

**EFFECTOS JURÍDICOS DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES
ADOPTADAS POR EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA:
EL ANTES Y EL DESPUÉS DEL ASUNTO LAGRAND
(Sentencia de 27 de junio de 2001).**

Montserrat Abad Castelos

I. INTRODUCCIÓN.

La cuestión de los efectos de las medidas provisionales adoptadas por el Tribunal Internacional de Justicia (T.I.J.) siempre ha ocupado, en general, un lugar de primer orden en el análisis jurídico que las toma por objeto. Y, aún en el marco de los posibles efectos, la interrogante que se ha venido articulando en torno a si las medidas provisionales dictadas por el Tribunal de la Haya tienen o no un carácter obligatorio ha constituido siempre el principal foco de interés. Nadie que haya estudiado la protección cautelar adoptada por el órgano judicial principal de las Naciones Unidas habrá dejado de preguntarse por cuál es su propia opinión a ese respecto. Lo cierto es que, tras muchos años de incertidumbre, incluido el tiempo de ejercicio del antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional, el Tribunal Internacional de Justicia ha considerado oportuno declarar su consideración jurídica afirmativa en relación con la obligatoriedad de las medidas que el mismo puede adoptar *pendente lite*. Esta manifestación judicial ha tenido lugar a comienzos del verano de 2001, con ocasión de su pronunciamiento sobre el fondo en el *asunto LaGrand*. Pero el hecho de que la Corte haya considerado oportuno, por fin, manifestarse al respecto, adoptando, además, una posición clara, que no esconde ambigüedades, no exime de proceder a un debido análisis de las bases jurídicas capaces de proporcionar -alguna o gran parte de- su naturaleza vinculante a las medidas provisionales.

Se podía esperar desde hace tiempo que la Corte saliera de su mutismo y, además, que lo hiciera en sentido positivo, sosteniendo una visión constrictiva en lo referente a los efectos de sus medidas provisionales. En primer lugar, era de suponer que el Tribunal de La Haya se animara, simplemente, a expresarse acerca de este tema, por varias razones, entre ellas, por lo candente que se encontraba el debate últimamente (sobre todo, a raíz de las últimas providencias sobre protección cautelar y de su incumplimiento), por las manifestaciones indirectas que era posible ver entrelíneas también en las providencias más recientes o por la activa actitud que varios de los jueces que integran la Corte han demostrado a través de la redacción de opiniones individuales, así como de su participación en diversos foros doctrinales de discusión. En segundo lugar, la presencia de otros signos hacía también presagiar que el sentido del parecer, que la Corte revelaría tarde o temprano, sería a favor del carácter obligatorio. Era previsible, en síntesis, debido a datos como la extrema cautela que mostraba a la hora de decidirse o no por la adopción de un régimen de protección cautelar, por ciertas manifestaciones indirectas en el texto de las últimas providencias, por la insistencia en

los alegatos de varios jueces de la Corte, aunque fuera a título individual, o por la batería de argumentos que vienen acumulándose desde hace ya bastante tiempo, y a cuya revisión se dedica una parte de este trabajo. De hecho, creemos que el hecho de que no se haya procedido a una modificación normativa (algo que se podría haber hecho, por ejemplo, con ocasión de la reciente reforma del Reglamento que ha tenido lugar en el año 2000, y que se ha dirigido a introducir ciertos cambios en sede de excepciones preliminares y de demandas reconventionales¹) justifica el hecho de que una parte considerable de este artículo gire en torno al estudio de las distintas bases jurídicas aptas para conferir elementos de compulsión al contenido de las medidas provisionales indicadas por el T.I.J.

II. CONSTATACIÓN DE LAS DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN CAUTELAR DEL T.I.J. Y EL ADOPTADO POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES INTERNOS Y POR OTROS INTERNACIONALES.

El simple hecho de que se suscite el aspecto relativo a la afirmación de la naturaleza vinculante de las medidas provisionales da cuenta de la gran distancia o de la diferencia esencial que existe entre los ordenamientos internos y el sistema del T.I.J. en este ámbito. Se trata ésta de una situación que subyace, en realidad, tras una serie integrada por varios sectores del ordenamiento jurídico internacional, así como en el contexto de otras jurisdicciones de carácter internacional, aunque no en todas². No obstante, la materia específica relativa a los efectos que puedan tener las medidas provisionales ha de ubicarse en el entorno general del T.I.J., y ya se sabe que no es precisamente un órgano judicial que tenga fama de una alta cota de efectividad, en lo que atañe al cumplimiento real de sus sentencias. De hecho, ha llegado a ser calificado de “bulldog desdentado”, debido a la falta de respeto mostrada por una serie de Estados en relación, en general, con sus decisiones³.

1 Reforma que ha supuesto la introducción de una serie de modificaciones en el Reglamento de 1978 (en especial, las que tienen que ver con los artículos 79 y 80 –excepciones preliminares y demandas reconventionales–), adoptada por la Corte el 5 de diciembre de 2000 y entrada en vigor el 1 de febrero de 2001. Aunque bien es verdad que esta última reforma se ha efectuado con un objetivo específico, en el cual no encajaría una eventual solución a dar a la naturaleza de las medidas provisionales. Ciertamente, todas las miras estaban centradas en agilizar el proceso ante el T.I.J. Este fin estaba claro desde antes, incluso, que se acometieran las modificaciones. De algún modo, la consecución de una mayor celeridad era un propósito invocado con énfasis por la doctrina desde tiempo atrás. Véanse, por ejemplo, los comentarios efectuados al respecto, entre otros, por S. ROSENNE, en “Controlling interlocutory aspects of proceedings in the International Court of Justice”, *A.J.I.L.*, Vol. 94, Number 2, April 2000, pp. 307-317, especialmente, pp. 313 y ss., o por J.M. DE FARAMIÑÁN GILBERT, “Las reformas pendientes del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia a la luz de las transformaciones de la comunidad internacional”, *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José María Ruda*, C. A. Armas Barea *et al.* (ed.), Kluwer Law International, the Netherlands, 2000, pp. 405-420; pp. 417 y 418.

2 Éste es un problema que nunca se ha planteado, como es de suponer, en el caso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; sobre ello, véase en general: J.M. SOBRINO HEREDIA, “La incidencia del Derecho comunitario sobre la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales de adoptar medidas cautelares de contenido positivo (comentario de la sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1995, ‘Atlanta Fruchthandels-gesellschaft’ y otras, C-465/93)”, *R.I.E.*, 1996, pp. 779 y ss.

3 Véase la referencia que, a tal calificación, hacía el juez B.A. AJIBOLA, en un artículo doctrinal: “Compliance with Judgments of the International Court of Justice”, *Compliance with judgments of International Courts. Proceedings of the Symposium organized in honour of Professor Henry G. Schermers by Mordenate College and the Department of International Public Law of Leiden University*, Edited by M.K. Bulterman and M. Kuijter, Mordenate College, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague / Boston / London, p. 1996, pp. 9-38; pp. 11 y 12.

De todas formas, tal vez no se tenga suficientemente en cuenta a la hora de iniciar el tratamiento de una cuestión como ésta la significación de aprehender la esencia del concepto de *obligación*. Una premisa así ha sido descuidada hasta el punto de que en el estudio doctrinal de la naturaleza de las medidas provisionales del T.I.J. ha llegado a reiterarse una confusión inexplicable entre el carácter *obligatorio* y el carácter *ejecutivo* que pudieran llegar a tener, como algunos autores se han encargado de precisar, y sobre la que tendremos ocasión de regresar más tarde⁴

Penetrar en la entraña de la obligación jurídica, pese a todo, además de que supone el inicio de una andadura con multitud de obstáculos, quizá no tenga siquiera asegurado un destino final unívoco. Para aventurarse mínimamente, debe partirse de la toma en cuenta de las muchas dificultades existentes también en los ordenamientos nacionales, aun tratándose el ámbito interno de un entorno al que, sin duda, la noción de lo *obligatorio* debe resultarle mucho menos ajena que al orden internacional. Pero lo cierto es que, pese a constituir un elemento central de la Teoría y de la práctica jurídica en general del Derecho privado interno, y fundamentalmente, del Derecho Civil, la respuesta a la pregunta de qué es la obligación o el deber jurídico no es precisamente sencilla. En efecto, la complejidad comienza por mostrarse en el carácter doble, y no singular, que el contenido de la obligación jurídica encierra, al menos en los países de tradición continental. De este modo, la obligación se concibe como un fenómeno verdaderamente amplio, una auténtica *situación jurídica*, que acoge en su seno, no sólo un *deber* jurídico, sino también un *derecho subjetivo*. Sólo en la correlación entre ambos elementos cabría, pues, detectar la verdadera identidad de la *obligación*⁵.

Pero en el Derecho internacional público, tal vez como era de esperar, existe una serie de problemas con capacidad para atenazar el mismo concepto de obligación. Qué haya o qué deba entenderse por obligación a la luz del ordenamiento internacional guarda una relación indisoluble con la cuestión del fundamento de este sistema jurídico⁶. Algo que, nos tememos, supone una interrogante vertebral y con raíces tan centenarias como el propio *iter* vital del Derecho internacional, pero sin dejar de ser por ello un problema todavía controvertido. La mejor prueba de ello viene dada por la ausencia de una solución única o de un acercamiento metodológico de consenso a nuestra disciplina. En cualquier caso, tampoco a la Teoría general del Derecho, tal como es concebida en los ordenamientos jurídicos internos, le resulta por completo extraña la inclusión de ele-

4 Véase E. HELLBECK, "Provisional Measures of the International Court of Justice: Are they Binding?", *ASILS International Law Journal*, Vol. 9, 1985, pp. 169 y ss.; p. 176.

5 Esta caracterización puede encontrarse en L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen II, Las Relaciones Obligatorias*, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 1996, pp. 47 y ss. Allí mismo puede seguirse la interesante evolución histórica experimentada por la obligación, desde la inicial atadura física ("*vinculum*") hasta convertirse en una situación *simplemente* ideal, aunque pudiendo conllevar además una cierta idea de responsabilidad (compruébese en *ibidem*, pp. 50 y ss.).

6 Se trata, en la práctica, de una percepción compartida por otros autores. En un artículo reciente se podía leer una reflexión en esta línea: "The question of the source of obligation in international law is a fundamentally ethical question. It is a question about international law as an ethical category, whether that category is characterized as 'legal' or 'moral'"; E. MOISÉS PEÑALVER, "The persistent problem of obligation in International Law", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 36, Number 2, Summer 2000, pp. 271-302; p. 275. En un sentido próximo, puede verse J. L. BRIERLY, *The Basis of Obligation in International Law*, H. Lauterpacht and C.H.M. Waldock eds., London, 1958, pp. 1 y ss; p. 3.

Asimismo, otra vertiente del problema guarda relación con la ausencia de mecanismos suficientes de control y garantía y con el, a menudo, deficiente funcionamiento de los existentes. Véanse las reflexiones de M. PÉREZ GONZÁLEZ al respecto, tomando como punto de referencia dos ámbitos convergentes, el relativo al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y el que tiene que ver con la protección de los derechos humanos, en "Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Volumen I, 1997, pp. 315-393; particularmente, pp. 323 y ss. y pp. 388 y ss.

mentos que, sin ser necesariamente subjetivos, desbordan con creces el estrecho cauce que simplemente define *aquello que hay que hacer*. En este sentido, la *razón* o los *motivos* que explican por qué ha de ser emprendida una determinada acción o por qué ha de respetarse una cierta abstención también entrarían a formar parte del deber jurídico contenido en la obligación de igual carácter⁷. De igual modo, merece la pena retener, por las potenciales analogías que fuese posible extraer en el plano del Derecho internacional público, que en la Teoría *iusprivatista* interna se asume con naturalidad la idea de que una *obligación* puede dar lugar a varios *deberes* jurídicos⁸.

III. LA INCERTIDUMBRE EXISTENTE EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN DE LOS TEXTOS NORMATIVOS

A. El Artículo 41 del Estatuto

El artículo 41 del Estatuto del T.I.J. debe ser la primera posible base jurídica a explorar. Si esta disposición expresara el carácter obligatorio de las medidas provisionales dictadas por el Tribunal de La Haya, por supuesto, no habría dificultades al respecto. Lo cierto es que el artículo 41 del Estatuto no sólo no dispone nada explícitamente en torno a sus efectos, sino que su texto no ayuda a dar mucha luz. En efecto, cualquier intento de adivinar lo que pudiera haber de implícito en él puede suponer la entrada en un verdadero laberinto. Se había dicho ya en la época del antiguo T.P.J.I., a nuestro juicio con razón, que las contradicciones que alberga su texto obstruyen el alcance de cualquier posible conclusión al respecto⁹. Concretamente, mientras que, por una parte, el párrafo primero de dicha disposición se refiere a la facultad de la Corte “para *indicar*” las medidas, por otra parte, en el mismo párrafo se contiene una referencia a la necesidad de que las circunstancias exijan la indicación de las medidas que “*deban tomarse* para resguardar los derechos de cada una de las partes” (“ought to be taken” y “doivent être prises”, en las versiones inglesa y francesa). Parece claro, por tanto, que del texto literal del artículo 41.1 del Estatuto no se puede sacar más que la conciencia de una incertidumbre en cuanto a su posible valor jurídico. Ciertamente, la utilización del verbo “indicar”, en vez de otro verbo de carácter más imperativo, como bien podría ser el verbo “ordenar” u otro de significado equivalente, parece restarle fuerza a la idea de la obligatoriedad¹⁰. Pero, por otra parte, la inserción del giro final en la redacción del mismo párrafo introduce serias dudas de nuevo, en la medida en que la introducción del verbo “deber”, en lugar de por ejemplo, sin ir más lejos, el verbo “poder”, contribuye a restaurar el voto por el carácter vinculante de las medidas. Y, lógicamente, ha sido visto, asimismo, como un signo de exigibilidad del contenido de las medidas por varios autores.

7 L. DÍEZ PICAZO afirma que, en ocasiones, el *deber jurídico* designa también “la motivación o la razón de la adopción de ese comportamiento que es considerado como necesario por el ordenamiento jurídico”, *Fundamentos del Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 48.

8 Otra vez cfr. en L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 49.

9 Rostorowski se manifestaba en un sentido así durante el proceso de revisión del Reglamento de la Corte en 1931; puede comprobarse en Procès-Verbaux de la session tenue à Genève du 11 au 19 mars 1929, Série de Publications de la Société des Nations (Questions juridiques, C.116.M. 66.1929.V), p. 185.

10 A juicio de algunos autores, el empleo del verbo “indicar” incluso supondría un obstáculo insalvable a la hora de considerar el pretendido carácter obligatorio de las medidas en virtud del artículo 41 del Estatuto. Éste es, por ejemplo, el tenor de la opinión de B. CHENG, en *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1994 (first published by Grotius Publications Ltd. 1987; Reprinted by Cambridge University Press 1994), Cambridge, 1994, p. 273.

En todo caso, se echa de menos la inclusión de un verbo como “decretar” u “ordenar”¹¹. Podría tenerse en cuenta que durante los trabajos preparatorios del Estatuto del antiguo Tribunal de La Haya, así como con ocasión de la elaboración y de las sucesivas modificaciones de que fue objeto el Reglamento, la mayoría de los miembros del Comité de Redacción habían evitado deliberadamente el empleo de verbos que denotasen cualquier atisbo de obligatoriedad. No obstante, una minoría de los jueces redactores implicados habían llegado a avanzar propuestas en el sentido de acoger sin ambages la naturaleza obligatoria de las medidas cautelares, llegándose a redactar un proyecto de artículo en dónde, además de contenerse una referencia expresa a su carácter preceptivo, se establecía otra cláusula en relación con los eventuales daños a indemnizar en caso de incumplimiento¹². Aquellas iniciativas se toparon con el rechazo de los demás participantes en la elaboración del anterior Estatuto de la Corte. No obstante, quizá no haya por qué extraer conclusiones apresuradas y rotundas, ni de la ausencia en el texto del artículo 41 de un verbo más *imperativo* ni de la oposición hecha constar por la mayoría de los redactores a que figurara. El verbo indicar, si por algo se caracteriza, es por su prudencia y, aun, por su ambigüedad. Como tal, no debe tomarse como un obstáculo insuperable para estimar la naturaleza obligatoria de las medidas provisionales. Lo verdaderamente infranqueable hubiera sido el empleo de otro verbo con un significado claramente más tenue, como “sugerir” o, incluso, “recomendar”¹³.

A ello, podría añadirse todavía el hecho de que en el párrafo segundo del mismo artículo 41 se incluye una referencia a la notificación (en sentido imperativo, que no deja lugar a dudas: “se notificarán”) de las medidas a las partes en la controversia y, lo que es más importante, al propio Consejo de Seguridad. Este último inciso ha sido interpretado de distintas formas. Por una parte, se le ha quitado importancia¹⁴. Pero por otra parte, se le ha concedido relevancia como otra posible muestra del carácter obligatorio de las medidas, en la medida en que no tendría sentido la comunicación de unas disposiciones que no albergaran un mínimo contenido obligatorio. Es más, se ha llegado a deducir que podría tratarse de una notificación que habilitaría el encaje de la situación en el párrafo segundo del artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, tal cosa parece improbable, pues una medida provisional difícilmente constituirá un

11 O de otros equivalentes a la versión inglesa de los verbos “to order” o “to prescribe”. Sin ir más lejos, JACOBS hace referencia en la obra en Homenaje a H. Mosler, editada por el I. Max Planck, al carácter vinculante de las medidas cautelares adoptadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, basándose precisamente en el lenguaje imperativo empleado en el texto normativo aplicable; cfr. en “Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities”, *Interim Measures indicated by International Courts*, R. Bernhardt (ed.), Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Springer-Verlag, Heidelberg, 1994, pp.37-68; pp. 60 y 61.

12 Véase, por ejemplo, la defensa que hacía el juez Fromageot del uso del término “prescriptions”, con ocasión de los trabajos de revisión de 1931, en Procès-Verbaux de la sésion tenue à Genève du 11 au 19 mars 1929, Série de Publications de la Société des Nations (Questions juridiques, C.116.M. 66.1929.V), pp. 181 y 182. Véase también “Acts and Documents concerning the Organization of the Court”, *P.C.I.J.* 1922, Ser. D., Number 2, 14th meeting, p. 77.

13 Pese a que en las ramificaciones sin fin que parece tener este tema, todavía cabe encontrar otras razones ulteriores que podrían debilitar la carga de obligatoriedad que estuviere presente. En este sentido, M. J. AZNAR GÓMEZ advierte sobre la ironía que supone que la Corte emplee la palabra “indique” en el texto de los párrafos dispositivos de las providencias sobre medidas provisionales, mientras que utiliza el término “décide” en la parte procedimental de la misma; cfr. “A propos de l’affaire relative a la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d’Amérique)...”, *R.G.D.I.P.*, 1998-4, pp. 915-949; p. 929. Tal distribución de los verbos no podía tomarse efectivamente como un buen augurio. De todas formas, tal precisión no ha llegado a constituir mayor obstáculo de cara a aseverar el carácter obligatorio del régimen cautelar. De hecho, este mismo autor se manifestaba en el trabajo citado a favor de su naturaleza vinculante.

14 En esta línea, E. DUMBAULD, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, Martinus Nijhoff, ‘S-Gravenhage, 1932, pp.166-173.

“fallo” en el significado del enunciado por dicho precepto de la Carta. En realidad, puede afirmarse, con relación a la última dirección apuntada, que existe una cierta confusión entre el carácter obligatorio y el carácter ejecutable que pudiesen tener dichas medidas. De este modo, al negársele el segundo, se le ha arrebatado también el primero, de forma innecesaria. Es bien sabido que uno y otro no tienen nada que ver. Es ésta una desorientación que, para ser justos, podría decirse que permanece ya relegada al pasado. Ciertamente, la doctrina actual no sólo establece la necesaria distinción entre ambos caracteres, sino que suele proceder a la realización de una crítica respecto a la confusión que ha generado previamente tal falta de deslinde¹⁵. Con independencia, pues, de lo referente a la ejecución, el texto del párrafo primero del artículo 94 de la Carta siempre podría abogar a favor del carácter obligatorio de las medidas provisionales, como veremos unas líneas más abajo¹⁶.

En consecuencia, dada la oscuridad del texto de la disposición estatutaria, habría de buscarse algún otro aporte ulterior en los trabajos preparatorios del artículo 41 del Estatuto. Sin embargo, tampoco en este terreno puede sacarse nada en claro. Es una tarea de rastreo de datos que ya han efectuado quienes nos han precedido en el examen de estas cuestiones (ya anticipamos que no sólo en relación con los antecedentes del texto estatutario, sino también en todo lo que ha tenido que ver con el Reglamento) y que ha terminado, por tanto, de forma infructuosa¹⁷. Ciertamente, las referencias a la naturaleza jurídica o al valor práctico de las medidas son muy escasas; las más representativas de las cuáles, dicho sea de paso, ya han sido reproducidas aquí. El resto de las alusiones que tuvieron lugar no permiten extraer ninguna conclusión al respecto, bien por tener un tono neutro y, por tanto, inhábil para permitir el asentamiento de cual-

15 Véase, por ejemplo, M.J. AZNAR GÓMEZ, “A propos de l’affaire relative a la Convention de Vienne...”, *loc. cit.*, pp. 921 y 922.

16 Sea como fuere, la ejecución de los “fallos” de la Corte a través del recurso al Consejo de Seguridad tampoco parece tan fácil como pudiera desprenderse de una primera lectura del texto de la disposición contenida en el párrafo 2 del artículo 94. Han de tenerse en cuenta otras variables derivadas, aunque no expresadas, del contenido de dicho pasaje normativo. De este modo, el juez Ajibola, a título de contribución doctrinal se ha encargado de desglosar las condiciones insitas en aquel precepto. Tales requisitos serían los siguientes: “i) the request to the Security Council must come from one of the parties and hence it is invariably the successful litigant that applies; ii) in considering the request the Security Council may or may not take any action depending upon whether it *deems such action necessary*; iii) the result of the Security Council’s deliberation on the request for compliance with the judgment may be purely recommendatory and nothing more; iv) otherwise the Security Council may *decide* upon measures to be taken to give effect to the judgment; v) such measures decided by the Security Council may or may not be effective in practice, as its attempt to take a decision may be politically impeded or be vetoed by one of its permanent members”; B.A. AJIBOLA, “Compliance with Judgments of the International Court of Justice...”, *Compliance with judgments of International Courts...*, *loc. cit.*, pp. 32 y 33.

También F. JIMÉNEZ GARCÍA se refiere al especial “déficit jurídico” que acompaña a las medidas provisionales, al carecer de medidas de ejecución. De todas formas, como este mismo autor pone de relieve, el recurso al Consejo de Seguridad puede basarse en la Carta de las Naciones Unidas, gracias a varias disposiciones establecidas en sus Capítulos VI y VII; cfr. *La Jurisdicción Obligatoria Unilateral del Tribunal Internacional de Justicia. Sus efectos para España*, Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 1999, p. 75 (véase, asimismo, la nota a pie de página núm. 26 en igual página). En igual dirección, L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, tras aludir al “primer problema de incertidumbre [que] radica en la inexistencia de un poder sancionador directo y expreso conferido a la Corte en sus instrumentos constitutivos o reguladores para sancionar su incumplimiento”, examina los cauces de solución para que el sistema jurídico y judicial internacional puedan reaccionar a la inobservancia; véase “Sobre la obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia...”, *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano...*, *loc. cit.*, especialmente pp. 157-161.

17 Véase, entre otros, L. DANIELE, *Le misure Cautelari nel processo dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*, Dott. A.Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 141 y ss.; M. AZNAR-GÓMEZ, “A propos de l’affaire relative a la Convention de Vienne...”, *loc. cit.*, pp. 925 y ss.

quier afirmación sólida¹⁸, bien por ser pronunciadas a título individual y no llegar a tener ningún eco (ni tampoco oposición, de la que a su vez se pudiera deducir algún indicio del sentir de los redactores del Estatuto)¹⁹.

B. El Reglamento

Del Reglamento de la Corte tampoco puede extraerse ninguna conclusión definitiva en relación con el carácter obligatorio de las medidas. Si acaso, fundamentalmente a través de las sucesivas reformas, se puede entrever la opinión de varios miembros del Comité de Redacción. Pero una vez más, es posible observar una disparidad de criterios acerca del tema que ahora nos ocupa. Así, pueden servir de ejemplo las opiniones vertidas por Politis y Root con ocasión de la modificación del Reglamento de 1931. Para Politis, el carácter vinculante de las medidas provisionales era sobreentendido. Por esta razón, no era partidario de la inclusión de una disposición en el Reglamento que habilitase al Presidente de la Corte a indicar medidas provisionales, debido a que el Estatuto guardaba silencio sobre si los Estados estarían obligados por las indicaciones del Presidente. Las dudas, consiguientemente, gravitaban, a su juicio, sobre la facultad del Presidente para dirigir a las partes medidas cautelares obligatorias, pero no sobre la obligatoriedad de las medidas que fueran adoptadas por la Corte en pleno. Para Root, sin embargo, la obligación de no destruir el objeto de la controversia o de no poner en peligro el juicio de la Corte se hallaba implícita en la jurisdicción de la Corte. Es más, al estimar, como él mismo hacía, que las medidas provisionales no deben ser consideradas como un “un juicio a ser ejecutado”, podría entenderse mejor por qué desembocaba en la consideración de que las medidas provisionales no eran obligatorias²⁰.

En el mismo orden de cosas, también podría argumentarse que el Reglamento no es quizá el instrumento jurídico más adecuado para la resolución de interrogantes jurídicas tan trascendentes para la efectividad del proceso judicial (o, si se prefiere, para la preservación de los derechos de las partes), como es la referente al valor, si obligatorio o no, de las medidas provisionales. Anzilotti había llegado a efectuar una reflexión similar, al manifestar, también con motivo de la revisión de 1931 del Reglamento de la antigua Corte, que los redactores del Estatuto habían actuado sabiamente al dejar la solución en manos de la futura jurisprudencia y que el tratamiento de la naturaleza de las medidas provisionales era una cuestión demasiado seria como para que obtuviera un desenlace secundariamente a través de un simple cambio en el texto reglamentario²¹.

C. El Artículo 94, Párrafos 1 y 2, de la carta de las Naciones Unidas

Otro argumento empleado con frecuencia para sostener el carácter obligatorio de las medidas provisionales adoptadas por el T.I.J. ha sido considerar la providencia que

18 Véase *P.C.I.J., Advisory Committee of Jurists*, Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, pp. 693 y ss., especialmente, p. 735. Incluso se ha podido mostrar cómo los Tratados *Bryan*, aquellos Tratados concluidos por Estados Unidos con algunos Estados europeos antes de la Primera Guerra Mundial, podrían haber influido en la redacción del originario artículo 41 del Estatuto de la Corte, sin que de tal averiguación se pudiesen extraer, sin embargo, otro tipo de conclusiones. Sobre ello, véase L. DANIELE, *Le mesure cautelari...*, op. cit., p. 141.

19 Puede comprobarse en “Comité des Juristes chargé d’étude du Statut de la Cour permanente de justice internationale”, *Société des Nations*, Procès-Verbaux de la séance tenue à Genève du 11 au 19 mars 1929, Série de Publications de la Société des Nations (Questions juridiques, C.116.M. 66.1929.V), p. 63.

20 Procès-Verbaux de la séance tenue à Genève du 11 au 19 mars 1929, Série de Publications de la Société des Nations (Questions juridiques, C.116.M. 66.1929.V), pp. 62-64.

21 Procès-Verbaux de la séance tenue à Genève du 11 au 19 mars 1929, Série de Publications de la Société des Nations (Questions juridiques, C.116.M. 66.1929.V), p. 174.

las contiene como una *decisión* en el sentido del artículo 94.1 de la Carta de las Naciones Unidas (así como en el del artículo 59 del Estatuto)²². Los trabajos preparatorios tampoco proporcionan en este punto demasiado sostén²³. Pero sobre todo, es el contenido del párrafo 2º del mismo artículo 94 el texto que viene a arrojar más sombras al sentido del párrafo 1º. Parece seguro que una providencia en indicación de medidas provisionales nunca podría constituir un fallo de acuerdo con el artículo 94.2. No obstante, en relación ahora con la naturaleza obligatoria o no de las medidas provisionales, el hecho de que en párrafo 2º se hable de “fallo” hace pensar que ese sea también el significado pretendido en el párrafo 1º, a pesar del empleo de un término mucho más genérico, como es el de la palabra “decisión”²⁴.

IV. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, LOS PODERES INHERENTES Y LOS IMPLÍCITOS

A. Los principios generales del Derecho

Los principios generales del Derecho han sido invocados a través de dos vías diferentes en un intento de justificar la naturaleza vinculante de las medidas provisionales. Por una parte, la misma cualidad de principio general de Derecho que habrían alcanzado las medidas provisionales abonaría el terreno para estimar que las mismas deben ser cumplidas. La idea de que la protección cautelar constituye un principio general del Derecho se ha aceptado sin discusión, desde hace además bastante tiempo. Las medidas provisionales tienen, en efecto, tal consideración al menos para la inmensa mayoría de los autores que se han hecho tal pregunta. Ya en los años treinta, DUMBAULD llegaba a una conclusión así, tras revisar el contenido de una serie de ordenamientos jurídicos internos, entre los cuales se encontraba el español²⁵. Como es lógico, ésta es una percepción que no sólo no ha cambiado con el paso del tiempo, sino que ha ido consolidándose cada vez más, a pesar de que siempre quepa encontrar algún fundamento para la duda. Así, una de las principales debilidades de que puede adolecer la consideración de las medidas provisionales como un principio general del Derecho en el plano internacional estribaría en el hecho de que la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no contenga una disposición sobre la adopción de medidas provisionales, máxime si se tiene en cuenta que, al parecer, esta omisión fue en su día deliberada²⁶. De todas formas, también es ver-

22 Véase, por ejemplo, RICHARDSON, H.J., “The Execution of Angel Breard by the United States: Violating an Order of the International Court of Justice”, *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 12, 1998, pp. 121 y ss.

23 Sobre ellos, véase la síntesis y el comentario que realiza M. J. AZNAR, en “A propos de l’affaire relative a la Convention de Vienne...”, *loc. cit.*, pp. 923 y 924.

24 En cualquier caso, la consideración de las providencias que contienen medidas provisionales como una decisión en el sentido del artículo 94.1 es una hipótesis jurídica acertada para autores como K. OELLERS-FRAHM, “Interim measures of protection”, *Encyclopedia of Public International Law, I, Settlement of Disputes*, North-Holland Publishing Company, Netherlands, 1982, pp. 69-72; p. 71.

25 En concreto, este autor examinaba las disposiciones legislativas, la práctica y la jurisprudencia de Alemania, Austria, Suiza, Italia, España, Francia, Holanda, Hungría y de los Derechos *angloamericano* y *latinoamericano*, *Interim Measures of Protection...*, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

26 Para confrontar una idea tal, así como para repasar la historia previa en el ámbito europeo, véase THIRLWAY, “The Indication of provisional measures by the International Court of Justice”, *Interim Measures indicated by International Courts*, R. Bernhardt (ed.), Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Springer-Verlag, Heidelberg, 1994, pp. 1-36; especialmente, pp. 28 y ss.

dad que este tipo de entredicho no suele ser tenido muy en cuenta. De hecho, COLLINS afirmaba categóricamente, a principios de los años noventa, que “There can be no doubt that the procedural power to grant provisional or protective measures reflects a general principle of law, and that principle nowadays is based on the need to prevent the judgment of the Court from being prejudiced or frustrated by the actions of the parties. That general principle of law is reflected in the practice of national courts, administrative bodies, arbitral tribunals, and international courts”²⁷ Pero otra cosa bien distinta sería demostrar que tal atributo es capaz de conferir al contenido de las medidas provisionales la condición de obligatorias para los Estados. Partiendo, entonces, de la consideración de la institución cautelar como un principio general del Derecho, habría que formularse la pregunta sobre si de la pertenencia a tal categoría se deriva el carácter obligatorio de la protección *pendente lite* ante el T.I.J. Según nuestro criterio, la contestación a tal interrogante ha de ser, obviamente, negativa²⁸. No obstante, a juicio de algunos autores, la respuesta contraria también parece ser evidente²⁹.

27 L. COLLINS, “Provisional and Protective Measures in International Litigation”, *R. des C.*, Tome 234, 1992-III, pp. 9-238; p. 234.

Puede tenerse en cuenta igualmente que una de las obras monográficas de referencia sobre las medidas provisionales, la cual fue elaborada a principio de la década de los ochenta, giraba en torno al tratamiento de la protección cautelar como un principio general del Derecho. Este acercamiento, calificado por su autor de “funcional”, se conectaba con la misión ejercida por los principios en distintos sistemas jurídicos para proteger aquellos intereses considerados como merecedores de tutela en tales ordenamientos; cfr. la Introducción del libro de J. ELKIND, *Interim Protection. A Functional Approach*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1981.

28 El mismo E. DUMBAULD, quien, como hemos visto más arriba, no dudaba en admitir la condición de principio general del Derecho de las medidas provisionales, no otorgaba, sin embargo, la consideración de obligatorias a las medidas provisionales adoptadas por el T.I.J.; cfr. *Interim Measures of Protection...*, *op. cit.*, pp. 166 y ss.

En cualquier caso, precisamente en este punto es dónde más diferencias, así como más dudas, puede haber. Por ejemplo, R. St. J. MACDONALD, refiriéndose al riesgo que puede suponer hacer analogías en materia de medidas provisionales, comenta la existencia de cierta ambivalencia a deducir de la proliferación de los órganos jurisdiccionales con competencia para adoptar mecanismos de protección *pendente lite* y de la extrema heterogeneidad existente entre ellos. De esta forma, cabe advertir abundantes diferencias en relación con todos los entresijos imaginables que forman parte de los múltiples regímenes jurídicos de las medidas provisionales, a saber, en lo que se refiere a los caracteres de las mismas, a su función, a su naturaleza, a los requisitos exigidos para su indicación, a la posibilidad de adoptarlas de oficio, a la necesidad de contar con depósitos en garantía, etc. El autor afirma que, a pesar de ello o precisamente por ello, es difícil extraer una regla general común; cfr. “Interim Measures in International Law, with Special Reference to the European System for the Protection of Human Rights”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 52/3-4, 1992, pp. 703-740; pp. 719 y 720.

La verdad es que las diferencias existen tanto en (y entre) los ordenamientos internos como en el plano internacional. Para hacerse una idea de la amplísima gama de medidas provisionales de que disponen los sistemas nacionales, puede verse E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, Civitas, Madrid, 1995 o F. GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (Art. 24 del Convenio de Bruselas)*, Estudios de Derecho Procesal, Dir. M. Ortells Ramos, Ed. Comares, Granada, 1998. Por lo que se refiere a las numerosas variantes que permite contemplar el orden internacional, puede servir como paradigma, a los efectos que en esta sede nos interesan, las elucubraciones suscituables en relación con las medidas provisionales en el ámbito americano. En este ámbito regional, existe una polémica hasta cierto punto similar a la originada en torno al significado de los párrafos 1 y 2 del artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas. El contenido de los artículos 67 y 68, en sus versiones española, portuguesa y francesa, podrían dar juego para pensar que las medidas provisionales son obligatorias. En el artículo 68, que se refiere al compromiso de las partes para el cumplimiento, se emplea la palabra “decisión” y no otro término específico, como sería el caso de la palabra *sentencia*, que sí aparece, en cambio, en la versión inglesa del texto (“judgment”). Pueden verse los comentarios que a este respecto efectúa T. BUERGENTHAL en “Interim Measures in the Inter-American Court of Human Rights”, *Interim Measures Indicated by International Tribunals*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, R. Bernhardt (ed.), Springer-Verlag, Germany, 1994, pp. 69-94 (al comienzo del apartado V de su contribución sobre el tema).

29 Ésta es, por ejemplo, la opinión de M. MENNECKE y C. TAMS, quienes afirman que “this notion of securing the preserved rights until the final judgment is rendered has been described as a general principle of law reflecting the procedural laws of a great number of domestic legal systems. Taking this into

Por otra parte, la segunda vía que se ha ido habilitando es la de considerar que los deberes de abstenerse de cualquier medida que pueda perjudicar el fallo que llegue a dictarse y de prevenir el agravamiento o la extensión de la controversia constituyen principios generales del Derecho y que, apoyándose en esta base, las medidas provisionales adoptadas por el T.I.J. siempre podrían encontrar un fundamento para su obligatoriedad³⁰. Un parecer de este tipo es mantenido por autores como L. DANIELE³¹. No obstante, una tesis así construida tiene un talón de Aquiles. Su punto débil fundamental tiene lugar al extraer la conclusión porque, como ha puesto de relieve THIRLWAY, el hecho de que exista un principio general del Derecho no significa que éste se corresponda con el contenido de las medidas provisionales³². Ciertamente, el contenido de la abstención de acciones que pongan en peligro la integridad de la sentencia que pueda llegar a dictarse parece diferente del que puede integrar el núcleo de ciertas medidas provisionales, que ya han sido adoptadas en la práctica del T.I.J., como, por ejemplo, la retirada de tropas hasta una determinada posición o la preservación de ciertos medios de prueba. Además, no hay que olvidar que al decidir la adopción de medidas, el T.I.J. no deja de partir de la *ficción* de que los derechos a resguardar *existen*, puesto que sólo se ha podido entrar incipientemente, con la urgencia que siempre caracteriza a este procedimiento incidental, en el conocimiento de ése y de otros extremos fácticos y jurídicos³³.

B. Los poderes inherentes y los implícitos

Tanto los poderes inherentes como los implícitos guardan una estrecha relación con la competencia o con la fuente de capacidad de que la Corte precisa para adoptar las medidas cautelares, aunque poseen una relación sólo indirecta con el carácter, vinculante o no, de las mismas. Dicho de otra forma, cabe concluir que la consideración de la protección cautelar como un poder inherente no conduce necesariamente a determinar su obligatoriedad, a pesar de que quepa encontrar alguna opinión doctrinal que mantiene que la inherencia de tal facultad supone una base para fundar aquélla³⁴.

account, it is obvious that an order is not only expressing a mere moral obligation but entails binding force”, “The right to consular assistance under International Law: the *LaGrand Case* before the International Court of Justice”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 42, 1999, pp. 192-241; p. 206.

30 El origen de un argumento así cabría situarlo, en último término, en la referencia efectuada por el T.P.J.I. en el asunto de la *Compañía de Electricidad de Sofía*. Véase, en este sentido, el apartado V). B del Capítulo IV de este mismo libro.

31 Aunque este autor no basa el carácter obligatorio de las medidas sobre esta base a título exclusivo. Sólo reconoce que las usuales medidas de corte genérico pueden encontrar aquí una apoyatura válida para ayudar a soportar su carácter obligatorio; véase *Le mesure...*, *op. cit.*, pp. 164-166.

32 “The Indication of provisional...”, *Interim Measures indicated by International...*, Max-Planck-Institut...1994, *op. cit.*, p.29

33 Thirlway señala gráficamente, en este sentido, que “(...) such an Order does not define the rights of the Parties under the general international law applicable to their relations. It *assumes* that certain rights exist and that the facts of the case are such that the rights need to be protected but it in no way decides that those rights exist; so that second obligatory character that we find in the case of judgment is missing (...)” *ibidem*, p. 29 (la cursiva pertenece al texto original).

En este mismo orden de ideas, se ha argumentado que aquellas medidas provisionales que sean de índole genérica, y que la Corte acostumbra a incluir en todas sus providencias de protección *pendente lite*, podrían obligar a las partes a título de principio general del Derecho. Faltaría por explicar, entonces, a título de qué vincularían las medidas de corte específico. Para THIRLWAY habría que establecer una diferenciación entre tales dos tipos de medidas y, consiguientemente, entre dos tipos de fuentes de obligaciones. De este modo, las medidas específicas tendrían contenido obligatorio a título de “treaty-law”. Según el entender de este autor, tal base se hallaría en el artículo 41 del Estatuto; cfr. “The Indication of provisional measures...”, *Interim Measures indicated by International Courts*, Max-Planck-Institut... 1994, *op. cit.*, p. 29.

34 Véase R. St. J. MACDONALD, “Interim Measures in International Law...”, *Zeitschrift für ausländisches...* 1992, *cit.*, pp. 726-729.

La consideración de la facultad del T.I.J. para indicar medidas provisionales como un poder implícito, en cambio, podría tener una virtualidad adicional para fundamentar el carácter obligatorio de la protección cautelar, al fin y al cabo la aceptación de la jurisdicción de la Corte parece imponer la asunción de todos los pasos que sean necesarios hasta llegar a la sentencia final³⁵. En palabras de OELLERS-FRAHM, “a State which voluntarily has accepted binding jurisdiction of an international court or tribunal has to accept as equally binding all those steps which the court or tribunal considers necessary in order to reach its judgment. This line of argument almost inevitably leads to the conclusion that international courts and tribunals have an implied power to indicate interim measures even in a case where their statutes do not explicitly provide for such a power”³⁶.

V. EL EFECTO OBLIGATORIO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES: ARGUMENTOS MÁS RELEVANTES PARA SU DEFENSA

A. La controversia doctrinal existente en la materia

Habría que decir, sin duda, que la cuestión de la obligatoriedad de las medidas provisionales dictadas por el T.I.J. era, en el momento en que se produjo el pronunciamiento judicial, en junio de 2001, una cuestión todavía abierta. Sin embargo, el hecho de que no existiera una solución clara al respecto no quiere decir nada en relación con supuestas lagunas en los trabajos de investigación realizados hasta el presente; sino incluso bien podría añadirse que ha sucedido todo lo contrario. El tema de los efectos ha constituido seguramente el ámbito más estudiado por la doctrina que se ha dedicado al examen de las medidas provisionales adoptadas por el T.I.J., lo cual explica en cierto modo la profusión de opiniones emitidas. No obstante, como en cierto modo avanzábamos, no se ha logrado un consenso. Incluso podría decirse que la doctrina ha venido estando dividida. A pesar de tal falta de acuerdo, no creemos faltar a la necesaria objetividad si decimos que en los últimos años cabía notar un despuntar hacia una respuesta afirmativa con respecto al carácter obligatorio de las medidas. De todas formas, también debe dejarse precisado que dicha percepción parece cobrar fuerza tras advertir un paralelo despertar en la jurisprudencia. Lo cierto es que desde la doctrina se echaba de menos un pronunciamiento por parte de la Corte sobre el valor o los efectos que puedan tener las medidas adoptadas.

Llegados hasta aquí, y teniendo en cuenta el trabajo de análisis llevado a cabo con anterioridad por muchos autores en torno a esta cuestión, no tiene sentido que nos detengamos sobre cuestiones sobre las cuales ya se ha insistido mucho. Por tanto, lo único que pretendemos a partir de ahora, a lo largo de este epígrafe y del siguiente (V y VI), es abordar un cometido doble, pero de la forma más breve posible. Se trata, por un lado, de repasar, a

Aunque, por supuesto, supone un argumento más a tener en cuenta y a utilizar de apoyo. En este sentido, que nosotros compartimos, lo toma, por ejemplo, L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “Sobre la obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia...”, *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano...*, loc. cit., pp. 154 y 155.

35 En palabras de M. MENNECKE y C. TAMS, “it seems to be apparent that the parties accepting the binding force of a final judgment implicitly also accept all parts of the Court’s proceedings in reaching this decision as binding. Otherwise, they could render moot the matter upon which the Court was asked to pronounce, which would violate the idea of institutional effectiveness of the process”, “The right to consular assistance...”, *German Yearbook...* 1999, cit., p. 206.

36 “Discussion”, *Interim Measures indicated by International Courts*, Max-Planck-Institut... 1994, op. cit., p. 146.

través de una suma síntesis, el estado de la cuestión y, por otro lado, de asentar la posición defensora de la obligatoriedad de las medidas provisionales a la luz de ciertos argumentos sustentados, a su vez, en bases normativas, doctrinales y jurisprudenciales, sobre todo, teniendo en cuenta las recientes novedades acaecidas en el entorno últimamente citado.

Con respecto a la serie múltiple de tesis doctrinales habidas, quizá pueda probarse a ensayar una clasificación, según la cual aquéllas serían reconducidas a las cuatro siguientes: en primer lugar, la afirmación de su fuerza vinculante; en segundo lugar, el mantenimiento de una serie de efectos para las medidas provisionales, a pesar de que no se sostenga su carácter formalmente obligatorio; en tercer lugar, el reconocimiento de una situación de incertidumbre que impide ver cualquier solución clara al respecto; y en cuarto lugar, la creencia de que las medidas provisionales están desposeídas de cualquier efecto vinculante.

Las medidas provisionales tienen fuerza vinculante para una larga serie de autores, de tal modo que la falta de observancia del contenido de una medida supondría, a juicio de aquéllos, una violación de una obligación jurídica internacional³⁷. Ha de indicarse, de todas formas que existe una gran heterogeneidad entre los razonamientos empleados por los autores que atribuyen un carácter obligatorio a las medidas provisionales dictadas por el T.I.J. Además, ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que el entendimiento propuesto por algunos de ellos vendrá absolutamente determinado por la consideración que mantengan, a su vez, sobre cuál sea la fuente de la competencia de la Corte para la adopción de la protección *pendente lite*.

A juicio de una serie de autores, las medidas provisionales no serían en sí mismas jurídicamente obligatorias. Sin embargo, a pesar de la ausencia de carácter vinculante, podrían llegar a desplegar ciertos efectos como si tuvieran aquella condición. En este sentido, se ha argumentado que la ignorancia de su contenido sería inapropiada, debido a que el mismo incluye la determinación de una conducta adecuada en términos jurídicos. Llegarían a asimilarse, así, en la práctica las medidas provisionales a una opinión consultiva de la Corte³⁸ o incluso, aunque sin llegar a realizar una manifestación

37 Entre quienes mantienen esta posición, pueden ser citados los siguientes: M. AZNAR-GÓMEZ, "A propos de l'affaire relative a la Convention de Vienne...", *loc. cit.*, pp. 915 y ss; H.W. BRIGGS, "La compétence incidente de la Cour Internationale de Justice en tant que compétence obligatoire", *R.G.D.I.P.*, avril-juin, Tome XXXI, N.2, 1960, pp. 217 y ss.; R. CARNERERO CASTILLA, "Algunas cuestiones de Derecho internacional suscitadas por el caso 'Breard'...", *Anuario Hispano Luso Americano...*, *loc. cit.*, pp. 239 y ss.; M. DUBISSON, *La Cour Internationale de Justice*, L.G.D.J., Paris, 1964, p. 229; T.O. ELIAS, *The International Court of Justice and some Contemporary Problems*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1983, p. 67; E. HAMBRO, "The Binding Character of Provisional Measures of Protection Indicated by the International Court of Justice", *Rechtsfragen der Internationalen Organisationen: Festschrift fuer Hans Wehberg zu seinem 70. Geburtstag*, 1956, pp. 152-171; F. JIMENEZ GARCÍA, *La Jurisdicción Obligatoria Unilateral...*, *op. cit.*, pp. 71 y ss.; *id.*, "Tribunal Internacional de Justicia. Asunto relativo a la Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay c. Estados Unidos de América). Solicitud de medidas provisionales. Providencia de 9 de abril de 1998", *R.E.D.I.*, Vol. LI, Número 1, 1999, pp. 129 y ss.; M. MENDELSON, "Interim Measures of Protection in Cases ...", *loc. cit.*, pp. 259-322; E. PÉREZ BOTÍ, "Nota sobre la Orden de 3 de marzo de 1999 de la CIJ sobre medidas provisionales en relación con el caso LaGrand", *Anuario de Derecho Internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, XV, 1999, pp. 629-644; pp. 642 y 643; H.A. ROLIN, "Force obligatoire des ordonnances de la Cour Permanente de Justice Internationale en matière des mesures conservatrices", *Mélanges offerts a Ernest Mahaim, Tome II, Sciences Juridiques*, Librairie du Recueil, Sirey, Paris, 1935, pp. 280 y ss.; L.I. SANCHEZ RODRÍGUEZ, "Sobre la obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia: a propósito de la demanda de la República de Paraguay contra los Estados Unidos en el asunto *Breard*", *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano*, Vol. 14, 1999, pp. 137 y ss.

38 Una opinión de esta índole es mantenida por E. DUMBAULD. Véase, "Relief *pendente lite* in the Permanent Court of International of Justice", *A.J.I.L.*, Vol. 39, Number 3, 1945, pp. 391 y ss. También en su libro sobre las medidas provisionales, el mismo autor afirma que "(...) though not formally binding, such a decision is of great weight, as being the solemn pronouncement of a learned and august tribunal acting in the course of its official duty", *Interim Measures...*, *op. cit.*, p. 169.

explícita, a las reglas de *soft law*³⁹. En este último sentido, se ha expresado que “in the domain of international law we probably must get accustomed to living with various types of official acts having an intermediate formal status; for (...), the rules of international conduct are often a product of diplomatic feasibility rather than of stringent juridical logic. But it follows from the *intermediate* status of certain acts, such as the Court’s orders indicating interim measures, that they are more than mere ‘recommendations’, ‘suggestions’ o ‘advisory opinions’ and that their addressees are not entirely free to respect or to totally disregard them. This is so even if there is no sanction for non-compliance, for the latter may be true even of formally binding obligations”⁴⁰. En un sentido próximo, se ha considerado que el contenido de las medidas obligatorias adoptadas por el T.I.J. equivaldría a una *obligación moral*, aun reconociendo que el razonamiento que esta conclusión ha de llevar consigo encierra lógicos problemas⁴¹.

La asunción del carácter incierto acerca del valor que en el plano de la teoría jurídica puedan tener las medidas provisionales sería la percepción que prevalecería, sobre cualquier otra inclinación a favor o en contra, en el pensamiento de otra serie de estudiosos. Algunos autores no llegan a expresar textualmente una idea así, pero debido a la admisión, que sí llegan a efectuar, de la nebulosa existente, se desprende tal posición. En cambio, otros analistas de las medidas provisionales llegan a plantear tal afirmación de modo directo, en el sentido de sostener la imposibilidad de alcanzar una respuesta, dados los factores que simultáneamente confluyen a favor y en contra de su caracterización como obligatorias. En una dirección así, W. JENKS sostiene que “(...) it remains controversial whether under the present terms of the Statute of the Court there is any obligation upon parties to comply with provisional measures indicated by the Court for the preservation of their respective rights (...)”⁴².

Por último, según un grupo final de autores, no habría ningún tipo de obligación al respecto. En esta línea, el contenido de las medidas cautelares de la Corte ha sido calificado de meramente “recomendatorio” o se ha equiparado a aquéllas a simples sugerencias” que la Corte dirige a las partes en la controversia, pero que éstas son libres de aceptar o no. Ésta sería la interpretación de autores como A. HAMMARSKJOLD o de B. CHENG⁴³, aunque será justo esperar a partir de ahora, tras el último pronunciamiento del T.I.J. en relación con el carácter de las medidas provisionales, para observar el sentido de los próximos juicios doctrinales y comprobar si algún otro se pudiera encardinar en esta línea de opinión. Sin embargo, tal como están las cosas, y precisamente a la luz de las últimas novedades jurisprudenciales, todo parece indicar que no quepa esperar nuevas tesis doctrinales en igual sentido.

39 Una propuesta de entendimiento en esta línea, verdaderamente sugestiva, es la que ha mantenido J. SZTUCKI en su monografía reiteradamente citada en este trabajo; véase *Interim Measures...*, *op. cit.*, pp. 260 y ss. La interpretación de las conclusiones alcanzadas por Sztucki, en el sentido de atribuirle la consideración de una reelaboración del concepto de *soft law*, corresponde, en realidad, a L. DANILE; cfr. en *Le misur...*, *op. cit.*, p. 141.

40 J. SZTUCKI, *ibidem*, p. 294.

41 Así, E. SZABÓ señala que “one could state that regarding interim protection indicated by the World Court as a moral obligation is the middle course between attributing absolutely no binding force to them and vesting them with legally binding effect”, “Provisional measures in the World Court: Binding or Bound to be Ineffective?”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 10, Number 3, 1997, pp. 475-489; p. 489.

42 *The Prospects of International Adjudication*, London / New York, 1964, p. 157.

43 Cfr., para la tesis de A. HAMMARSKJÖLD, *Jurisdiction Internationale*, Leyden, 1938, pp. 299 y ss. y “Quelques aspects de la question des mesures conservatoires en droit international positif”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, V, 1, Feb. 1935, pp. 5-33; especialmente, pp. 20 y ss.; y, para la de B. CHENG, *General Principles of Law as applied by International Courts...*, *op. cit.*, p. 273.

B. Alegato a favor de la naturaleza obligatoria de las medidas provisionales teniendo en cuenta, fundamentalmente, razones ya ideadas por la doctrina con carácter previo

Antes de dar cuenta de los indicios más relevantes que se pueden encontrar en los pronunciamientos del T.I.J., ha de tenerse en cuenta la batería de argumentos *extra-jurisprudenciales* que a lo largo de todos estos años (en realidad, desde el inicio de la experiencia judicial de ámbito general que supuso el antiguo T.P.J.I.) ha ido disponiendo la doctrina. Aunque es difícil extraer una conclusión doctrinal, tal vez deba valorarse el hecho de que un sector mayoritario ejerce una defensa del efecto obligatorio de las medidas provisionales⁴⁴.

Lo cierto es que se ha producido la acumulación de tantos y tan variados argumentos para fundamentar la naturaleza obligatoria de las medidas cautelares indicadas por el T.I.J., que, siendo honestos, realmente no creemos que a estas alturas se pueda idear algún otro netamente nuevo. De entre los múltiples fundamentos avanzados, a nuestro juicio podrían entresacarse, como más sólidos, los que se indican a continuación (dejando también a un lado, entonces, los supuestos apoyos que pudieran vislumbrarse en el oscuro texto del artículo 41 del Estatuto, así como en las disposiciones reglamentarias del Tribunal y en el párrafo primero del artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas; todos ellos, ya adelantados *supra*).

En primer lugar, la inserción del procedimiento incidental en el marco del procedimiento contencioso apoyaría una visión afirmativa de la obligatoriedad de las medidas⁴⁵. Habría una correlación clara entre la protección cautelar y la sentencia final: mediante la indicación de las medidas provisionales tan sólo se pretende asegurar una garantía, mientras no se pronuncia el fallo, de los derechos de las partes. Y, está claro, que tal fin se vería totalmente frustrado si se negase el carácter obligatorio a la salvaguardia cautelar decretada por la Corte. Es más existiría un vínculo claro (dado, en particular, el carácter inherentemente instrumental de las medidas provisionales) entre la sentencia, sobre cuya obligatoriedad no hay dudas, y las medidas cautelares⁴⁶. Pero para llegar a una conclusión así, habría que rebatir el argumento que se fija en el hecho de que la indicación de medidas provisionales no puede contener la misma fuerza jurídica que un fallo, en la medida en que sólo este último tiene aptitud para resolver la controversia y posee una naturaleza de *res judicata*⁴⁷. Aunque se haya llegado a cuestionar si

44 A pesar de que también en este punto cabría encontrar discrepancias. Dependiendo de quién se haya sumergido en el previo bagaje doctrinal en busca de un refrendo para su tesis, habrá podido extraer un balance afirmativo o negativo, y aun presentar, según el caso, uno de ellos como mayoritario. Suponemos que tales datos anecdóticos no son de extrañar, no en vano, como ha comentado N. BOBBIO, la misma Historia, a pesar de las apariencias, ha sido siempre ambigua en la medida en que ha dado respuestas diferentes según quién y en qué circunstancias le hubiera planteado sus interrogantes (cfr. *El tiempo de los Derechos*, Traducción de R. de Asís Roig, Editorial Sistema—prólogo de G. Peces Barba-, Madrid, 1991, p. 254 y 255). Lo cierto es que también en esta sede cabe encontrar tales disparidades interpretativas. Por ejemplo, L. COLLINS, en el año 1992, al impartir su Curso sobre las medidas provisionales en la Academia de La Haya, sostenía que la opinión doctrinal mayoritaria se manifestaba en contra de la naturaleza obligatoria de la institución cautelar por lo que se refiere al T.I.J. Cfr. "Provisional and Protective Measures...", *R. des C., cit.*, p. 219. Sin embargo, una visión así contrasta con la mantenida por otros muchos autores, que dan por hecho un balance a favor del carácter obligatorio de tales medidas.

45 Sobre este punto, pueden verse, entre otros R. CARNERERO CASTILLA, "Algunas cuestiones de Derecho internacional...", *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano...*, loc. cit., pp. 255 y 256 y L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, "Sobre la obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia...", *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano...*, loc. cit., particularmente pp. 150 y ss.

46 Cfr. L. DANIELE, *Le Misure Cautelari...*, op. cit., p. 150.

47 En este sentido, véase E. SZABÓ, "Provisional Measures in the World Court: binding or bound to be ineffective?", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 10, Number 3, 1997, p. 475-489; pp. 479 y 480.

sólo los actos judiciales que tienen un carácter final pueden llegar a albergar fuerza obligatoria, la respuesta debe ser negativa. Lo decisivo es el papel que juega cada acto en el proceso judicial. Por tanto, partiendo del objeto y el fin de los procedimientos incidentales de carácter cautelar, ha de estimarse que existe una importante base para sustentar su fuerza vinculante⁴⁸. Se refutaría así, además, el argumento de que las medidas provisionales no son obligatorias debido a que las providencias que las contienen no poseen fuerza obligatoria. Se ha demostrado, que una comprensión en este sentido proviene, en realidad, de un malentendido. En efecto, la confusión partió, en su día, cuando se trataba de interpretar un pasaje de una providencia de la antigua Corte de La Haya, en el cual ésta afirmaba que “Orders made by the Court, although as a general rule read in open Court, due notice having been given to the Agents, have no ‘binding’ force (Article 59 of the Statute) or ‘final’ effect (Article 60 of the Statute) in deciding the dispute brought by the Parties before the Court (...)”⁴⁹. Tal como se ha observado, si se lee con detenimiento el texto reproducido se podrá concluir que el mismo sólo afirma la ausencia del carácter obligatorio de la providencia *en relación con la Corte*, en lo que concierne a la toma de su última decisión, es decir, sobre el fondo. En este sentido, sí es posible sostener que sólo los “fallos” tienen un *efecto final*⁵⁰. En esta misma línea, M. J. AZNAR ha concluido, a través de una visión a la que nos adherimos y tras arribar al resultado dudoso en que forzosamente desemboca el examen de los trabajos preparatorios de la Carta, el Estatuto y el Reglamento de la Corte, que el carácter obligatorio (o no) de las providencias ha de deducirse en cada caso a la luz de su contenido y objeto⁵¹.

En segundo lugar, son de subrayar todas la cautelas de que la Corte rodea la adopción final de medidas cada vez que llega a decidir las. Por una parte, cabe destacar las vueltas que el órgano judicial da siempre antes de decidirse por una solución positiva a la indicación. A su vez, por otra parte, hemos de subrayar la existencia de una serie de circunstancias que tiene en cuenta y valora cuidadosamente antes de tomar una determinación sobre si procede o no a indicar tal protección cautelar (*fumus boni iuris*, urgencia, riesgo de daño irreparable...). En definitiva, tratamos de decir que toda esa prudencia y reflexión parece compadecerse mal con algún tipo de mera recomendación dirigida a las partes⁵².

En tercer lugar, la prescripción de ciertas disposiciones sobre arreglo pacífico de las controversias internacionales en ciertos tratados internacionales, que llegan a especificar de modo explícito el carácter obligatorio para las medidas provisionales de deter-

48 Véanse, en esta línea, M. MENNECKE y C. TAMS, “The right to consular assistance...”, *German Yearbook...1999*, cit., p. 207 y E. RIETER, “Interim Measures by the World Court to Suspend the Execution of an Individual: the *Breard Case*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 16, 1998, pp.475 y ss.; p. 480.

49 *Free Zones Case*, P.C.I.J. 1929, Ser. A, No. 22, p. 5.

50 Cfr. C. H. CROCKETT, “The effects of interim measures of protection in the International Court of Justice”, *California Western International Law Journal*, Vol. 7, 1977, pp. 348-384; p. 377.

51 “A propos de l’affaire relative a la Convention de Vienne sur les relations consulaires ...”, *loc. cit.*, pp. 918-925.

En una dirección próxima, K. HIGHET señala que “when one turns to consider the object and purpose of article 41 of the Statute, it is impossible to understand how ‘the respective rights of either party could be ‘preserved’ unless the parties give to a provisional measures order a deference that is the functional equivalent of compliance based on ‘binding’ quality”, “The Emperor’s New Clothes. Death Row Appeals to the World Court? The *Breard Case* as a Miscarriage of (International) Justice”, *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José María Ruda*, C.A. Armas Barea et al. (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2000, pp. 435-456; p. 451.(la cursiva pertenece al texto original).

52 Con respecto a este argumento, puede verse algún escrito de S.H. LAUTERPACHT, quien incidía en las repercusiones que en este sentido tendría el *test* competencial previo a que la Corte ha venido sometiendo su decisión; concretamente en *The development of International Law by the International Court*, London, 1958, p. 253.

minados órganos jurisdiccionales, entre los que en alguna ocasión se encuentra el T.I.J., constituye una prueba irrefutable de su índole vinculante, aunque en principio sólo sea a título convencional. En esta dirección, es de cita imprescindible el artículo 33 del Acta General revisada para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales⁵³. Pero hay otros muchos tratados internacionales, sobre todo de tipo bilateral, que establecen la obligación de las partes de regirse por las medidas provisionales dictadas por el T.I.J.⁵⁴.

En cuarto lugar, en la medida en que el contenido de las medidas sea de tipo genérico (por ejemplo, aquellas que suelen ser dirigidas a ambas partes, instándolas a que no hagan nada que pueda empeorar la diferencia) podrían tener asegurada su naturaleza obligatoria al tenerse en cuenta su carácter de principio general del Derecho⁵⁵.

En quinto lugar, la propia práctica de los Estados afectados, como demandantes o demandados, en las controversias en que se dictaran medidas provisionales parece avalar igualmente tal consideración. No nos referimos tanto al cumplimiento de las medidas, como a las alusiones, o a la falta de las mismas, que se han podido realizar por las partes durante el procedimiento incidental ante el T.I.J. Por lo que se refiere al cumplimiento de las medidas, ha de reconocerse que la práctica muestra un panorama decepcionante. La verdad es que en general, y salvo algún caso prácticamente excepcional (como las medidas dictadas en la diferencia entre Burkina Faso y la República de Malí), fueron ignoradas por el Estado al cual iban dirigidas de forma prioritaria. Pero con respecto a esta realidad de *desobediencia*, también deberían tenerse en cuenta, a nuestro juicio, dos órdenes de precisiones. Por una parte, hay que reparar en que el incumplimiento, en sí mismo y en principio, no desposee a la norma de su valor obligatorio. Sobre este extremo se ha incidido en alguna ocasión, tanto por algún juez como por algún miembro de la doctrina. En este sentido, se ha puesto de manifiesto, con toda la razón, como la falta de cumplimiento, a pesar de que pueda generar dudas acerca de la *efectividad* de una disposición, no tiene por qué implicar la ausencia de su carácter obligatorio⁵⁶; igual que tampoco tiene por qué ponerse en duda el carácter obligatorio

53 Adoptada por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones el 26 de septiembre de 1928 y revisada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de abril de 1949. Su artículo 33, en el párrafo primero dice lo siguiente: "En todos los casos en que la diferencia objeto de un procedimiento arbitral o judicial, principalmente si el asunto acerca del cual las Partes están divididas, derivase de hechos consumados o a punto de serlo, la Corte Internacional de Justicia, procediendo de acuerdo con el artículo 41 de su Estatuto (...) indicará, en el plazo más breve posible, las medidas provisionales que deberán adoptarse. Las Partes litigantes *estarán obligadas a conformarse con dichas medidas* (la cursiva es añadida).

54 J. SZTUCKI ya computaba 49 tratados bilaterales, que imponían una obligación así, a principios de los años ochenta. Véase su monografía *Interim measures in the Hague Court*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer / The Netherlands, 1983, p. 261.

55 En este sentido, puede verse, por ejemplo, J. ELKIND, *Interim Protection...*, *op. cit.*, pp. 23 y ss. y pp. 153 y ss.

56 Véase, por ejemplo, la opinión individual del juez Weeramantry en el caso relativo a la *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, *I.C.J. Reports*, 1993, pp. 374 y 375. Véase también G. FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. II, 1986, p. 545. También OELLERS-FRAHM contradecía el valor de la práctica estatal, al incumplir las medidas provisionales, introduciendo una comparación con la nula importancia que se le puede otorgar al incumplimiento de los fallos de cara a poner en duda su valor obligatorio: "States have likewise not always implemented a binding judgment and as far as I know nobody ever has drawn the conclusion that state practice therefore no longer supports the binding character of judgments", "Discussion", *Interim Measures indicated by International Courts*, Max-Planck-Institut... 1994, *op. cit.*, p. 146. También M.K. ADDO se expresaba con suma claridad en un sentido próximo: "It is possible to argue that Article 41 of the ICJ Statute has lost some or all of its binding character as a consequence of the continuing disregard with which most respondent states have treated the provisional orders directed at them. However, the state practice on the matter is an indication of the ineffectiveness of provisional measures in practice rather than of their non-binding nature in law", "Interim Measures of Protection for Rights under the Vienna Convention on Consular Relations", *E.J.I.L.*, Vol. 10, Number 4, 1999, pp. 713-732; p. 725.

de cualquier disposición normativa internacional ante la ausencia de sanciones para su contravención⁵⁷. No obstante, además, han de tenerse en cuenta las referencias efectuadas en apoyo de su obligatoriedad que se han podido hacer durante las intervenciones orales por los Estados demandantes de las mismas y la, generalmente correspondiente, falta de reacción por parte de los Estados frente a los cuales se pretendía que fuesen encaminadas. Aunque tales referencias no hayan sido muchas, siempre cabe encontrar algunas⁵⁸. Y, las mismas, constituyen una prueba más que aboga por una consideración del efecto obligatorio de las medidas provisionales.

En sexto lugar, el principio de buena fe, que siempre ha de proyectar su esencia en el cumplimiento de cualquier obligación jurídica en virtud del Derecho internacional general, ha merecido, de forma comprensible, una atención especial en el tratamiento doctrinal de este punto⁵⁹. Con este contexto de fondo, cobraría especial relevancia el mandato convertido en principio de las Naciones Unidas, y que figura en el artículo 2.3 de la Carta de la Organización. Si sus miembros han de arreglar sus controversias internacionales de modo que *no pongan en peligro la justicia*, podría concluirse que “once a matter has been brought to the Court, the Court must function in accordance with its Statute to assist in that settlement; an integral part of the Statute is the inherent ability of the Court to issue interim orders specifying actions which ‘ought to be taken to preserve the respective rights of either party’ in the course of reaching that settlement; and it cannot thus be argued that to deliberately ignore such a provisional measure of interim protection –or to treat them as optional or transitory- would be consistent with the object and purpose of the Charter”⁶⁰.

Por último, en ocasiones, las argumentaciones empleadas han puesto énfasis en la índole de la situación de fondo, la cual, en definitiva, habilita la adopción de medidas. Se trata siempre de contextos de urgencia, de necesidad⁶¹. Tal escenario clama por

57 S. DJAJIC, por ejemplo, percibe el problema que puede surgir en dichos supuestos de quebrantamiento del contenido de las medidas provisionales adoptadas por el T.I.J. Reconoce que se puede llegar a disputar su naturaleza obligatoria, precisamente debido a la falta de sanciones. Sin embargo, añade que “this argument is valid only if the Austinian model of law is accepted as authoritative, valid and possible”, “The Effect of International Court of Justice Decisions on Municipal Courts in the United States: *Breard v. Greene*”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 23, Number 1, Fall 1999, pp. 27-108; p. 39. Sobre los problemas que, en general, existen para la ejecución de las sentencias del T.I.J. puede verse, entre otros, G. GUILLAUME, “De l’exécution des décisions de la Cour internationale de Justice”, *Schweizerische zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, Vol. 7, 1997, pp. 431-447.

58 Entre los autores que sostienen este dato, como de relevancia a estos efectos, puede señalarse a U. VILLANI, en *loc. cit.*, pp. 678 y ss. (allí pueden verse, asimismo, los ejemplos recogidos).

59 El juez Ajibola hacía una reflexión similar a ésta al hilo de un recordatorio respecto al contenido del artículo 13.4 del Pacto de la Sociedad de Naciones, donde sí aparecía una referencia a la necesaria presencia de la buena fe en el cumplimiento de las decisiones del Tribunal de La Haya; cfr. B.A. AJIBOLA, “Compliance with Judgments of the International Court of Justice...”, *Compliance with judgments of International Courts...*, *loc. cit.*; pp. 31 y 32.

60 Ésta es la única solución a la que se puede llegar, a juicio de K. HIGHET y a la luz de los artículos 2.3 y 92.1 de la Carta. La misma autora añade que “(...) it would distort the ‘ordinary meaning to [their] be given terms (...) in their context and in the light of [their] object and purpose’. Sadly enough, it could also verge on being perceived as bad faith – particularly in instances where a State (such as the United States) has relied on obtaining precisely such measures in cases where it has been the applicant and another State the respondent”, “The Emperor’s New Clothes. Death Row Appeals...”, *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José María Ruda... 2000, cit.*, pp. 451 y 452.

61 En una dirección así, puede verse V.S. MANI, “Interim measures of protection: article 41 of the I.C.J. Statute and article 94 of the U.N. Charter”, *Indian Journal of International Law*, Vol. 10, 1970, pp. 359 y ss. Este parece ser también el reconocimiento que efectúa el juez Weeramantry, en su opinión individual emitida con respecto al asunto relativo a la *Convención para la aplicación y sanción del delito de genocidio*. El magistrado afirmaba que “to view the Order made by the Court as anything less than binding so long as it stands would weaken the régime of international law in the very circumstances in which its restraining influence is most needed”; *I.C.J. Reports* 1993, p. 389

el cumplimiento inmediato, o lo más pronto posible, de las medidas adoptadas por la Corte. A pesar de que un argumento así no parezca totalmente convincente si es empleado en solitario, lo cierto es que, además de advertirse un cierto empuje de la categoría de *lo humanitario* hasta alcanzar cotas jurídicas, parece añadir fuerza a la otra serie de factores existentes. Debe tenerse en cuenta, además, que la toma en cuenta de un criterio relativo a la protección de los derechos humanos ha comenzado a despertar una sensibilidad expresa por parte de algún juez y de algún miembro de la doctrina, los cuales han llegado a apoyarse sobre una base así en un intento de justificar la obligatoriedad, o incluso la misma capacidad para indicar las medidas, sin duda por la índole de casos en que el T.I.J. ha tenido que pronunciarse en la realidad más reciente adoptando una protección cautelar⁶². Sirvan de ejemplo las palabras que el juez Oda adjuntaba al votar afirmativamente a la adopción de medidas provisionales en el asunto *LaGrand*: “I reiterate and emphasize that I voted in favour of the Order solely for humanitarian reasons”⁶³. Y todo parece indicar que la tendencia abierta en la consideración de este tipo de criterio irá en aumento⁶⁴; algo que es ciertamente deseable.

62 S. DJAJIC analiza detenidamente la virtualidad práctica de un argumento así (“the human rights argument”) tomando como telón de fondo el asunto *Breard*, en las pp. 84 y ss. de su artículo ya citado: “The Effect of International Court of Justice Decisions...”, *Hastings International...* 1999. Claro está, en un caso como el de referencia no se trataba de un derecho *cualquiera*, sino del derecho a la vida. Esto debería haber tenido una repercusión especial en la actitud de la Corte (y de algún modo la tuvo; téngase en mente, sin ir más lejos, la opinión del juez Oda transcrita arriba), sino también en la disponibilidad (que no medió) por parte de las autoridades estadounidenses. El pensamiento de DJAJIC en torno al peso de dicho argumento se puede sintetizar empleando sus propias palabras: “(...) the political implications, moral considerations, and preponderance of several international human rights arguments could have given weight to a fairly modest request – a stay of the execution (...)”, *ibidem*, p. 94. Desde una óptica más genérica, puede verse el comentario elaborado por F. JIMÉNEZ GARCÍA, aludiendo al carácter “intolerable” del daño, cuando las contravenciones tienen que ver con los derechos humanos, sin importar que éstos sean individuales o colectivos, en *La Jurisdicción Obligatoria Unilateral del Tribunal Internacional de Justicia...op. cit.*, p. 75.

Vale la pena leer también las reflexiones que efectúa M.K. ADDO, también al hilo de los asuntos *Breard* y *LaGrand*, fijándose en la importancia del contexto proporcionado por el Derecho internacional de los derechos humanos, y sugiriendo además que las restricciones impuestas para la aplicación de la pena de muerte habrían conseguido que su abolición se haya aproximado al estadio de Derecho internacional consuetudinario; “Interim Measures of Protection for Rights under the Vienna Convention...”, *E.J.I.L...* 1999, *cit.* (son de especial interés, a estos efectos, las pp. 729-732). Véanse además, en relación con la idea últimamente apuntada, los comentarios vertidos por Westdickenberg, el agente de la R.F.A. en el caso *LaGrand*. El mismo, al hilo de las conclusiones formuladas tras la celebración de las audiencias orales sobre el fondo, daba cuenta de la tendencia mundial hacia la abolición de la pena de muerte, pero sosteniendo la inexistencia actual de una obligación jurídica de abolición; cfr. CR 2000/26 – 13 November 2000, par. 7 (localizable en <http://www.cij.icj.org/idocket>). No obstante, debe tenerse en cuenta que, como recuerda L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, que ni Estados ni Paraguay son partes del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte, adoptado en Nueva York en 1989; “Sobre la obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia...”, *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano...*, *loc. cit.*, p. 144. Puede verse, asimismo, en relación con el peso de las razones humanitarias, la referencia efectuada por E. PÉREZ BOTÍ, en “Nota sobre la Orden de 3 de marzo de 1999 de la CIJ sobre medidas provisionales en relación con el caso *LaGrand*...”, *loc. cit.*, p. 643.

63 Puede verse en <http://www.icj-cij.org>

64 Compruébese la atención que a esta evolución (poniendo un especial énfasis en la irreparabilidad del daño a evitar), y a sus expectativas de futuro, le dedica R. HIGGINS, en “Interim Measures for the Protection of Human Rights”, *Politics, Values and Functions. International Law in the 21st Century. Essays in Honour of Professor Louis Henkin*, J.I. Charney, D. K. Anton y M.E. O’Connell (eds.), 1997, pp. 87 y ss. Asimismo, otra autora ha puesto de relieve una actitud prioritariamente expectante en relación con el devenir de aquella posible tendencia, a partir del estudio de una parte de las vicisitudes por las que ha ido atravesando el caso *LaGrand*: “(...) it remains to be seen however whether the Court will seize this potentially very important opportunity to contribute to the ‘process of humanization of international law’”; M. FERIA TINTA, “Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the *LaGrand* Case”, *E.J.I.L.*, Vol. 12, Number 2, 2001, pp. 363-366, p. 366 (la cursiva pertenece al texto original).

VI. EL CARÁCTER OBLIGATORIO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES A LA LUZ DE LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL T.I.J.

A. El panorama mantenido hasta junio de 2001.

Hasta hace bien poco tiempo era sólo relativamente fácil tomar partido por una interpretación favorable al carácter obligatorio de las medidas provisionales adoptadas por el T.I.J. No existía ningún apoyo jurisprudencial inequívoco. Al no haberse pronunciado el Tribunal todavía de manera expresa, era preciso ir a la búsqueda de indicios en su jurisprudencia. La verdad es que en los últimos años sí cabía advertir algunos signos relevantes que daban alas a una visión en positivo.

Dejando ahora al margen otros indicios mucho menos claros, la Corte había llegado a introducir ciertas manifestaciones en alguna providencia reciente sobre medidas provisionales, las cuales podrían entenderse en el sentido de que venían a romper una lanza por la obligatoriedad de las mismas. Al menos sí ha mediado alguna interpretación doctrinal con ese significado, que nosotros compartimos⁶⁵. ¿Cómo interpretar, si no, la exigencia que la Corte efectuaba en su segunda providencia adoptada en el asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio* (de septiembre de 1993)? En esta ocasión, la Corte procedía a denegar la concesión de un segundo grupo de medidas cautelares solicitadas y a reafirmar las medidas provisionales dictadas en la providencia anterior (de abril del mismo año). No obstante, en la providencia se introducía el siguiente pasaje, justo con anterioridad a la parte operativa del texto:

“Whereas the present perilous situation demands, not an indication of provisional measures additional to those indicated by the Court’s Order of 8 April 1993 (...), but *immediate and effective implementation* of those measures”⁶⁶.

Tras aquel texto *de consenso* subyacía, con toda probabilidad, otra fase renovada de un pujante debate sobre la naturaleza de la protección cautelar adoptada por este órgano jurisdiccional. Seguro que la Corte no era ajena a las incesantes elucubraciones doctrinales sobre el valor de sus medidas cautelares. Pero las primeras manifestaciones claras de preocupación judicial por aquella discusión sólo se dejaron ver a título individual, aunque las mismas podrían ser consideradas como una auténtica avanzadilla de lo que llegaría más tarde de la mano del pleno de la Corte. Se trataba en aquel momento del texto de cuatro opiniones individuales redactadas por los jueces Shahabuddeen, Weeramantry, Ajibola y Lauterpacht, y adjuntas al texto de la misma providencia de septiembre de 1993, dictada en el asunto de la *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*. En las mismas, sus autores se referían frontalmente al problema que nos ocupa, defendiendo el carácter obligatorio de las medidas provisionales, aunque basándose para ello en fundamentos distintos.

En primer lugar, el juez Shahabuddeen se centraba en la diferenciación entre la *acción de indicar* las medidas provisionales y las propias *medidas indicadas*. Aun reco-

65 Autores como L. DANIELE o C. ESPALIÚ BERDUD, interpretan incluso que este modo de actuación de la Corte constituiría un tipo de sanción tácita tras verificar el incumplimiento de las primeras medidas indicadas; cfr., respectivamente, en “L’ apport de la deuxième...”, *loc. cit.*, p. 349 y en *Desarrollos jurisprudenciales y práctica reciente en la jurisdicción contenciosa de la C.I.J.*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 318.

66 *I.C.J. Reports* 1993, p. 349 (la cursiva es añadida). Véase además el texto de las opiniones individuales emitidas por ciertos jueces (cuyo significado habría de enfatizarse en igual sentido), en concreto de los jueces Lauterpacht, Weeramantry, Ajibola y Shahabuddeen, en *ibidem*, pp. 353 y ss.

nociendo que la adopción de medidas cautelares no tiene, en sí misma, fuerza obligatoria, el contenido de las medidas posee un valor singular, que lo aproxima en cierto modo a una situación en que tuviera un importante *peso*⁶⁷. En segundo lugar, para el juez Weeramantry, lo crucial, a la hora de fundamentar la obligatoriedad de las medidas, ha de buscarse en la función a desempeñar por las medidas provisionales, a saber, preservar los derechos de las partes para que el fallo que se llegue a dictar pueda cumplirse en su integridad. Por consiguiente: “To take the view that a court seised of a matter has no power to act in the face of a unilateral threat to the subject-matter by one of the parties before it would appear then to result in the contradictory situation of the Court on the one hand having jurisdiction to hear a case on the other being denied the effective and necessary authority to discharge the task which has thus been validly entrusted to it”⁶⁸. En tercer lugar, la tesis del juez Ajibola fija en la urgencia latente en el contexto su centro de atención, recogiendo así un argumento manejado anteriormente por la doctrina para justificar la obligatoriedad de las medidas. Acaba concluyendo, por tanto, según las palabras empleadas en su opinión individual: “The Court is empowered to make rules under Article 30 of the Statute; thus by evoking that Article, such orders made under the Rules are equally valid and binding”⁶⁹. Y, por último, en opinión del juez Lauterpacht, la clave reside en que no cabe atisbar diferencia alguna entre la naturaleza de las medidas provisionales y del resto de los procedimientos incidentales que se desarrollan ante el T.I.J. Por tanto, si del contenido de estos últimos se derivan obligaciones para las partes en la controversia, nada podría justificar que el régimen de las medidas cautelares deje de entrañar deberes jurídicos para los Estados afectados⁷⁰.

Pero aun a pesar de las muestras que era posible observar a favor del carácter vinculante de las medidas provisionales, con el material acumulado (normativo, doctrinal y jurisprudencial) no se podía salir definitivamente de dudas. Y, desde luego, las cábalas interpretativas sobre el *sentir* de la Corte en su fuero interno acerca de este tema podían prolongarse hasta el infinito. De hecho, con posterioridad a aquellos pronunciamientos de la Corte, habidos en el asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, y con motivo de un debate sobre el cumplimiento de las decisiones del Tribunal de La Haya, P. PESCATORE se preguntaba si entraría en el marco del Consejo de Seguridad decidir si las medidas provisionales del T.I.J. eran obligatorias o si, en cambio, sería más oportuno que el Consejo de Seguridad o la Asamblea General pidieran a la propia Corte de La Haya la emisión de una opinión consultiva sobre tal cuestión. El parecía inclinarse por esta segunda opción⁷¹. En ese mismo marco de debate, que tenía lugar en el *Mordenate College*, el todavía juez S.M. SCHWEBEL, manifestaba, sin embargo, una clara inclinación por otro tipo de solución, a saber, que la cuestión fuera debatida en el Consejo de Seguridad, en la Asamblea General o en un Congreso de Derecho internacional⁷². La primera sería, a nuestro juicio, la mejor manera de resolver la cuestión. Se trataría, en realidad, de dejar la respuesta en manos del órgano más apropiado para dirimir un problema jurídico, como es éste, y el contenido de la decisión que pudiera pronunciarse al respecto tendría un indudable peso *moral*. Una *solución judicial* era, asimismo, la preferida por algún miembro de la doctrina española, considerando que, tras la providencia dictada

67 *I.C.J. Reports* 1993, p. 367.

68 *Ibidem*, p. 376.

69 *Ibidem*, pp. 399 y 400.

70 *Ibidem*, p. 410.

71 Cfr. “Discussion”, *Compliance with judgments of International Courts...*, *loc. cit.*, pp. 43 y ss., p. 44.

72 Cfr. “Discussion...”, *Compliance with judgments of International Courts...*, *loc. cit.*, p. 44.

en el asunto *Breard*, la situación podía estar especialmente madura para recibir un pronunciamiento de la Corte al respecto⁷³.

B. La situación a partir del asunto *LaGrand*.

Como ya adelantábamos en la Introducción de este artículo, el T.I.J. se ha decidido, por fin, a revelar cuál es su convicción al respecto. Lo ha hecho, no por medio de un dictamen, sino a través de una sentencia dictada en un asunto, en cuyo marco había sido adoptado urgentemente un régimen cautelar dramáticamente quebrantado por el Estado demandado, esto es, el caso *LaGrand*, en junio de 2001. Mediante este pronunciamiento, la Corte ha manifestado rotundamente que las medidas provisionales por ella adoptadas tienen carácter obligatorio⁷⁴. Ciertamente es que esta vez la Corte se encontraba con más que invitaciones para pronunciarse. El agente de la R.F.A. de Alemania en el asunto *LaGrand*, M. Westdickenberg, se expresaba del siguiente modo, al presentar sus conclusiones, tras las celebración de las audiencias orales: "*L'Allemagne a une autre raison de se présenter devant cette Cour. Nous espérons que son arrêt confirmera aussi ce qui, selon nous, est de la plus haute importance pour l'activité de la Cour, à savoir qu'une ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue dans de telles circonstances a force obligatoire. Seul le respect de ce principe est de nature à éviter que des décisions rendues par la Cour sur le fond ne se trouvent vidées de leur sens à cause d'un acte accompli par une partie avant la décision finale (...)*"⁷⁵.

Lo cierto es que, finalmente, en el párrafo (5) de la parte dispositiva de su fallo, la Corte "finds that, by failing to take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand was not executed pending the final decision of the International Court of Justice in the case, the United States of America breached the obligation incumbent upon it under the Order indicating provisional measures issued by the Court on 3 March 1999"⁷⁶.

Cabe subrayar que entre los argumentos jurídicos empleados por la R.F.A., como posibles bases del carácter obligatorio, se encuentran los referidos al principio del efecto útil, los "pre-requisitos procesales" para la adopción de las medidas provisionales, la consideración de de su naturaleza vinculante como una "consecuencia necesaria" del carácter obligatorio de la decisión final o la propia "práctica de la Corte"⁷⁷. Asimismo, debe entresacarse, una vez examinados todos los posibles asideros para afirmar el carácter obligatorio de las medidas provisionales, el núcleo del razonamiento jurídico desarrollado por el T.I.J. para sostener la naturaleza vinculante de las medidas cautelares por él adoptadas. En consecuencia, si el objeto y el fin del Estatuto es "to enable the Court to fulfil the functions provided for therein, and in particular, the basic function of judicial settlement of international disputes by binding decisions in accordance with Article

73 Ése era el sentido de la percepción de un especialista en cuestiones relativas al T.I.J. En concreto, comentando la providencia dictada en el asunto *Breard*, este autor entendía que "(...) al margen de la actuación política y discrecional del CS sería quizá, el momento oportuno para que el propio Tribunal estatuyera en sede judicial sobre las consecuencias del incumplimiento de estas medidas provisionales a instancia, por ejemplo, de demanda adicional en ampliación del objeto de la demanda principal (...), pues no en vano el TIJ ha reconocido tener jurisdicción para resolver sobre su propia competencia (como es la incidental), facultad, por otra parte, prevista expresamente en el artículo 36.6 de su Estatuto"; F. JIMÉNEZ GARCÍA, "Asunto relativo a la *Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay c. EE.UU. de América)*. Solicitud de medidas provisionales...", *R.E.D.I.* 1999, *loc. cit.*, p. 134. Algo que, en parte, ocurriría más tarde, tras el desestimiento de Paraguay y con ocasión del fallo sobre el caso *LaGrand*.

74 Cfr. en *LaGrand Case (germany v. United States of America)*, 27 June 2001 <<http://www.icj-cij.org>>

75 CR 2000/26 – 13 November 2000, par. 14, en *ibidem* (la cursiva es añadida).

76 Párrafo adoptado por 13 votos contra dos (los de los jueces Oda y Parra-Aranguren).

77 *LaGrand Case...*, *cit.*, párr. 93.

59 of the Statute", el corolario interpretativo parece claro. En palabras de la Corte: "The context in which Article has to be seen within the Statute is to prevent the Court from being hampered in the exercise of its functions because the respective rights of the parties to a dispute before the Court are not preserved. It follows from the object and purpose of the Statute, as well as from the terms of Article 41 when read in their context, that the power to indicate provisional measures entails that such measures should be binding, inasmuch as the power in question is based on the necessity, when the circumstances call for it, to safeguard, and to avoid prejudice to, the rights of the parties as determined by the final judgment of the Court. The contention that provisional measures indicated under Article 41 might not be binding would be contrary to the object and purpose of that Article"⁷⁸. Pero además, el T.I.J. hace uso de otros considerandos jurídicos para apoyar su fallo al respecto, a saber: los trabajos preparatorios del artículo 41 del Estatuto⁷⁹, el contenido del artículo 94.1 de la Carta⁸⁰ y el principio de que las partes en una controversia ante la Corte deben abstenerse de cualquier acción capaz de agravar o extender la disputa o dificultar el cumplimiento del fallo que pueda llegar a ser dictado⁸¹.

Como conclusión final, podría decirse que siempre han existido bases jurídicas aptas para conferir solidez y fuerza a la tesis de la naturaleza obligatoria de la protección cautelar adoptada por el T.I.J. La novedad estriba en que la Corte se pronuncia acerca de ello en una sentencia, decantándose, además, por una visión afirmativa, de obligatoriedad. Nos queda confiar, entonces, en que este pronunciamiento explícito vertido por el Tribunal pueda actuar de estímulo para el cumplimiento de sus medidas provisionales por parte de los Estados. La inaplicación de los regímenes de protección cautelar dictados ha sido la tónica general hasta la fecha. Pero ya no habrá cabida, a partir de ahora, para pretextos estatales que intenten escudarse en la supuesta ausencia de carácter vinculante de las medidas o en la incertidumbre de que pudiera adolecer la regulación de la materia.

78 *Ibidem*, párr. 102.

79 Véase *ibidem*, párrs. 104-107.

80 *Ibidem*, párr. 108.

81 *Ibidem*, párrs. 103 y 104.