE BRAGA, ob. cit., pág. 18.

⁴⁷ SANJOSÉ GIL, ob. cit., pág. 72.

⁴⁸ URIOSTE BRAGA, ob. cit., pág. 18.

⁴⁹ Caso “La última tentación de Cristo” contra Chile, sent. de 5 febrero 1991, párrafo 72 y punto 4 de la parte resolutiva de esta sentencia.

confiscación de los bienes de propiedad de una comunidad indígena. “Cuando se trate de aquellas normas que solamente violan los derechos humanos cuando se aplican, para evitar que tales violaciones se consumen, la Convención contempla los mecanismos de las medidas provisionales” (Opinión Consultiva OC-14/93, párrafo 44).

En una u otra hipótesis, se trata de un “hecho internacionalmente ilícito continuo”.

DIEGO RODRÍGUEZ-PINZÓN⁵⁰ cita los siguientes ejemplos: en el Caso Genie Lacayo contra Nicaragua⁵¹ la Corte Interamericana consideró como *violación continua* la denegación de justicia. Tiene el mismo carácter, la desaparición forzada de personas (Caso Blake contra Guatemala). La Corte Europea de Derechos Humanos, en el Caso Papamichalopoulos contra Grecia consideró que la expropiación de un terreno era una violación *continua* al tenor del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Comenta RODRÍGUEZ-PINZÓN que “La Comisión también tiene jurisdicción para declarar la incompatibilidad de legislación interna con la Convención [...], aun cuando el requisito de víctima no estuviere presente [...] en el contexto de un caso individual o informe general, que leyes internas son incompatibles con la Convención”⁵².

b) *Hecho internacionalmente ilícito compuesto*. (Serie de hechos ilícitos relativos a casos distintos)⁵³. El Articulado, en el artículo 15, expresa: “1. La violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.

”2. En tal caso, la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”. “En el supuesto del *hecho compuesto*, al igual que en el caso anterior, se trata de un hecho que se extiende en el tiempo, pero, a la inversa del hecho continuo, está constituido no por una, sino por varias actuaciones, de la misma naturaleza, y que

⁵⁰ DIEGO RODRÍGUEZ PINZÓN, ob. cit., págs. 241-242.

⁵¹ Corte IDH, Caso Genie Lacayo contra Nicaragua, sent. (de excepciones preliminares) de 27 enero 1995, párrafos 23 a 26.

⁵² RODRÍGUEZ PINZÓN, ob. cit., pág. 263.

⁵³ ALEJANDRO J. RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Lecciones de derecho internacional público*, 3^a ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1994, pág. 315.

tiene el mismo objeto. [...] Para el caso concreto del hecho compuesto, la solución [...] es, por una parte, considerar que el momento de la violación de la obligación se produce cuando se realice la acción u omisión concadenados [sic] que determine la existencia del hecho compuesto, pero, por otra parte, la duración de la perpetración del hecho ilícito abarcará todo el período desde la primera de las acciones u omisiones que en conjunto constituyan el hecho compuesto”⁵⁴; por ejemplo, en un Estado con un gobierno de extrema derecha, es una práctica sistemática que organismos de seguridad del Estado capturen personas (hijos de guerrilleros, paramilitares de origen indígena), sin previa orden judicial, por “serios motivos de sospecha” de atentar contra la estabilidad del gobierno, y luego son torturados y asesinados públicamente generando angustia, inseguridad y temor no solo en los familiares de las víctimas, sino que también se extienden a la comunidad, y los órganos de control en lugar de investigar y sancionar a estos funcionarios estatales los encubre como violadores de derechos humanos, y posteriormente los jueces los absuelven, para lo cual el gobierno previamente había declarado los estados de excepción, y dictado decretos con fuerza de ley, suspendiendo los derechos humanos a la libertad personal y las garantías judiciales, decretos que el tribunal constitucional declaró constitucionales, forjando así una *política de Estado* de persecución a grupos minoritarios estigmatizados por la prensa; violaciones que la mayoría de la sociedad recibe con beneplácito. En síntesis, se trata de un hecho ilícito compuesto de violaciones a los derechos humanos, con un mismo objeto: estigmatización y persecución de estos grupos minoritarios.

Otra modalidad de la extensión en el tiempo de la violación la presenta la doctrina, en la siguiente forma:

c) *Hecho internacionalmente ilícito complejo* (constituido por acciones u omisiones del mismo órgano o de diferentes órganos del Estado en relación con un mismo caso)⁵⁵. [...] un hecho complejo es aquel que está constituido por una sucesión de acciones y omisiones de los mismos órganos o de órganos diferentes del Estado que intervengan en un mismo asunto, y la realización del mismo se producirá en el momento en que se realice el último elemento constitutivo de ese complejo [...], la categoría de hecho complejo se relaciona con la violación de las obligaciones de resultado [...], cuando lo que se exige del Estado es un resultado, el hecho complejo se perfecciona cuando, tras la actuación de diversos órganos, no se obtiene el

⁵⁴ SANJOSÉ GIL, ob. cit., pág. 72.

⁵⁵ RODRÍGUEZ CARRIÓN, ob. cit., pág. 315.

resultado”⁵⁶; a manera de ejemplo, citaremos la jurisprudencia de la Corte Interamericana: “El fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral”⁵⁷; el hecho internacionalmente ilícito es complejo porque comprende varias violaciones. Otro ejemplo: a una persona inocente se le acusa como presunta autora de un crimen de lesa humanidad; el órgano judicial incompetente expide providencias judiciales que le vulneran derechos fundamentales, en el siguiente orden: la persona es detenida arbitrariamente, y vinculada a una investigación penal se le adelanta un indebido proceso en distintas instancias; una autoridad judicial le confisca sus bienes y la Corte Suprema abre el camino para su extradición, negándose a aplicar los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado; el tribunal constitucional le niega el amparo constitucional a sus derechos fundamentales; finalmente, el gobierno ordena su extradición sin resolver los recursos interpuestos contra esa decisión; el juez extranjero practica la tortura.

3) *Prevenir un acontecimiento determinado*. El numeral 3 del artículo 14 del Articulado, expresa: “La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación”. “[...] la violación se producirá en el momento en que comience ese acontecimiento. Sin embargo, la duración de la violación abarcará todo el período durante el cual continúe el acontecimiento”⁵⁸; por ejemplo, sobre las personas condenadas a muerte se cierne la amenaza de perder la vida.

La doctrina y la jurisprudencia internacionales denominan esta modalidad, *amenazas*.

En conclusión, las medidas provisionales y cautelares, en términos generales, proceden ante *amenazas* a los derechos humanos y en algunos casos en tratándose de *violaciones*, como lo explica AMPARO SANJOSÉ GIL. Sin embargo, habría que examinar en cada caso concreto la realización de los hechos internacionalmente ilícitos, según las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron (*tempus commissi delicti*) y los derechos humanos violados, teniendo en cuenta que el fundamento de la responsabi-

⁵⁶ *Ibidem*, ob. cit., pág. 73.

⁵⁷ Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sent. de 29 julio 1998, párrafo 150.

⁵⁸ SANJOSÉ GIL, ob. cit., pág. 72.

lidad internacional es el hecho internacionalmente ilícito. Al respecto, la Corte Interamericana, expresa: “Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de este por violación de una norma internacional”⁵⁹.

Con estas breves explicaciones expondremos las diversas clases de medidas que están reguladas internacionalmente.

6. CLASES DE MEDIDAS

Con fundamento en la Convención y en el Reglamento de la Corte y su jurisprudencia, FIX-ZAMUDIO presenta las siguientes clases de medidas:

“Del precepto anterior se puede llegar a la conclusión de que según el citado Reglamento existen dos categorías de medidas que puede ordenar la Corte Interamericana. Las de *urgencia* que están a cargo del Presidente de la Corte y que tienen por objeto la eficacia de las providencias dictadas por la Corte en pleno, y las propiamente *provisionales* que corresponden a esta última y que permanecen en tanto se mantengan las circunstancias que motivaron su establecimiento”⁶⁰ (lo resaltado fuera del texto).

En otras palabras, las medidas que se adoptan por la Corte son de tres clases:

A) *Medidas de urgencia*

Son aquellas que adopta el Presidente de la Corte, cuando esta no se encuentra en sesiones, por las que dispone requerir al Estado para que dicte las providencias urgentes necesarias⁶¹ —para proteger los derechos humanos—, asegurando la eficacia de las medidas provisionales que después podría tomar la Corte en el siguiente período de sesiones.

Estas medidas no tienen base convencional ni reglamentaria; esta figura se explica en la medida en que la Corte no es un órgano permanente y por tanto requiere dar respuesta a requerimientos urgentes para evitar daños irreparables.

Cuando la Corte entra en sesiones, mediante una resolución ratifica la resolución adoptada por su Presidente y decreta las medidas provisionales.

⁵⁹ Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá. Competencia, sent. de 28 noviembre 2003, párrafo 65.

⁶⁰ FIX-ZAMUDIO, *Prólogo* al Compendio de resoluciones de la Corte, medidas provisionales, ob. cit., pág. viii.

⁶¹ O “cuantas medidas sean necesarias”, suelen decir las resoluciones que ha dictado el Presidente de la Corte.

Al respecto, por resolución del Presidente de la Corte de 14 de septiembre de 2000, expresó el alcance jurídico, así: “[...] la adopción de medidas urgentes no implica una decisión sobre el fondo de la controversia existente entre los peticionarios y el Estado. Al adoptar medidas urgentes, esta presidencia está garantizando únicamente que la Corte pueda ejercer fielmente su mandato convencional”⁶².

B) *Medidas provisionales*

Son aquellas que profiere directamente la Corte cuando se encuentra en sesiones ordinarias o extraordinarias, ordenando al Estado con precisión las medidas que sean necesarias para proteger los derechos, o para preservar una *situación jurídica*. Estas medidas tienen base convencional.

C) *Medidas cautelares*

Son aquellas que la Comisión Interamericana le solicita al Estado que adopte. No tienen base convencional pero están consagradas en el artículo 25 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

7. CRITERIOS PARA CLASIFICAR LAS MEDIDAS

Toda clasificación en el derecho es objeto de múltiples críticas, suelen decir la mayoría de los autores. Sin embargo, por razones netamente pedagógicas, presentamos una clasificación para facilitar el conocimiento de las mismas a los lectores.

EMILIA SEGARES R. comenta que las medidas “se podrían clasificar según el sujeto protegido o según el derecho protegido. Es decir, si se trata del sujeto, se podrán clasificar según se trate de la presunta víctima, de sus familiares, de un testigo, de una comunidad, etc. Si se clasificara según el objeto o derecho protegido, se podrían dividir en vida e integridad personal, centros de detención, etc.”⁶³.

⁶² Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana.

⁶³ EMILIA SEGARES R., “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las medidas provisionales”, en *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E.; Piza Escalante*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, t. 1, 2003, pág. 293.

La clasificación podría ser así:

Según el sujeto afectado	1) Niños 2) Grupo de personas innominadas 3) Una comunidad organizada 4) Una comunidad indígena 5) Familiares 6) Testigos 7) Abogados defensores 8) Cualquier persona
Según el derecho por proteger	1) A la propiedad 2) A garantías judiciales y protección judicial 3) A la libertad de expresión 4) A la vida e integridad personal 5) De circulación o locomoción 6) Al trabajo 7) A la salud

Esta clasificación nos permite presentar didácticamente la relación de las medidas provisionales y cautelares, que se decretan en atención a las distintas modalidades de *amenazas* a los derechos humanos. En efecto, el sujeto podrá ser la presunta víctima o sus familiares, incluido su abogado defensor en el Estado o ante la Comisión o la Corte Interamericana; peritos que dictaminaron ante los jueces nacionales, o en estos órganos internacionales, o que dictaminarán; también se ha considerado un número determinado e indeterminado de personas (una comunidad), o una comunidad indígena.

A) Segundo el sujeto afectado

1) *Niños*. Un caso de singular importancia es el Caso Reggiardo Tolosa contra Argentina, en el cual el Presidente de la Corte, por resolución de 19 de noviembre de 1993, decretó medidas urgentes ante el retardo en la decisión final de la investigación de paternidad; se trataba de la suplantación del estado civil de dos niños; su madre estaba recluida en una cárcel, y después fue desaparecida, con el fin de entregarlos ilegalmente en adop-

ción a una familia (un funcionario policial y su esposa); se protegió la integridad psíquica de los niños.

2) *Grupo de personas innominadas*. El primer caso de los haitianos y dominicanos de origen haitiano amplió el campo de acción para la protección cautelar. Se trataba de un grupo de personas innominadas, de origen haitiano, que corrían el peligro de ser expulsadas o deportadas colectivamente. En la resolución de 18 de agosto de 2000, en el numeral 8, la Corte expresó: “Que esta Corte considera indispensable individualizar las personas que corren peligro de sufrir daños irreparables, razón por la cual no es factible ordenar medidas provisionales de manera innominada, para proteger genéricamente a todos los que se hallen en determinada situación o que sean afectados por determinadas medidas; sin embargo, es posible proteger a los miembros individualizados de una comunidad”. La Corte cauteló los derechos a la vida, integridad personal, protección especial a los niños en la familia y derecho de circulación y residencia de las personas identificadas en un *addendum* de la Comisión.

Sobre este caso el juez MANUEL E. VENTURA, comenta lo siguiente: “Hay que individualizar a las personas que van a ser objeto de protección, para que el Estado pueda dar esa protección. En este caso era sumamente difícil garantizar la protección de una colectividad sin que por lo menos se precisaran algunos nombres concretos. Fue muy importante lo que la Corte dispuso en estas medidas provisionales, porque amplió las medidas provisionales de protección a grupos migratorios [...]”⁶⁴.

El caso de la Cárcel de Urso Branco contra Brasil. Dentro de la cárcel se inicio un “homicidio sistemático” entre los reclusos, algunos de ellos decapitados y con los brazos y piernas mutilados, sin que los agentes penitenciarios intervinieran para evitar tales muertes. La Comisión solicitó al Estado que adoptara medidas cautelares, pero con posterioridad continuaron los asesinatos, “lo cual demostró que las medidas no han producido los efectos buscados”; por tanto, la Comisión solicitó a la Corte que decretara medidas provisionales y que se ordenara al Estado decomisar las armas de los internos. La Corte consideró, como en el caso anterior, que era indispensable individualizar a las personas que corren peligro de sufrir daños irreparables; sin embargo, en resolución de 18 de junio de 2002 se dispuso: “1. Requerir al Estado que adopte todas las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de todas las personas recluidas en la

⁶⁴ MANUEL E. VENTURA ROBLES, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente”, en *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, CIDH y UNHCR ACNUR, San José, 2003, pág. 147.

Cárcel de Urso Branco, siendo una de ellas de decomiso de las armas. 2. Requerir al Estado que, dentro del plazo de 15 días contados a partir de la notificación de la presente Resolución [...], presente una lista completa de todas las personas que se encuentren recluidas en la cárcel”.

En resolución de 22 de abril de 2004, la Corte requirió al Estado de Brasil para que “a) adopte todas las medidas que sean necesarias para proteger eficazmente la vida e integridad personal de todas las personas recluidas en la cárcel, *así como las de todas las personas que ingresen a la misma, entre ellas las visitas*” (bastardilla fuera del texto).

Era evidente y urgente la adopción de las medidas en relación con personas indeterminadas o innominadas, por la gravedad de los hechos, porque los reclusos habían tenido cerca de 170 personas como rehenes en dicha cárcel, impidiendo, temporalmente, la salida a visitantes; por ello se convocó a una audiencia pública⁶⁵.

3) *Una comunidad organizada*

a) *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó (Colombia)*. La Corte, en resolución de 24 de noviembre de 2000, entre otros considerandos, expresó lo siguiente en relación con este caso: “[...] reúne características especiales que lo diferencian de los precedentes tenidos en cuenta por el Tribunal. [...] la Comunidad de Paz de San José de Apartadó [...] constituye una comunidad organizada, ubicada en un lugar geográfico determinado, cuyos miembros pueden ser identificados e individualizados y que, por el hecho de formar parte de dicha comunidad, todos sus integrantes se encuentran en una situación igual de riesgo de sufrir actos de agresión en su integridad personal y su vida [...] la situación que se vive [...] ha obligado a sus pobladores a desplazarse a otras regiones del país”. En consecuencia, la Corte ordenó al Estado colombiano: 3. “ampliar, sin dilación, las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de *todos* los demás miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó”. 5. “[...] para asegurar que las personas beneficiadas con las presentes medidas puedan seguir viviendo en su residencia habitual”. 6. “[...] que asegure las condiciones necesarias para que las personas de la Comunidad de Paz que se hayan visto forzadas a desplazarse a otras zonas del país, regresen a sus hogares”⁶⁶. También se convocó a audiencia pública.

b) *Caso de las comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó (Colombia)*. La Corte, mediante resolución de 6 de marzo de 2003, resolvió

⁶⁵ Ver *infra*, pág. 292.

⁶⁶ OEA, Secretaría de la Corte, Serie E: Medidas provisionales, núm. 3, Compendio: julio 2000-junio 2001, págs. 120-122. Ver *infra*, pág. 295.

decretar medidas provisionales sobre esta comunidad afrodescendiente. En consecuencia ordenó al Estado: 1. Adoptar, sin dilación, las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad de todos los miembros de la comunidad. 2. Investigar los hechos que motivaron las medidas provisionales. 3. Adoptar cuanta medida sea necesaria para asegurar que las personas beneficiarias puedan seguir viviendo en las localidades que habiten, sin ningún tipo de coacción o amenaza. 4. Adoptar las medidas para que reciban toda la ayuda de carácter humanitario que les sea enviada, entre otros.

c) *Caso comunidad Kankuamo (Colombia)*. La Corte, mediante resolución de 5 de julio de 2004, resolvió decretar medidas provisionales sobre esta comunidad indígena. En consecuencia ordenó al Estado: 1. Adoptar, sin dilación, las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de todos los miembros de las comunidades que integran el pueblo indígena Kankuamo. 2. Investigar los hechos que motivaron la adopción de estas medidas provisionales, con el fin de identificar a los responsables e imponer las sanciones correspondientes. 3. Garantizar las condiciones de seguridad necesarias para que se respete el derecho a la libre circulación de las personas del pueblo indígena Kankuamo.

La Corte Interamericana, en los tres casos antes mencionados, en los considerandos de las respectivas resoluciones expresó lo siguiente: “La Corte observa que dadas las características especiales del presente caso, y las consideraciones generales del conflicto armado en el Estado colombiano, es necesaria la protección, a través de las medidas provisionales, de todos los miembros [...] de conformidad con lo dispuesto en la Convención Americana, leída a la luz del derecho internacional humanitario”⁶⁷.

Debemos destacar aquí el avance de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la protección a comunidades, pues esta Corte “ha considerado en otras oportunidades indispensable individualizar las personas que corren peligro de sufrir daños irreparables a efectos de otorgarles medidas de protección”⁶⁸. Tal cambio se dio a partir de la resolución de las medidas provisionales de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Veamos:

⁶⁷ Caso Comunidad Indígena Kankuamo, medidas provisionales, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de julio de 2002, considerando 11; Caso Comunidades de Jiguamiandó y Curbaradó, medidas provisionales, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de marzo de 2003, considerando 11 y Caso Comunidad de Paz de San José de Apartadó, medidas provisionales, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 de junio de 2002, considerando 11.

⁶⁸ Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano de la República Dominicana, medidas provisionales, resolución, 18 agosto 2000, considerando 8.

En la adopción de dichas medidas, la Corte estimó: “[...] ha tomado en consideración que numerosos miembros no quisieron ser identificados por temor a represalias [...] constituye una comunidad organizada, ubicada en un lugar geográfico determinado, cuyos miembros pueden ser identificados e individualizados y que, por el hecho de formar parte de dicha comunidad, todos sus integrantes se encuentran en una situación de igual riesgo de sufrir actos de agresión”. (Caso Comunidad de Paz de San José de Apartadó, resolución 24 de noviembre de 2000, considerandos 6 y 7). Como podemos observar, esta resolución extendió la protección internacional a grupos de personas no individualizadas, pero que, por estar sometidas a un mismo riesgo y existir elementos comunes entre los miembros del grupo, podían ser identificables.

La necesidad del cambio en la jurisprudencia es evidente en el voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la resolución de la Corte sobre las medidas provisionales en el caso del pueblo indígena Kankuamo del 5 de julio de 2004, cuando afirma: “Si se aguardase hasta que fuera posible identificar individualmente a quienes experimentan ese riesgo de grave irreparable lesión de bienes jurídicos —recogidos en sendos derechos—, se correría el riesgo de que se consumara la lesión sin que el Tribunal hubiese intervenido para evitarla, no obstante hallarse al tanto de que es probable e inminente, y no solo posible que esto suceda. De esta suerte, un tecnicismo superable impedirá que la Corte actuase con celeridad para cumplir su auténtica encomienda: prestar el escudo de su poder jurisdiccional a los derechos que se hallan en riesgo. Difícilmente se podría sostener que esa abstención es consecuente con la misión tutelar que corresponde a la Corte Interamericana”.

4) *Comunidad indígena Mayagna-Sumo-Awas Tingni*. Se trataba de una comunidad indígena conformada por más de 600 personas⁶⁹, que solicitó por medio de sus representantes, se decretaran medidas provisionales, “con el objeto de preservar la integridad del derecho al uso y goce de la comunidad sobre sus tierras y recursos, tal como fueron reconocidos por la sentencia de la Corte sobre el fondo y reparaciones”.

5) *Familiares*. ¿Es importante establecer sobre qué persona recaerían las medidas provisionales? Para responder este interrogante debemos ver el artículo 2º del Reglamento de la Corte que trae las siguientes definiciones: *presunta víctima*, es la persona de la cual se alega que le han sido violados los derechos protegidos en la Convención; *víctima*, es la persona cuyos

⁶⁹ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna —Sumo— Awas Tingni contra Nicaragua, sentencia de fondo de 31 agosto 2001, párrafo 103.

derechos han sido violados de acuerdo con la sentencia proferida por la Corte; por *familiares* se entiende los familiares inmediatos, es decir, ascendentes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte en su caso.

En el Caso Blake contra Guatemala, la Corte amplió el concepto de *victima*, en los siguientes términos:

“114. Esta cuestión que plantea la Comisión, solo puede ser examinada en relación con los familiares del señor Nicholas Blake, ya que la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares es una consecuencia directa de su desaparición forzada. Las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos.

”[...]

”116. Por lo tanto, la Corte estima que tal sufrimiento, en detrimento de la integridad psíquica y moral de los familiares del señor Nicholas Blake, constituye una violación, por parte del Estado, del artículo 5º de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma”⁷⁰.

En similar sentido se pronunció la Corte en el Caso Villagrán Morales y otros contra Guatemala (los niños de la calle), sentencia de 19 de noviembre de 1999 y en el Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala, sentencia de noviembre 25 de 2000. En el primero la Corte consideró que los obstáculos que puso el Estado para facilitarle a los familiares el reconocimiento e identidad de las víctimas, les causó un grave sufrimiento. En el segundo caso, el ocultamiento del cadáver de la víctima y los obstáculos estatales para practicar la exhumación del mismo configuraron tratos crueles, inhumanos y degradantes para la esposa y los familiares.

6) *Testigos*. En la praxis judicial de la Corte se han protegido los testigos que han declarado en la jurisdicción del Estado, o que declararon en el Caso que está en trámite en la Corte o que declararían en el mismo; por ejemplo, la Corte decretó, por resolución de 15 de enero de 1988, medidas para proteger la vida de los declarantes, en los Casos Velásquez Rodríguez, Fairen Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz.

7) *Abogados defensores*. Precisemos que se trata aquí de los abogados que actúan en el proceso internacional que se tramita ante la Comisión o la Corte y también de los abogados defensores de derechos humanos cuyas vida e integridad personal corren riesgo por razón de su trabajo. Sobre ambas

⁷⁰ Caso Blake contra Guatemala, sent. de 24 enero 1998, párrafos 114 y 116.

categorías de abogados existen numerosos decretos de medidas cautelares y medidas provisionales.

En varios asuntos y casos tramitados ante la Comisión se resolvieron favorablemente medidas cautelares por la vulneración de derechos humanos de abogados: Rafael Lozano Garsa contra Colombia (20 de febrero de 1996); Mauricio García Prieto Hillerman contra El Salvador (20 de junio de 1997); Rosario Hernández Grave contra Guatemala (25 de febrero de 1997); Manuel Martín San Agustín contra México (15 de agosto de 1997) y Nelson García Ramírez contra Paraguay (14 de agosto de 1997) y en la Corte Interamericana, entre otros, en los siguientes casos: “En el Caso Colotenango contra Guatemala, la Corte se negó a adoptar varias de las medidas solicitadas por la Comisión porque ‘no esta[ban]’ dirigidas a ‘evitar daños irreparables a las personas’ o, al menos, la Corte no pose[ía] evidencia de que así [fueran]’, pero solicitó al Gobierno ‘asegur[ar] el ejercicio sin presiones indebidas de su profesión a la abogada’ que venía asesorando a las víctimas y ha sido, ella misma, víctima de amenazas encubiertas”⁷¹.

Mediante resolución del 22 de junio de 1994, la Corte resolvió: “3. Pedir al Gobierno de Guatemala que asegure el ejercicio sin presiones indebidas de su profesión a la abogada Patricia Ispanel Medimilla”.

En el Caso del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y otras contra México, la Comisión solicitó a la Corte el decreto de medidas provisionales para proteger a los miembros de la ONG y a los abogados Pilar Noriega García, Bárbara Zamora López y Leonel Rivero Rodríguez, pues había sido asesinada Diana Ochoa, protegida con medidas provisionales decretadas por la Corte, ante lo cual, por resolución del Presidente de la Corte de 25 de octubre de 2001, se decretaron medidas urgentes, que fueron ratificadas posteriormente por la Corte mediante resolución de 30 de noviembre del mismo año.

8) *Cualquier persona (actio popularis)*. Los jueces ALIRIO ABREU BURELLI y SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, formularon voto razonado concurrente a la resolución de 24 de noviembre de 2000 (Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó), respecto del numeral 3: “Requerir al Estado de Colombia que amplíe, sin dilación, las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de todos los demás miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó”.

⁷¹ NIETO NAVIA, “Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: teoría y praxis”, en *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, ob. cit., pág. 50.

Los citados jueces presentaron los siguientes argumentos:

“3. [...] Piénsese, por ejemplo, en las hipótesis en que la amenaza real e inminente se cierre sobre un amplio número de individuos que se hallan en determinada circunstancia o supuesto común, que los expone al riesgo. En tales situaciones es necesario proveer a la protección de los derechos que se hallen en peligro, aunque de momento no se pueda individualizar nominalmente a los sujetos de la tutela provisional, que es siempre, por definición, una tutela urgente.

”4. Esa situación corresponde de alguna manera a la que se plantea bajo el concepto de intereses difusos: una pluralidad de individuos comparten determinado interés, jurídicamente relevante, que requiere tutela pública, aunque ninguno de esos sujetos pueda ser considerado como titular de un derecho subjetivo acerca de la pretensión o la medida que se pretende o el bien jurídico que se invoca, o no puede atribuirse dicha titularidad en forma que excluya a los otros sujetos que se hallan en la misma situación. En esas condiciones, *cualquiera de ellos podría acudir al órgano correspondiente y solicitar la adopción de providencias o resoluciones que preserven el interés común*. En tal caso funcionaría una *actio popularis* o una acción de clase, conforme a las características que revista este asunto en las específicas circunstancias en que se plantea [...].

”8. Por lo tanto, la pertenencia al grupo de victimables beneficiarios de las medidas no se hace a partir del conocimiento y manifestación precisas de cada individuo, en forma nominal, sino bajo criterios objetivos —atentos los vínculos de pertenencia y los riesgos advertidos— que permitirán, a la hora de ejecutar las medidas, individualizar a los beneficiarios. Se trata, en fin, de abarcar el peligro que corren los integrantes de una comunidad, no solo algunos individuos, como ocurre generalmente. Por otra parte, es preciso tomar en cuenta que dentro de las circunstancias que este caso reviste, y que pudieran caracterizar a otros, los victimables optan por no proporcionar sus nombres, ante el riesgo real de que esa identificación pudiera exponerlos, más todavía, a los daños irreparables que se trata de prevenir”⁷².

Este criterio jurídico, cuando sea avalado por la mayoría de los jueces de la Corte, seguramente dará lugar a una reforma en el Reglamento de la Corte y dará paso a la posibilidad democrática de ejercer una *actio popularis* para solicitar medidas urgentes o medidas provisionales a la Corte,

⁷² Secretaría de la Corte, Serie E: Medidas provisionales, núm. 3, Compendio: julio 2000-junio 2001, págs. 124, 126.

entratándose de un número de personas no determinadas, porque se trataría de *intereses difusos* que cualquier persona podría representar en nombre del grupo y por sí mismo, según el caso. Piénsese en el caso de una comunidad indígena a la que con ocasión de la construcción de obras públicas estatales se le viole el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y se afecte gradual y progresivamente el derecho a su salud, situación que podría agravarse eventualmente hasta poner en riesgo la vida de los indígenas. Se trataría de un derecho humano civil (la vida), en conexidad con el derecho social a la salud y el derecho colectivo al ambiente. Consideramos que procederían tales medidas, siempre y cuando se reúnan los requisitos ya mencionados: extrema gravedad y urgencia, a fin de evitar un daño irreparable.

En el Caso haitiano y dominicano de origen haitiano en la República Dominicana, en voto concurrente el juez CANÇADO TRINDADE, sostuvo lo siguiente:

“21. El campo encuéntrase, en mi entendimiento, abierto a una evolución hacia la cristalización de una *actio popularis* en el derecho internacional, en la medida en que se logre una mayor concientización de la existencia de una verdadera *comunidad internacional*, formada tanto por los Estados como por los pueblos, las comunidades, los grupos de particulares y los individuos (tanto gobernados como gobernantes), tal como fue proseguido a partir del siglo XVI por los llamados fundadores del derecho *de gentes*. Hay diferencia entre solicitar medidas provisionales de protección para una comunidad de carácter ‘indeterminado’ y solicitarlas para una comunidad o grupo cuyos integrantes puedan ser *individualizados*”⁷³.

B) *Según el derecho por proteger*

1) *Derecho a la propiedad (Caso Baruch Ivcher Bronstein contra Perú)*. Según la Comisión Interamericana: [...] en el sistema interamericano, el derecho a la propiedad es un derecho personal y la Comisión tiene atribuciones para proteger los derechos de un individuo cuya propiedad es confiscada [...]”⁷⁴.

Y de acuerdo con la Corte:

⁷³ Secretaría de la Corte, Serie E: Medidas provisionales, núm. 3, ob. cit., pág. 159.

⁷⁴ Comisión IDH, Caso 10.169, “Accionistas del Banco de Lima contra Perú”, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1990-1991, OEA/Ser. L/II.79, rev. 1. Doc. 12, 22 febrero 1991, Original: español, Informe núm. 10/91, Caso 10.169, Perú, pág. 454.

“El artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada. A este respecto establece: a) que «toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes»; b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al «interés social»; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de «utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley»; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización.

”144. Los «bienes» pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptibles de tener un valor”⁷⁵.

Como se observa, el concepto de *bienes* amplía el contenido del derecho a la propiedad considerado como derecho humano.

Hechos: Baruch Ivcher Bronstein, ciudadano peruano por naturalización, accionista mayoritario, Director y Presidente del Directorio del Canal 2 de la televisión peruana, fue despojado arbitrariamente con la expulsión de un acto administrativo, por el Estado peruano del título de nacionalidad con el objeto de desplazarlo del control editorial del Canal 2, coartando su libertad de expresión, manifestada en denuncias de graves violaciones a derechos humanos y de corrupción. La decisión estatal propició que los accionistas minoritarios desplazaran al señor Baruch de la estación de televisión. La víctima demandó en acción de nulidad dicho acto y el fallo fue adverso; interpuso amparos constitucionales y un recurso de casación, ambos con resultados negativos. Sin protección judicial y desconociéndosele el derecho a un debido proceso interno, acudió a la Comisión y formuló la petición y la solicitud de medidas cautelares, con fecha 23 de mayo de 1997; esta le solicitó al Estado que adoptara las medidas cautelares, “a fin de restituir la nacionalidad peruana a Baruch, ya que se consideraba que este podría sufrir un daño irreparable en virtud de la privación de su nacionalidad” y, además, porque dicha persona “corría peligro de perder su estación de televisión como extranjero”. No obstante que el Estado contestó alegando el no agotamiento de los recursos internos, porque aún se hallaban en trámite algunos procesos judiciales, la Comisión declaró la admisibilidad del caso por informe número 20/98, considerando que “el Estado no ha demostrado la existencia de remedios sencillos, eficientes y eficaces en el orden jurídico peruano que fueren aplicables a la situación de la víctima. La situación del señor Baruch resulta sumamente grave y

⁷⁵ Cfr. Caso Ivcher Bronstein, *supra* nota 9, párrafo 122.

demuestra que ha sufrido daños prácticamente irreparables [...] se concluye de los hechos que los recursos internos no han sido ni rápidos ni efectivos en evitar un daño de tal gravedad. Este daño se agudiza y agrava con el paso del tiempo, dada la naturaleza de los derechos involucrados, dada la privación de su fuente de trabajo como presidente de la empresa. En este sentido, la Comisión, sin ánimo de prejuzgar y aplicando el *principio de que se debe preferir la interpretación de la ley que proteja más eficientemente los derechos humanos*⁷⁶, otorgó medidas cautelares a favor del señor Ivcher". Cumplido el procedimiento ante la Comisión, esta demandó al Estado de Perú y la Corte, en sentencia de 6 de febrero de 2001, lo condenó por violaciones de los derechos a la nacionalidad, garantías judiciales, protección judicial, derecho a la propiedad privada, libertad de expresión y finalmente decidió "Que el Estado debe facilitar las condiciones para que Baruch pueda realizar las gestiones necesarias para recuperar el uso y goce de sus derechos como accionista mayoritario de la compañía".

El anterior caso amplía el acceso a la jurisdicción internacional para la protección del derecho a la propiedad de bienes aportados a una persona jurídica, y autoriza la solicitud de medidas cautelares o medidas provisionales, según el caso.

En el Caso de la Comunidad Mayagna —Sumo— Awas Tingni contra Nicaragua, como se expuso anteriormente, ante la solicitud la Corte consideró que "dichas medidas pueden aplicarse también en esta fase de supervisión de cumplimiento de sentencia"⁷⁷; en el presente caso existe la probabilidad de que ocurran daños irreparables que imposibiliten el fiel y cabal cumplimiento de la sentencia de fondo y reparaciones en el caso de la Comunidad Mayagna, lo que hace procedente la adopción de dichas medidas"⁷⁸. Acediendo a la solicitud, la Corte resolvió: "1. Requerir al Estado que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para proteger el uso y disfrute de la *propiedad de las tierras* pertenecientes a la Comunidad Mayagna Awas Tingni y de los *recursos naturales* existentes en ellas, específicamente aquellas tendientes a evitar *daños inmediatos e irreparables* resultantes de las actividades de terceros que se han asentado en el territorio de la comunidad o que exploten los recursos naturales existentes en el mismo, hasta

⁷⁶ Interpretación *pro homine*.

⁷⁷ Cfr. Corte IDH, Caso Loayza Tamayo (medidas provisionales), resolución de 3 de febrero de 2001. Serie E: núm. 3, págs. 241-255 y Caso Loayza Tamayo (medidas provisionales), resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 diciembre 2000. Serie E: núm. 3, págs. 231-239.

⁷⁸ Corte IDH, resolución de 6 de septiembre de 2002. Ver *infra*, págs. 260 y 266.

tanto no se produzca la delimitación, demarcación y titulación definitivas ordenadas por la Corte”.

Especial relevancia jurídica revisten los siguientes aspectos: en primer lugar, que las medidas provisionales proceden para salvaguardar el cumplimiento de una sentencia de la Corte, y en segundo lugar, que aparece un elemento novedoso que no se halla en la normativa del artículo 63.2 de la Convención, ni en el artículo 25 del Reglamento de la Corte: la *inmediatez* referida a los *daños irreparables*.

Podrían presentarse casos en que el derecho humano violado sea el de la propiedad privada de una persona jurídica, cuando los titulares del derecho sean personas naturales. Examinemos, a continuación, el avance jurídico en el sistema interamericano acerca de este aspecto.

Diego Rodríguez-Pinzón comenta que “la Comisión, sin embargo, ha admitido y decidido casos bajo la Declaración Americana en los cuales la presunta víctima era una organización privada. En este sentido, debe notarse que ni la Declaración, ni el Estatuto o el Reglamento de la Comisión definen la noción de «persona» como lo hace la Convención. La Declaración solo se refiere a «ser humano» en el artículo 1º; en los demás artículos la Declaración se refiere a «personas”⁷⁹. El autor cita el caso 9.250, “ABC Color contra Paraguay”⁸⁰ y el caso 2.137 “Testigos de Jehová contra Argentina”⁸¹.

Sin duda es un importante aporte jurídico el que hace la Comisión al permitir el acceso internacional a personas jurídicas, cuando únicamente se invoque como violada la Declaración Americana pero no la Convención Americana⁸². Ello permite reconocer “que hay dos nociones diferenciales [sic] de «persona» en el procedimiento de denuncias individuales del sistema interamericano: uno bajo la Declaración, el cual establece que entidades no gubernamentales (personas jurídicas) también están protegidas bajo la Declaración, y otro bajo la Convención, el cual solamente prevé protección para la violación de derechos de seres humanos”⁸³.

⁷⁹ RODRÍGUEZ-PINZÓN, ob. cit., pág. 255.

⁸⁰ “ABC Color v. Paraguay”, Caso 9.250. Informe Anual Comisión IDH 1983-1984, OEA/Ser. L/V/II.63, doc. 10 (1984), pág. 72.

⁸¹ “Testigos de Jehová v. Argentina”, Caso 2.137, Informe Anual, Comisión IDH 1978, OEA/Ser. L/V/II. 47, doc. 13 rev. 1 (1978), pág. 43.

⁸² “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” (art. 1.2) que excluye el acceso de las personas jurídicas.

⁸³ RODRÍGUEZ-PINZÓN, ob. cit., pág. 256.

Este aporte de la jurisprudencia les permite a las personas jurídicas invocar el derecho a la propiedad reconocido en la Declaración (art. XXIII, en concordancia con el art. XVII), cuando sea violado por el Estado signatario y miembro de la OEA. Diferente sería el caso en que una persona natural aporte bienes de su propiedad a una persona jurídica (sociedad comercial o mercantil, una cooperativa, etc.), y se presente la misma violación; la presunta víctima podría invocar la Convención Americana que reconoce el derecho a la propiedad (art. 21), siempre y cuando el Estado demandado sea Parte en la Convención⁸⁴.

2) *Derecho a garantías judiciales y protección judicial.* Con ocasión del auto-golpe de Estado que lideró el presidente Alberto Fujimori (1992) en Perú, se desató una sistemática violación de derechos humanos; víctima de ella fue el ex presidente Alan García Pérez, a quien los militares le allanaron su casa de habitación, confinando a sus hijos en habitaciones y privándolos de su libertad; se apropiaron ilícitamente de documentos privados que posteriormente utilizaron en su contra; el objeto de la medida era su captura, pero él no se encontraba en el inmueble; acudió a la Comisión y favorablemente se resolvieron unas medidas cautelares, ante las cuales este organismo solicitó al gobierno de Perú que adoptara medidas tendientes a garantizar al denunciante “[el] respeto al derecho de contar con las debidas garantías judiciales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención [...], en especial en lo referido al derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial”.

3) *Derecho a la libertad de expresión.* En el Caso del periódico “La Nación”⁸⁵ contra Costa Rica, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la Corte medidas provisionales fundamentadas en la protección de la libertad de expresión “del periodista Mauricio Herrera Ulloa y del diario «La Nación», representado por Fernán Vargas Rohrmoser, pretendiendo tres cosas: a) la suspensión de la ejecución de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal de Juicios del Primer Circuito Judicial de San José el 12 de noviembre de 1999; b) la no inscripción del señor Mauricio Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes; y c) la abstención de realizar cualquier acto o actuación que afecte el derecho a la libertad de expresión de Mauricio Herrera Ulloa y del Periódico «La Nación»”. En efecto, la Corte por resolución de 7 de septiembre de 2001, resolvió: “1. Requerir al Estado de Costa Rica que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para dejar sin efectos la inscripción del señor

⁸⁴ Ver *infra*, pág. 266.

⁸⁵ Ver *supra* págs. 96 y 97 e *infra*, págs. 265 y 293.

Mauricio Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes hasta que el caso sea resuelto de manera definitiva por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. 2. Requerir al Estado de Costa Rica que suspenda la orden de publicar en el periódico «La Nación» el «Por tanto» de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal de Juicios del Primer Circuito Judicial de San José el 12 de noviembre de 1999, y que suspenda la orden de establecer una «liga», en *La Nación Digital*, entre los artículos querellados y la parte dispositiva de esa sentencia”.

Con posterioridad, la Corte estableció, mediante una certificación, que Mauricio Herrera Ulloa estaba inscrito en el Registro Judicial de Delincuentes; por tanto, se expidió una segunda resolución, de 6 de diciembre de 2001, según la cual:

“[...] debido a las circunstancias existentes, [...] estim[ó] necesario precisar que, al adoptar medidas provisionales y ordenar al Estado que dejara sin efectos la inscripción del señor Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes, lo hizo con el propósito de que se elimin[ara] de este Registro —hasta que el caso sea resuelto de manera definitiva por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos— la anotación de la sentencia emitida por el Tribunal Penal de Juicios en contra del mencionado periodista”.

En conclusión, la Corte Interamericana, para salvaguardar la libertad de expresión por medio de las medidas provisionales, dispuso la suspensión de la inscripción y las órdenes citadas, mientras se resolvía el fondo del caso; orden impartida también en la sentencia de fondo de julio 2 de 2004.

La jurisprudencia de la Corte y de la Comisión indica que los derechos humanos más amenazados son el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, como lo demuestran las estadísticas. Sin embargo, “las medidas cautelares [...] pueden extenderse a otros derechos o libertades, tales como la libertad de expresión, el derecho a la educación, el derecho de residencia, etc.”⁸⁶, también se amenazan otros derechos, como se expondrá más adelante. Coincidén con esta conclusión el ex juez RAFAEL NIETO NAVIA y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional “CEJIL”.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte de Justicia Centroamericana y el concepto de FALCON acerca de las medidas, podríamos clasificarlas desde otra perspectiva jurídica, a fin de resaltar las distintas posibilidades que eventualmente podrían presentarse en la práctica, en la siguiente forma:

1. Para salvaguardar las personas:

⁸⁶ VIVIANA KRSTICEVIC y RENZO POMI, “El procedimiento de denuncias individuales de acuerdo a los nuevos reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, trabajo inédito, pág. 25.

- a) Presunta víctima
- b) Una comunidad o grupo de personas
- c) Familiares de las víctimas

2. Para salvaguardar las pruebas:

- a) Testigos
- b) Peritos
- c) Documentos

3. Para salvaguardar los bienes

Las explicaciones son las siguientes:

En principio nos remitimos a lo ya expuesto para las medidas cautelares, que tienen por objeto *salvaguardar las personas*, siguiendo los criterios de EMILIA SEGARES.

Si bien es cierto las medidas cautelares o provisionales tienen por objeto esencial la protección de los derechos del ser humano, esto es, los derechos humanos, también tendrían como finalidad *salvaguardar las pruebas*, desde el siguiente punto de vista: por ejemplo, la persona que está citada para declarar testimonialmente en la Corte o en la Comisión Interamericana podría ser manipulada por agentes del Estado-demandado con el propósito de que acepte dádivas y tergiverse la versión testimonial, sin que dicha intromisión ponga en peligro la vida del testigo; las medidas cautelares procederían para que la Comisión solicite al Estado que las adopte absteniéndose de adelantar tales manipulaciones y para que garantice la plena libertad del declarante. En similar situación podría verse un perito que deba concurrir a la Corte o a la Comisión y cuyo dictamen podría demostrar el hecho y, por ende, la responsabilidad y condena del Estado. En estos dos ejemplos si la situación es de extrema gravedad, estimamos que la Comisión podría acudir a la Corte y solicitar medidas provisionales, con el objeto de que la Corte las decrete y ordene al Estado que permita que el testigo o perito se ausente del territorio nacional y se ubique en otro Estado, para alejarle de posibles manipulaciones que podrían empañar la pureza de estas pruebas. En cuanto a los documentos, podrá darse el caso de que algún gobierno totalitario o autoritario elaborara, por medio de sus agentes, las denominadas “listas negras” de personas opositoras del gobernante de turno y que serían desaparecidas; en esta hipótesis, la Corte podría decretar las medidas para cautelar estos documentos y proteger a las personas de amenazas a su vida; también podría darse el caso de informaciones valiosas contenidas en documentos de los que depende el éxito de la responsabilidad internacional. En estas hipótesis las medidas sobre las pruebas tienen por objeto salvaguardar su existencia, o su veracidad e imparcialidad,

a fin de lograr la protección de los derechos humanos de la presunta víctima, cuando de la prueba de los hechos de las violaciones no sea fácil deducir la responsabilidad del Estado.

Al respecto, ANTONIO CANÇADO TRINDADE sostuvo lo siguiente: “Las medidas adoptadas han revelado ser un instrumento de excepcional importancia para la protección de la vida e integridad personal de víctimas y testigos y para la preservación del material probatorio en los procesos ante la Corte”⁸⁷.

Las medidas cautelares para *salvaguardar los bienes* son importantes para frenar el abuso de gobernantes que persiguen la propiedad de las personas, acudiendo a sofisticadas, encubiertas o disfrazadas “confiscaciones legales”. En estas situaciones las medidas cautelares sobre los bienes tendrían por objeto su protección provisional (ante la amenaza de perder la propiedad), mientras se realiza la sustanciación del proceso judicial interno, de tal manera que si el juez nacional en la sentencia de fondo declara la “confiscación legal” de los bienes, estaría desconociendo no solo la decisión cautelar de la Comisión, sino que consumaría la violación a la Convención Americana (art. 21.1), que reconoce el derecho a la propiedad privada.

En cuanto a la determinación de la propiedad e identificación del titular del derecho humano, se pueden presentar tres posibilidades o hipótesis:

a) Que se trate de los bienes propiedad de un ser humano y, por tanto, se considere un bien individual o personal. Por ejemplo, en la primera decisión que adoptó el Presidente de la Corte, el 6 de noviembre de 1987, solicitó al Gobierno de Honduras que tome “todas las medidas necesarias para garantizar a los señores Jiménez y Custodio y al Comité para la Defensa de los Derechos Humanos en Honduras la seguridad de sus vidas y propiedades”.

b) Que el bien propiedad de un ser humano se incorpore (aporte, cuota parte, interés social) a la masa social de una persona jurídica, como una sociedad comercial o cooperativa⁸⁸; por ejemplo, los Casos Ivcher Bronstein contra Perú y Cantos contra Argentina.

⁸⁷ “Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente de la OEA” (16 de marzo de 2000), en *Informe: bases para un proyecto de protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección (2001)*, t. II, 2^a ed., mayo 2003, pág. 115.

⁸⁸ Ver *infra*, capítulo vi, pág. 266.

c) Que el bien sea propiedad de una colectividad o comunidad de personas, como la Comunidad Indígena Mayagna, que se explica así: “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

De este Caso destacamos aspectos jurídicos de la sentencia de fondo:

“151. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para todos los efectos de que se trata, como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”⁸⁹.

En un brillante voto razonado conjunto de los jueces ANTONIO CANÇADO TRINDADE, MÁXIMO PACHECO GÓMEZ y ALIRIO ABREU BURELLI, se lee el aporte jurisprudencial: “el concepto comunal de la tierra —inclusive como lugar espiritual— y sus recursos naturales forman parte de su derecho consuetudinario; su vinculación con el territorio, aunque no esté escrita, integra su vida cotidiana, y el propio derecho a la propiedad comunal posee una dimensión cultural. En suma, el *habitat* forma parte integrante de su cultura, transmitida de generación en generación”.

El objeto de la medida (cautelar o provisional) sería el de permitir el *uso y goce* de los bienes, de conformidad con el artículo 21 de la Convención Americana, a fin de evitar daños irreparables a las personas, como lo dispuso la Comisión Interamericana en el sonado Caso Ivcher Bronstein contra Perú.

Es importante resaltar que las medidas sobre la propiedad indígena reconocen que la conexión entre el indígena y la tierra tienen una connota-

⁸⁹ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, sentencia de fondo de 31 agosto 2001, párrafo 151.

ción especial, ya que la vida espiritual, cultural y socioeconómica de la comunidad se organiza alrededor del territorio.

8. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y LAS MEDIDAS

En cuanto al principio de subsidiariedad⁹⁰ y su relación con las medidas cautelares y provisionales, debemos referirnos en primer lugar a la procedibilidad en la formulación de estas, en consideración a los vacíos normativos que existen en el sistema interamericano, respecto a si es necesario el agotamiento previo de los recursos internos, para que la Comisión proeve y solicite al Estado que adopte las medidas. Adviértese aquí que no se requiere el agotamiento previo de los recursos internos, precisamente porque se trata de una situación de urgencia y gravedad que no da espera, y lo que se busca es la protección internacional para evitar daños irreparables de derechos consagrados en la Convención. Sobre el particular, cabe reiterar que las medidas cautelares y provisionales constituyen el mecanismo preventivo del sistema interamericano de derechos humanos. Se busca por medio de estos mecanismos preventivos actuar con celeridad, eficacia y diligencia, para evitar daños irreparables a la persona humana.

Desde el punto de vista del procedimiento, se presenta un escrito con la solicitud de las medidas cautelares que cumpla con los citados requisitos formales, previstos por el artículo 25 del Reglamento de la Comisión. En un asunto ante la Corte, la Comisión argumentó lo siguiente: “Las medidas provisionales suponen la necesidad de actuar con la celeridad y efectividad necesaria para evitar o prevenir futuras condiciones de riesgo a la integridad de los afectados”⁹¹.

9. EL DECRETO DE LAS MEDIDAS

Las medidas cautelares y las medidas provisionales se decretan *inauditam alteram parte*, o sea, sin audiencia de otra parte, esto es, sin audiencia del Estado, es decir, que este no interviene en la toma de la decisión por la Comisión o la Corte, según el caso, precisamente porque las medidas pretenden frenar o contener el abuso del poder estatal. Sin embargo, se han presentado casos de solicitudes de medidas cautelares a la Comisión en las que esta, antes de tomar la decisión, pide informes al Estado; consideramos que todo depende de la *gravedad y urgencia*. El procedimiento que debe

⁹⁰ Ver *supra*, capítulo II, págs. 31, 49, e *infra*, capítulo VI, pág. 262.

⁹¹ Caso Liliana Ortega y otras contra Venezuela, res. de 4 mayo 2004, de medidas provisionales.

cumplirse respecto de cada medida es diferente, aspecto que se ampliará adelante.

10. AUTONOMÍA DE LAS MEDIDAS

A) *Medidas cautelares*

Las medidas cautelares no estructuran —en estricto sentido procesal—, un *proceso* entre dos partes enfrentadas ante el órgano internacional (la Comisión), sino un *procedimiento*, porque: (i) su regulación en cuanto al trámite está prevista en el artículo 25 del Reglamento, como un trámite independiente y separado de la formulación de una petición, es decir, que el trámite de la solicitud de la medida no depende necesariamente de que se presente con una petición, aunque las dos pueden concurrir en el tiempo: solicitud de medidas y petición; (ii) porque generalmente para resolver las medidas la Comisión no le corre traslado al Estado, a fin de que rinda informes previamente a su adopción.

B) *Medidas provisionales*

Las medidas provisionales dependen del momento u oportunidad procesal en que se soliciten, así:

1) *Asuntos no sometidos aún a conocimiento de la Corte.* Se trata de aquellos asuntos que se encuentren en conocimiento de la Comisión; en esta hipótesis, solo la Comisión podrá solicitar las medidas provisionales a la Corte, y se origina así un *procedimiento* ante ella.

2) *Casos contenciosos que se encuentren en conocimiento de la Corte.* A diferencia del anterior, ya existe un *proceso* internacional con partes en contienda (las presuntas víctimas, familiares o sus representantes y el Estado), sometido al conocimiento de la Corte. En esta hipótesis, la solicitud podrá ser presentada directamente por estas personas, según se desprende del artículo 25, numeral 3 del Reglamento reformado de la Corte; el trámite se analizará oportunamente.

11. DURACIÓN DE LAS MEDIDAS

Por su naturaleza jurídica, las medidas (cautelares o provisionales) tienen una duración en el tiempo, y en ese orden podrían ser:

A) Indefinidas

En la mayoría de los casos, la Corte ha decretado las medidas por término indefinido, con la siguiente fórmula: “2. Requerir al Estado que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para proteger la vida e integridad de los integrantes del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y de los abogados Pilar Noriega García [...]”⁹².

B) Prorrogables

En el Caso Colotenango contra Guatemala la Corte, en Resolución de 1º de diciembre de 1984, resolvió: “1. Prorrogar las medidas provisionales adoptadas mediante resolución del 22 de junio de 1994 sobre el Caso Colotenango por un plazo de seis meses contados a partir de la fecha”.

C) Restablecidas

En el Caso Loayza Tamayo —explicado anteriormente—, en cuanto a los efectos jurídicos que produjo la sentencia de fondo, de fecha 17 de septiembre de 1997, nos corresponde mencionar el manejo de las medidas: el 12 de junio de 1996, el presidente de la Corte adoptó medidas urgentes a favor de esta señora, y le solicitó al Estado del Perú que adoptara sin dilación cuantas medidas fueren necesarias para asegurar eficazmente su integridad física, psíquica y moral. La Corte, por resolución de 2 de julio de 1996, ratificó la anterior resolución y adoptó medidas provisionales, reiterando al Estado peruano que debía tomar las medidas indispensables para proteger con eficacia la integridad física, psíquica y moral de esta persona. Con posterioridad a la sentencia mencionada, el 11 de noviembre de 1997, la Corte resolvió levantar y dar por concluidas las medidas provisionales, por cuanto la señora María Elena Loayza Tamayo había sido puesta en libertad el 16 de octubre de ese mismo año. El 13 de diciembre de 2000 el Presidente de la Corte adoptó medidas urgentes, en atención a la situación que vivía la señora, requiriendo al Estado para que adoptara, sin dilación, cuantas medidas fueren necesarias para asegurarle el regreso a su país, así como su integridad física, psíquica y moral. La Corte, el 3 de febrero de 2001, dictó las medidas provisionales, ratificando las medidas urgentes, y requirió al Estado para mantener las medidas necesarias, a favor de dicha

⁹² Resolución del Presidente de la Corte, de 25 de octubre de 2001, contra México.

persona, y para que informara a la Corte cada dos meses las medidas que hubiere tomado, y a la Comisión sus observaciones acerca de dicha información, en un plazo de seis semanas contado desde su recepción. La Corte resolvió, el 28 de agosto de 2001, levantar y dar por concluidas las medidas provisionales, en virtud de que no subsistía la situación de extrema gravedad y urgencia.

D) *Levantamiento*

El levantamiento de las medidas, básicamente, responde a todos aquellos casos en los que no subsistan los requisitos básicos que dieron origen a la adopción de medidas cautelares o provisionales, es decir, que podrá darse cuando ya no exista una gravedad y urgencia o extrema gravedad que impliquen la concreción de un daño irreparable. Veamos algunos casos en los que la Corte ha levantado las medidas:

En el Caso Cesti Hurtado contra Perú, la Corte, por resolución de 14 de agosto de 2000, consideró: “2. Que el Estado y la Comisión manifestaron que las circunstancias de extrema gravedad y urgencia que motivaron la adopción de las medidas ya no existen, hecho que se demuestra con la puesta en libertad del señor Cesti, y que la seguridad del señor Cesti y la de sus familiares no parecen estar en riesgo actualmente. Resuelve: 1. Levantar y dar por concluidas las medidas [...]”.

En el Caso Giraldo Cardona contra Colombia, la Corte, por resolución de 19 de junio de 1998, consideró: “2. Que por comunicación [...] el señor Gonzalo Zárate manifiesta que no necesita el servicio de escoltas porque no ha recibido amenazas, ni trabaja en asuntos relacionados con derechos humanos. Por tal razón, entre otras, la Corte resuelve: 1. Levantar y dar por concluidas las medidas provisionales”. En este caso la Corte mantiene vigentes las medidas provisionales decretadas en favor de las otras personas que inicialmente fueron beneficiadas con las medidas en mención.

En el Caso de la Comunidad indígena Zenú la Corte, por resolución de 1º de diciembre de 2003, consideró: “5. Que la Comisión no cuenta con información que permita verificar la existencia de los presupuestos que justificaron la adopción de las medidas provisionales hace ya seis años, y por consiguiente considera pertinente levantar las medidas provisionales [...]”. “6. que el Estado solicitó el levantamiento de las medidas, por tales razones, entre otras, la Corte resuelve: 1. Levantar y dar por concluidas las medidas [...]”.

12. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA CREADORA DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

“Como se indicó atrás, de la historia legislativa se desprende que el artículo⁹³ sobre medidas provisionales debe interpretarse de manera restrictiva”, sostiene RAFAEL NIETO NAVIA⁹⁴.

Con sentido progresista la Corte enfatizó que las disposiciones de la Convención Americana y sus efectos propios (*effet utile*) deben ser garantizados por los Estados Partes, en su derecho interno, principio que se aplica en relación con las *normas sustantivas* (que reconocen los derechos humanos) y las *normas procesales*, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte.

Estas obligaciones *deben ser interpretadas*⁹⁵ y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos⁹⁶.

Consideramos que la norma (art. 63.2) creadora de las medidas provisionales, debe interpretarse en forma amplia, porque el rigorismo procesal no puede sacrificar la dignidad de la persona humana, y porque la suerte de los derechos humanos no puede depender de *formas sacramentales* que limiten la protección internacional. Es decir, que la interpretación de las normas debe ser *pro homine*, siempre a favor de la persona humana, única destinataria de los instrumentos internacionales que reconocen los derechos humanos. La interpretación restrictiva desconocería las finalidades del derecho internacional de los derechos humanos. Y desconocería la regla contenida en el artículo 29.b de la Convención Americana, que la prohíbe, no importa que se trate de las normas contenidas en los Reglamentos de la Comisión y de la Corte, porque estos regulan los procedimientos para la protección internacional de estos derechos.

Con el mismo alcance deberá interpretarse la norma creadora de las medidas cautelares (Reglamento de la Comisión, art. 25).

⁹³ Se refiere al art. 63.2 de la Convención Americana.

⁹⁴ RAFAEL NIETO NAVIA, “Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: teoría y praxis”, en *La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos*, ob. cit., pág. 389.

⁹⁵ En nuestro concepto, comprenderá sentencias y resoluciones —de medidas provisionales—.

⁹⁶ Cfr. Caso Liliana Ortega y otras contra Venezuela, res. 4 de mayo 2004, de medidas provisionales.

13. LAS MEDIDAS Y LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

La Corte relaciona las obligaciones internacionales con el decreto de las medidas, y al efecto utiliza las siguientes formas:

En la primera, en el Caso Velásquez Rodríguez, Fairen Garbi, Solís Corrales y Godinez Cruz la Corte, por resolución de 15 de enero de 1988, ordenó en la parte resolutiva: “1. Apremiar al Gobierno de Honduras a que adopte sin dilación cuantas medidas sean necesarias para prevenir nuevos atentados contra los derechos fundamentales de quienes han comparecido o han sido citados para comparecer ante esta Corte con motivo de los casos Velásquez Rodríguez, Fairen Garbi, Solís Corrales y Godinez Cruz, *en escrupuloso cumplimiento de la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos que tiene contraída en virtud del artículo 1.1 de la Convención*”.

En la segunda forma, en los considerandos de la resolución de 18 de agosto de 2000, en el Caso Blake contra Guatemala, la Corte expresa lo siguiente: “6. Que el artículo 1.1 de la Convención señala el deber que tienen los Estados Partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ese tratado y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”.

En la tercera forma, en los considerandos de la resolución de la Corte Interamericana de 6 de julio de 2004, de medidas provisionales, expresó: “12. Que para garantizar efectivamente los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado Parte tiene la obligación, *erga omnes*, de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Eso significa, como lo ha dicho la Corte, que tal obligación general se impone no solo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares”.

Comoquiera que las medidas provisionales proceden en casos de extrema gravedad y urgencia, a fin de evitar perjuicios irremediables a las personas, la Corte le advierte al Estado que está incumpliendo sus *obligaciones internacionales* —*erga omnes*— de respetar los derechos y de garantizar su libre y pleno ejercicio. En otras palabras, ante las *amenazas* a los derechos humanos la Corte interviene y decreta las medidas con el fin de evitar que se consuman las violaciones, siempre y cuando que el Estado cumpla tales obligaciones, recordándole el principio internacional de *pacta sunt servanda*. Lo mismo podría argumentarse de las medidas cautelares.

14. EL SEGUIMIENTO DEL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS

A) *Medidas provisionales*

De la praxis de la Corte se infiere el siguiente procedimiento para el cumplimiento de las medidas ordenadas por el Tribunal y su seguimiento: (i) requerir al Estado que *informe* a la Corte en un plazo, por ejemplo de 10 días, sobre las medidas que haya adoptado en cumplimiento de la orden impartida; (ii) requerir al Estado que *informe periódicamente*, por ejemplo cada dos meses, sobre el cumplimiento de las medidas adoptadas; (iii) requerir a los beneficiarios de esas medidas que presenten directamente sus *observaciones* a los informes bimestrales del Estado, en un plazo por ejemplo de cuatro semanas (contado a partir de su recepción) y a la Comisión Interamericana que presente sus observaciones a dichos informes estatales dentro del plazo de seis semanas⁹⁷.

Según el artículo 25 (7) del Reglamento, “la Corte, o su Presidente si esta no estuviere reunida, podrá convocar a las partes a una audiencia pública sobre las medidas provisionales”, con la finalidad de conocer el estado de cumplimiento de las medidas, su efectividad y el efecto que estas tienen sobre los beneficiarios.

Esta es otra forma de efectuar el seguimiento o supervisión del cumplimiento de las medidas, en especial cuando surgen serias divergencias entre los *informes* del Estado y las *observaciones* de la Comisión o de los beneficiarios; por ejemplo, en el Caso de la Cárcel Urso Branco contra Brasil, el Estado en sus informes omitió algunos hechos graves (nuevos asesinatos entre reclusos, descuartizamiento de cadáveres y pedazos de estos que se arrojaron a las autoridades) que debieron conocerse por la Corte oportunamente; el incumplimiento del deber estatal de informar al tribunal se consideró especialmente grave, y se tradujo en convocatoria de la Comisión, los peticionarios y el Estado a una audiencia pública para conocer sus argumentos sobre el cumplimiento de las medidas⁹⁸. Un minucioso seguimiento podría observarse en las medidas provisionales de Clemente Teherán y otros contra Colombia.

B) *Medidas cautelares*

Sobre la forma como se debe vigilar el cumplimiento de las medidas cautelares por la Comisión expresa el artículo 25 del Reglamento, lo siguiente:

⁹⁷ Corte IDH, Caso 19 comerciantes contra Colombia, res. de 30 julio 2004, de medidas urgentes.

⁹⁸ Corte IDH, res. de 22 abril 2004.

“[...]

“3. La Comisión podrá solicitar *información* a las partes interesadas sobre cualquier asunto relacionado con la adopción y vigencia de las medidas cautelares”.

Para establecer si el Estado adoptó las medidas cautelares, la Comisión, una vez tomada la decisión de solicitarlas, vigilará su cumplimiento, y para ello le pedirá informaciones al Estado y obviamente a la persona, o grupo de personas afectadas por las amenazas a los derechos humanos.

La Comisión Interamericana mantiene una comunicación fluida con el Estado en la medida en que los beneficiarios de las medidas cautelares le informen sobre la forma en que se cumplen las medidas acordadas en desarrollo de la medida cautelar; recibido el informe, la Comisión se lo remite al Estado para que este efectúe las observaciones que considere pertinentes en relación con la información aportada por el beneficiario.

15. OBLIGATORIEDAD DE LAS MEDIDAS

De acuerdo con la opinión de varios autores, los efectos jurídicos de las decisiones por las cuales se decretan o se solicitan las medidas provisionales y las medidas cautelares, tienen diferentes alcances, debido a que las medidas provisionales tienen base convencional y las medidas cautelares tienen base reglamentaria.

A) *Medidas provisionales (actos jurisdiccionales de la Corte)*

Según la jurisprudencia de la Corte, estas medidas son obligatorias. A este respecto transcribimos el siguiente texto:

“e) El artículo 68.1 de la Convención hace referencia a la obligatoriedad de las decisiones de la Corte sin distinguir su carácter de fallos, medidas provisionales, u otro tipo de resoluciones, por lo cual es extensible a cualquier tipo de resolución que emita la Corte que conlleve en forma explícita algún tipo de obligación para el Estado”.

En el Caso *Liliana Ortega y otras contra Venezuela* la Corte, ante la renuencia del gobierno en dar efectivo cumplimiento a las diversas medidas provisionales ordenadas, en forma contundente *resolvió*:

“1. Declarar que el Estado de Venezuela, por haber reconocido su competencia, está obligado a cumplir las decisiones de la Corte [...], la que tiene el poder, inherente a sus atribuciones, de supervisar el cumplimiento de las mismas.

”2. Declarar igualmente, que el Estado de Venezuela tiene la obligación de implementar [sic] las medidas provisionales, ordenadas por la Corte [...]”⁹⁹.

Sobre el particular la Corte expresó: “La obligación convencional de los Estados Partes de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte vincula a todos los poderes y órganos estatales”¹⁰⁰. Por decisiones han de entenderse sentencias, resoluciones de medidas urgentes o provisionales.

B) *Medidas cautelares*

Como se expresó, estas medidas se hallan consagradas en el Reglamento de la Comisión. Por esta razón algunos autores consideran que las decisiones por las cuales se ordena al Estado que las adopte no producen efectos vinculantes.

La Corte Constitucional colombiana, en relación con la obligatoriedad de las medidas cautelares decretadas por la Comisión Interamericana, en Sentencia T-558 de 2003, al referirse a unas medidas cautelares decretadas por la Comisión Interamericana sobre la familia Ocampo, hace las siguientes consideraciones: “A nuestro modo de ver, las medidas cautelares producen efectos vinculantes, y por lo tanto son obligatorias para los Estados, en la medida que la finalidad de dichas medidas es evitar un daño irreparable a la persona humana, y de esta manera atender con las obligaciones internacionales que los Estados contraen al ratificar la Convención Americana sobre derechos humanos”¹⁰¹.

Así mismo, no se debe olvidar que el objeto y el fin de la Convención es la protección de los derechos humanos; por tanto, que la preceptiva internacional debe interpretarse *pro homine*: la aplicación de la norma más favorable y menos restrictiva a favor de la persona humana. La Comisión Interamericana aplicó el principio de que “se debe preferir la interpretación de la ley que proteja más eficientemente los derechos humanos”¹⁰², en el Caso Ivcher Bronstein.

⁹⁹ Corte IDH, Caso Liliana Ortega y otras contra Venezuela, res. de 4 mayo 2004, de medidas provisionales.

¹⁰⁰ Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá. Competencia, sent. de 28 noviembre 2003.

¹⁰¹ Corte Constitucional de Colombia, sent. T-558 de 2003.

¹⁰² Comisión IDH, Informe núm. 20/98 Caso 11.762, Baruch Ivcher Bronstein, 3 de marzo de 1998, párrafo 56.

16. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS Y SUS CONSECUENCIAS

De acuerdo con el artículo 25 (8) del Reglamento de la Corte, cuando las medidas provisionales no hayan sido debidamente ejecutadas por el Estado, esta formulará las *recomendaciones* que estime pertinentes, situación que se incluirá en el informe anual que la Corte presenta a la Asamblea General de la OEA, aplicando el artículo 65 de la Convención, como en efecto se hizo en el Caso James Briggs, Noel, García y Bethel contra Trinidad y Tobago.

Lo anterior tiene importantes implicaciones jurídico-políticas, pues al interior de la Asamblea General para los Estados Miembros de la OEA será evidente que el Estado que no ha cumplido las medidas: no tiene voluntad política para la protección efectiva de los derechos humanos que reconoce la Convención y, por consiguiente, que incumple sus obligaciones internacionales.

Una consecuencia del incumplimiento de las medidas provisionales se ve reflejada en que, efectivamente, la violación o amenaza se concretó y eventualmente se ocasionó un daño irreparable a la víctima. En esta hipótesis, no hay lugar a dudar que el Estado podría verse avocado a que se ventile su responsabilidad internacional y, como consecuencia, establecer la obligación de reparar.

En relación con las medidas cautelares, el artículo 57 del Reglamento de la Comisión Interamericana, le asigna la facultad de presentar a la Asamblea General de la OEA el informe anual que, entre otros aspectos, deberá contener:

“f. Los informes sobre peticiones y casos individuales cuya publicación haya sido aprobada por la Comisión, así como una relación de las medidas cautelares otorgadas y extendida, y de las actividades desarrolladas ante la Corte Interamericana”.

Como se observa, los alcances del contenido del informe no tienen las mismas implicaciones de los informes que la Corte produce usualmente, por ser esta el órgano judicial del sistema interamericano.

17. DESNATURALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El juez de la Corte, MANUEL VENTURA ROBLES, comenta que “es preocupante que se llegue a la desnaturalización de las medidas provisionales, por dos razones:

”a. Por la duración indefinida que están teniendo algunas de ellas. La medida provisional dispone dar protección mientras el caso se somete a la Corte. Hay casos de protección de medidas provisionales que tienen que estar ante la Corte seis o siete años, y algunos casos no han sido sometidos a la Corte;

ejemplo de esto: el Caso Colotenango contra Guatemala y el Caso Carpio Niccole contra Guatemala.

”b. El tratar de resolver el fondo de los casos a través de medidas provisionales. La medida provisional debe garantizar el *statu quo* de un derecho fundamental, pero no resolver el fondo del caso a través de una medida provisional. Ejemplo de esto: Caso Delgado Parker contra Perú, que fue una solicitud en que la Comisión pidió que se devolviera un canal de televisión a través de una medida provisional. Este caso no se llegó a conocer por la Corte; lo que pretendía era resolver el fondo del caso a través de una medida provisional”¹⁰³.

18. ÓRGANOS INTERNACIONALES COMPETENTES

Como se infiere de lo anteriormente expuesto, la Convención Americana no le asignó expresamente competencia a la Comisión Interamericana para conocer de solicitudes de medidas cautelares y tomar la decisión de solicitarle al Estado que las adopte; es precisamente el Reglamento el instrumento que le asigna la competencia, mas no el Estatuto de la Comisión, sostiene la mayoría de los doctrinantes.

Sin embargo, HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA comenta: “La competencia de la Comisión para adoptar estas medidas encuentra su fundamento en los arts. 41, letra b), de la Convención y 18, letras b) y d) del Estatuto de la Comisión”¹⁰⁴. “Como parte de las competencias estatutarias de la Comisión, se trata de una atribución que esta tiene respecto de todos los países miembros de la OEA, sean o no partes en la Convención”¹⁰⁵.

La competencia y el procedimiento que se debe seguir en la Comisión Interamericana en relación con las medidas cautelares se expondrá en el capítulo VI.

En cuanto a las medidas provisionales, la Convención Americana las consagra expresamente en el artículo 63, numeral 2, “en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas”, le asigna expresamente la competencia a la Corte. Nos ocuparemos de estas medidas en el capítulo que sigue.

¹⁰³ VENTURA ROBLES, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente*, ob. cit., pág. 150.

¹⁰⁴ FAÚNDEZ LEDESMA, *Medidas cautelares y medidas provisionales: acciones urgentes en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, núm. 107, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, pág. 137.

¹⁰⁵ FAÚNDEZ LEDESMA, *El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, ob. cit., pág. 373.