

Las medidas provisionales en Derecho Internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales

Libros

Silvina S. González Napolitano

Buenos Aires, Editorial La Ley, 2004, 245 págs.

El libro cuyo tratamiento nos ocupa aborda el estudio de las medidas provisionales en el ámbito del Derecho Internacional, tema poco explorado en la doctrina jurídica internacional.

La autora, a través de un estudio sistemático, minucioso y circunstanciado, desarrolla todo aquello relacionado con las medidas provisionales, haciendo referencia en cada caso, y según las distintas circunstancias que podrían producirse, a la recepción jurisprudencial de ellos, haciendo hincapié incluso en la evolución y las nuevas tendencias que las Cortes y Tribunales Internacionales han ido produciendo en el tema, basándose sobre todo en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia.

Así, la obra se organiza en seis capítulos, en los que comprenden los siguientes temas, a saber: en el primer capítulo, generalidades de las medidas provisionales, en el que se incluye su conceptualización, evolución histórica de la institución y naturaleza jurídica, entre otras. En el segundo capítulo se ocupa de las fuentes de las medidas provisionales; en los capítulos terceros y cuarto, se refiere a los presupuestos para la concesión de medidas de esta naturaleza y a las características de su procedimiento, respectiva-

mente. En el quinto capítulo se desarrollan los temas relacionados con los destinatarios de las medidas de esta índole, su contenido y duración, y por último, en el sexto capítulo, se aborda todo lo relacionado con los efectos jurídicos que devienen de las medidas provisionales.

La autora, en su introducción al tema que trata, se refiere a que, al igual que en los sistemas jurídicos internos de cada Estado, en los procesos internacionales resulta necesario adoptar medidas de carácter provisional y cautelar a la vez, destacando que revisiten la calidad de provisionales en tanto dejan de surtir efecto una vez dictado el fallo que pone fin al asunto, esto es, una vez resuelta la controversia que motivó su dictado o incluso antes, si tal medida fuera revocada; y son a la vez cautelares, ya que su objeto principal es proteger bienes y derechos.

Sin embargo, sigue diciendo la autora, las disposiciones sobre las medidas provisionales en tratados, estatutos y reglamentos de los distintos tribunales internacionales que juzgan controversias entre Estados o entre Estados y particulares, resultan vagas y ambiguas, por lo que resulta necesario determinar la naturaleza jurídica y los efectos de las decisiones que contienen prescripciones al respecto, a fin de poder evaluar su eficacia y efectividad en la jurisdicción internacional.

Seguidamente se plantea una serie de interrogantes con la aspiración de poder resolverlos a lo largo de su trabajo, de los que se derivan los siguientes objetivos, a saber: reconocer las normas de derecho internacional –y sus fuentes– que rigen el procedimiento y la adopción de las medidas provisionales ante las distintas cortes y tribunales internacionales, rescatando las características comunes y las diferenciales, individualizar los efectos jurídicos que generan tales decisiones, identificar la práctica de algunos Estados y de las organizaciones internacionales en relación con las medidas provisionales dispuestas y su posibilidad de ejecución, y por último, evaluar su eficacia y efectividad en la jurisdicción internacional.

Excluye de su tratamiento el análisis de las medias provisionales adoptadas por órganos políticos o cuasi-jurisdiccionales, así como las decretadas por tribunales penales internacionales, por entender, con criterio acertado según nuestro entender, que los mencionados tiene una naturaleza jurídica y características pro-

pías, distintas de las de los órganos jurisdiccionales que dirimen controversias entre Estados o entre Estados y particulares o entidades, por lo que las reglas y principios aplicables en cada caso difieren en forma considerable, y en materia del dictado y ejecución de medidas provisionales no se presentan las mismas dificultades.

La autora hace referencia a que las medidas provisionales surgen como una solución en casos de urgencia frente a la demora normal que acarrea la sustanciación del proceso, tratando asimismo de no atender contra la seguridad jurídica. Este instituto, dice, trata de neutralizar la oposición entre «celeridad» y «seguridad jurídica», constituyendo un remedio inmediato en aquellos procesos de larga duración, contrarrestando los efectos perjudiciales que acarrea el paso del tiempo.

En su exposición, además formula una definición de las medidas provisionales en la jurisdicción internacional, con la que pretende abarcar la totalidad de los supuestos fácticos posibles, afirmando: «Las medidas provisionales en la jurisdicción internacional son aquellas acciones o abstenciones dispuestas por los jueces y árbitros internacionales prima facie competentes en un asunto, en caso de urgencia, con el fin de preservar los derechos de las partes contendientes o los bienes en litigio, así como la eficacia del propio proceso, incluyendo la protección de los medios de prueba y las personas a él vinculadas, o de impedir que se agrave o extienda la controversia, estando pendiente la sentencia final»¹.

Destaca la autora que, si bien la finalidad principal de las medidas de esta índole es la de asegurar el resultado de la sentencia sobre el fondo del asunto, garantizar su eficacia y efectividad, a través en general del mantenimiento del *statu quo* existente al momento en que surgió la controversia o en que el derecho de alguna de las partes fue violado, debe tenerse presente también que los Estados podrían solicitar tales medidas como medio de presión en la búsqueda de resultados extrajudiciales, esto es, haciendo uso de las mismas como una herramienta de valor estratégico.

¹ Silvina S. González Napolitano, *Las medidas provisionales en Derecho Internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, pág. 9.

En cuanto a las fuentes de las medidas provisionales en la jurisdicción internacional, la autora realiza un estudio exhaustivo de ellas, deteniéndose en cada caso en las distintas posiciones doctrinarias, así como en la recepción que han tenido a través de las distintas decisiones de los Tribunales y Cortes Internacionales, destacando la vital importancia del tema en cuestión, sobre todo aquello relacionado con la facultad que poseen los jueces internacionales o árbitros de dictar medidas de esta índole, independientemente de que les sea otorgada por los Estados en un tratado, ya sea por vía consuetudinaria o en virtud de un principio general de derecho.

Así, concluye que la mayoría de los autores encuentra la base normativa de estas medidas en un tratado, en una fuente de él derivada –a la que llama indirecta, mediata o secundaria–, o bien en los principios generales de derecho reconocidos por los sistemas jurídicos de los Estados. A su vez, menciona que algunos autores sostienen que las medidas provisionales provienen de ambas fuentes, mientras que la posición minoritaria afirma que, por su parte, la costumbre representa una de las fuentes de la potestad de dictar medidas provisionales por parte de los jueces y árbitros internacionales.

En cuanto al resto de la temática desarrollada, el libro presenta una claridad conceptual destacable, sin mencionar el indudable beneficio de contar con un trabajo que además de sistematizar todo lo producido en torno al tema en cuestión, brinda con detalle circunstanciado cada uno de los antecedentes jurisprudenciales en torno a la materia.

Resulta interesante el examen de los presupuestos para la concesión de las medidas provisionales en los procesos contenciosos internacionales, en que se enumeran los siguientes: existencia de un derecho a proteger en conexión con la causa principal, peligro o riesgo de que se cause un perjuicio irreparable, existencia *prima facie* de una base de jurisdicción material, personal y temporal, admisibilidad *prima facie* de la demanda y la no anticipación del fallo sobre el fondo del asunto, advirtiéndose además que en algunos ámbitos, amén de los ya enumerados, se exige la prestación de una contracautela.

De los presupuestos expresados, merece especial referencia lo relacionado con la facultad de un tribunal internacional de indi-

car medidas provisionales sin pronunciarse previamente acerca de su jurisdicción sobre el fondo del asunto, oportunidad en que la autora detalla las distintas posiciones doctrinales en torno al tema, así como las tendencias evidenciadas a través de los antecedentes jurisprudenciales internacionales. El análisis realizado lleva a la autora a concluir que, hasta el presente, la práctica de la Corte Internacional de Justicia ha confirmado que ella no se encuentra obligada a expedirse previamente sobre su jurisdicción, postura que justifica por la urgencia misma del pedido, al tiempo que expresa, a modo de fórmula ritual, que encuentra que *prima facie* hay base de jurisdicción, y que la decisión tomada en ningún modo prejuzga sobre la cuestión de jurisdicción sobre el fondo del asunto, dejando a salvo los derechos del demandado de hacer valer oportunamente sus argumentos en contra. Hace hincapié, a su vez, en que con el correr del tiempo la Corte Internacional de Justicia se ha tornado más exigente a fin de considerar en qué supuestos puede evidenciarse una base de jurisdicción².

En otro sentido, la autora destaca que el contenido de las decisiones que indican medidas provisionales es sumamente amplio, lo cual se relaciona con el poder discrecional de que gozan los jueces internacionales al respecto. Así, la práctica de los tribunales demuestra que, en ciertos casos, invocando «el poder inherente»³ en medida cautelar, los magistrados han decretado medidas que exceden incluso el marco de las previstas en sus estatutos o reglamentos.

La autora hace referencia a la amplitud de contenido de las medidas provisionales, toda vez que las mismas pueden perseguir la protección de personas y bienes, como así también de actos procesales, entre los que se cuentan la salvaguardia de medios de prueba y la protección de testigos. A su vez, puede tratarse de

² González Napolitano expresa que la CIJ «ha pasado de conceder medidas frente a una remota posibilidad de tener jurisdicción (caso Anglo Iranian), o a menos que la ausencia de jurisdicción fuera manifiesta (casos de la Jurisdicción en materia de pesquerías), a concederlas a menos que los instrumentos invocados no aportaran una base sobre la cual la jurisdicción pudiera estar bien fundada (casos de los Ensayos nucleares y siguientes)...», *op. cit.*, pág. 97.

³ La autora califica como poder inherente a aquel que deriva de la propia función jurisdiccional del tribunal, de acuerdo con una norma consuetudinaria o un principio general del derecho, *op. cit.*, pág. 210.

medidas con un contenido específico o genérico. Asimismo, se pronuncia sobre la facultad que tribunal internacional posee, aun cuando actúe a pedido de parte, de otorgar acciones y abstenciones total o parcialmente diferentes de las que le fueran requeridas, e incluso dirigirlas a todas las partes en el proceso y no solo a aquella que la demandara.

En cuanto a la obligatoriedad de las medidas provisionales, la autora hace referencia a la amplitud del debate que el tema ha merecido, en la doctrina internacional, al tiempo que expresa que se han formulado posturas en favor de la obligatoriedad, posturas en contra, juristas que con el transcurrir del tiempo han pasado de una a otra y finalmente una tercera posición, de quienes estiman que la cuestión no puede ser resuelta a menos que se modifiquen los estatutos o reglamentos en vigor.

A fin de arrojar mayor claridad a este tema, la autora analiza por separado las discusiones planteadas en torno a cada uno de los tribunales internacionales, si las hubiera, siendo el eje central de la discusión la Corte Internacional de Justicia.

Hace referencia, además, a que el reconocimiento del carácter vinculante suele ser resistido debido a que las medidas son requeridas cuando el tribunal aún no ha decidido definitivamente si tiene o no jurisdicción para conocer de la controversia, estimando a su vez que si una corte o tribunal indica medidas provisionales en un caso determinado en que la jurisdicción o la competencia sean controvertidas, y luego se declaran automáticamente sin jurisdicción, resulta obvio concluir que las medidas quedarán automáticamente sin efecto, lo cual no implica negarles su validez desde el inicio, toda vez que, hasta dicho fallo, las medidas serían perfectamente legítimas.

Por su parte la autora afirma que las cortes y tribunales internacionales cuentan con atribuciones suficientes para decidir qué medidas tomar en caso de incumplimiento de las medidas provisionales, así como que en caso de violación de una obligación internacional corresponde aplicar los principios que rigen la responsabilidad internacional, debiendo determinarse la reparación y el modo adecuado, sin perjuicio de que el Estado agraviado responda a la violación con la aplicación de contramedidas, con las limitaciones impuestas por el derecho internacional.

Por otro lado, sostiene que el órgano jurisdiccional también se

encuentra facultado para decidir qué medidas corresponde adoptar contra la parte que las requirió si no es favorecida en la acción judicial intentada frente a la parte que cumplió con la decisión cautelar y sufrió, en consecuencia, daños y perjuicios.

Por último, la autora expresa que las medidas provisionales en la jurisdicción internacional constituyen un medio útil para la solución de las controversias internacionales, en la medida en que ellas resulten eficaces y efectivas; sin embargo, destaca que son varios los factores que atentan contra estos caracteres, entre los que menciona la deficiente redacción de las providencias o resoluciones que indican u ordenan las medidas provisionales, la demora en su tratamiento, el no reconocimiento del carácter jurídicamente obligatorio de estas medidas, y la ausencia de mecanismos para la ejecución de tales decisiones.

En síntesis, y teniendo especialmente en mira los objetivos planteados por la autora en su obra, a los que hemos hecho referencia más arriba, ellos han sido cumplidos en forma acabada e impecable.

Asimismo, es necesario destacar que la obra aborda un tema poco explorado por la doctrina jurídica internacional, y lo hace de forma tal que brinda una visión general y pormenorizada de las medidas provisionales, valorándose sobre todo la labor realizada en lo que hace al análisis de los antecedentes jurisprudenciales en la materia.

Tales méritos ya han obtenido su reconocimiento. El Instituto de Derecho Internacional le otorgó el Premio Rolin Jaequemyns 2003, cuyo jurado en oportunidad de pronunciarse con relación al trabajo que nos ocupa, expresó que la obra ha sido escrita en lenguaje claro y preciso, conteniendo una exposición elaborada que es a la vez completa y actualizada del temario propuesto, destacándose además la habilidad de la autora para discernir las nuevas tendencias en la materia⁴.

En suma, de todo lo expresado surge que la obra cuyo comentario nos ocupa resultará de consulta obligada para quienes se

⁴ Informe del Jurado del Instituto de Derecho Internacional. Premio Rolin Jaequemyns 2003.

embarquen en el estudio de las medidas provisionales en el ámbito del derecho internacional y en definitiva, un valioso aporte para quienes aborden en su actividad esta temática en el futuro.

María Delia de la Vega

Programa de Magíster en Derecho Internacional, Inversiones y Comercio
(L.L.M.)

Universidad de Chile | Universidad de Heidelberg.