

LA OBLIGATORIEDAD DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES DICTADAS POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

ANA SALADO OSUNA

Profesora Titular de Universidad de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.
Universidad de Sevilla

INTRODUCCIÓN

En Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales constituyen una garantía jurisdiccional de carácter preventivo. Puede considerarse que tales medidas tienen un doble carácter: **cautelar** en tanto que están destinadas a preservar una situación jurídica, pero también y fundamentalmente **tutelar** por cuanto protegen derechos humanos en cuanto en que suelen evitar daños irreparables a las personas¹.

Cuando un caso está ante un Tribunal Internacional las medidas provisionales no implican una decisión sobre el fondo del asunto, sino que a través de las mismas el Tribunal lo que está garantizando es poder ejercer fielmente su mandato conforme a las competencias que le han sido atribuidas por el Tratado que le instituye o por su Estatuto. Ello resulta igualmente predicable de los órganos de control no jurisdiccionales de Naciones Unidas, como el Comité de Derechos Humanos, a pesar de que éste no tiene competencias para decidir, sólo para opinar sobre el fondo del asunto.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no atribuye al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) competencias para dictar medidas provisionales², sin embargo, la laguna convencional está colmada por su Reglamento que dispone en el artículo 39:

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Medidas Provisionales, caso Urso-Branco c. Brasil, Resolución de 7 de julio de 2004.

² Ello presenta una notable diferencia con el artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que atribuye a la Corte Interamericana de Derechos Humanos competencias para ordenar la adopción de medidas provisionales.

“La Sala o, llegado el caso, su Presidente podrá, tanto a solicitud de una parte o de otra persona interesada, como de oficio, señalar a las partes cualquier medida provisional que considere debe ser adoptada en interés de las partes o del buen desarrollo del proceso”.

La citada disposición reglamentaria faculta al TEDH para adoptar medidas provisionales, pero es competencia del mismo decidir si las mismas deben ser adoptadas o no. La práctica pone de manifiesto cómo no siempre el TEDH adopta las medidas provisionales solicitadas⁴, sin perjuicio de que en muchas ocasiones las ha adoptado⁵, y que en la mayoría de los casos han tenido un fiel cumplimiento por los Estados, aunque también existen excepciones⁷.

Y en este contexto surge la interrogante siguientes: ¿El Estado está obligado a adoptar las medidas provisionales solicitadas por el TEDH? En otras palabras, las medidas provisionales dictadas por el TEDH ¿tienen carácter obligatorio? De esta cuestión es de la que nos ocuparemos sobre la base de una Sentencia relativamente reciente, la dictada el 6 de febrero de 2003 en el caso **Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía**. A tales efectos comenzaremos con el análisis del recurso individual toda vez que el TEDH interpreta el artículo 39 de su Reglamento a la luz del artículo 34 del CEDH, para centrarnos con pos-

³ En Naciones Unidas los órganos de control en materia de derechos humanos tampoco tienen atribuida competencias por el tratado que los instituye para adoptar medidas provisionales, tal facultad está prevista en los Reglamentos de tales órganos. A título de ejemplo, artículo 86 del Reglamento interno del Comité de Derechos Humanos (instituido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966) y artículo 108.9 del Reglamento interno del Comité contra la Tortura (instituido por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984).

En el marco de los procedimientos extraconvencionales de protección de derechos humanos se puede constatar la existencia de una especie de “medidas provisionales” en los Procedimientos Públicos Especiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Nos estamos refiriendo a las “medidas urgentes por razones humanitarias”, las cuales tienen por finalidad, en la mayoría de los supuestos, evitar un daño irreparable a las personas. En relación con esta cuestión Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, 2ª Ed., Tecnos, Madrid, 2001, pp. 124-125; GÓMEZ DEL PRADO, J.L.: “La protección extraconvencional de los derechos humanos”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* (F. Gómez Isa y J.M. Pureza, Dirs.), Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 353-392, en especial, pp. 380-381; SALADO OSUNA, A.: “Estudio Preliminar”, en *Textos básicos de las Naciones Unidas relativos a derechos humanos*, 2ª Ed. Secretariado de Publicaciones. Universidad de Sevilla, 2004, pp. 53-54.

⁴ El 29 de junio de 2004, el TEDH rechazó la solicitud de medidas provisionales solicitadas por Saddam Hussein, en el marco de la demanda individual deducida contra el Reino Unido. Se pedía al TEDH que prohibiera al Reino Unido colaborar de cualquier forma, por acción u omisión, con la entrega de Saddam Hussein al Gobierno provisional iraquí sobre la base de que no se habrían dado garantías de que no sería condenado a la pena capital. Como señala el Profesor GARCÍA SAN JOSÉ, el razonamiento mantenido en esta solicitud de medidas provisionales guarda semejanzas con el caso **Soering c. Reino Unido**, GARCÍA SAN JOSÉ, D.: “Resumen Anual de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, realizado en este número del Anuario.

En el citado caso **Soering** hay que hacer notar que el demandante también argumentó ante el TEDH que su extradición por parte del Reino Unido a Estados Unidos, en donde por los delitos que se le imputaban sería condenado a pena de muerte y, como consecuencia de ello, sufrir el síndrome de “corredor de la muerte” le exponía a un riesgo de ser tratado de forma incompatible con el artículo 3 del CEDH, de ahí que solicitara al TEDH que adoptara medidas provisionales para que el Reino Unido no procediera a su extradición.

⁵ A título de ejemplo caso **Soering c. Reino Unido**, Sentencia de 7 de julio de 1989, Serie A-161; caso **Chahal c. Reino Unido**, Sentencia de 19 de noviembre de 1996, Reports 1996-V; caso **Ahmed c. Austria**, Sentencia de 17 de noviembre de 1996, Reports 1996-VI; y caso **Jabari c. Turquía**, Sentencia de 11 de julio de 2000, Reports 2000-VIII. Más recientemente se puede citar el caso **Chamaiev y otros c. Georgia y Federación Rusa**, decisión de admisibilidad 10 de octubre de 2003.

⁶ A título de ejemplo cabe citar los casos **Soering c. Reino Unido**, **Chahal c. Reino Unido**, **Ahmed c. Austria**, y **Jabari c. Turquía**, citados en la nota anterior.

⁷ **Caso Conka y otros c. Bélgica**, Sentencia de 13 de marzo de 2001 y caso **Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía**, Sentencia de 6 de febrero de 2003.

terioridad en el contenido y alcance de las medidas provisionales a fin de analizar las consecuencias jurídicas de su no adopción y la jurisprudencia internacional en la materia; por último será la violación del artículo 34 del CEDH la que centre nuestra atención.

1. EL RECURSO INDIVIDUAL ANTE EL TEDH

Las obligaciones asumidas por los Estados Partes en el CEDH están delimitadas en el artículo 1 que dispone*:

“Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”⁹.

Entre los derechos reconocidos en el Título I está el derecho a un proceso equitativo (artículo 6), esto es, el derecho a que un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley decida “los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil¹⁰ o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”. Y ello sin perjuicio que de conformidad con el artículo 13 los Estados Partes se comprometen a la concesión de un recurso interno para que los individuos que se consideren víctimas de una violación de los derechos reconocidos por el CEDH puedan hacerlo valer ante instancias nacionales¹¹. Por consiguiente, el derecho de recurso ante los Tribunales de Justicia internos y ante otras instancias nacionales está reconocido como un “derecho subjetivo” y, consecuentemente, los Estados se comprometen a hacerlo efectivo¹². Si se produce su incumplimiento, y así es declarado por el TEDH, el Estado demandado incurren en responsabilidad internacional.

⁸ En relación con el contenido y alcance del artículo 1, Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Article 1”, *La Convention Européenne des Droits de l’homme. Commentaire article par article* (Drs. L-E. Pettiti, E. Decaux y P.-H. Imbert), Ed. Economica, Paris, 1999, pp. 135-141; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: “El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Los derechos fundamentales en Europa (según el case-law de Estrasburgo)*, (J. García Roca y P. Santolaya, Coordinadores), en prensa.

⁹ A lo que cabe añadir “y en los Protocolos Adicionales normativos” que debido a su carácter facultativo sólo vinculan a los Estados que siendo Partes en el CEDH han manifestado su consentimiento para quedar vinculados jurídicamente por todos o por algunos de ellos. En la actualidad está vigente los Protocolos I, IV, VI, VII y XIII y no lo está el Protocolo XII. España sólo está vinculada por los Protocolos I y VI. En relación con el contenido y alcance de los citados Protocolos Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tecnos, 2003, pp. 25-28.

¹⁰ La doctrina ha puesto de manifiesto que el concepto “derechos y obligaciones de carácter civil”, tal como está expresado, es susceptible de interpretaciones divergentes, VELÚ, J. y ERGEC, R.: *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1990, p. 391. El término “civil” en la jurisprudencia del TEDH está utilizado en contraposición con el término “penal”, por lo que el mismo tiene un sentido amplio. En relación con esta cuestión Vid. SALADO OSUNA, A.: “El plazo razonable en la administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Los derechos fundamentales en Europa (según el case-law de Estrasburgo)*, op. cit.; y “El derecho a un proceso con todas las garantías en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Cuestiones de actualidad en el Derecho Penal. Aportaciones desde la Universidad española, Editora Normas Legales, Trujillo/Lima, Perú (en prensa).

¹¹ El artículo 13 establece: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”. En relación con esta disposición Vid. DRZMCZEWSKI, A. Y GLAKOUMOPOULOS, CH.: “Article 13”, *La Convention Européenne des Droits de l’homme. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 455-474 y FLAUSS, J.-F.: “Le droit à un recours effectif. L’article 13 de la CEDH”, en *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, 1992-3, pp. 324-336, en especial, pp. 324-327.

¹² En su sentencia de 18 de enero de 1978 en el caso *Irlanda c. Reino Unido*, el TEDH sostuvo que el CEDH “no se contenta con obligar a las autoridades supremas de los Estados partes a que respeten los derechos y obligaciones que consagra, como lo demuestra el artículo 14 y la versión inglesa del artículo 1 (*shall secure*), implica también, que para garantizar el disfrute de

El derecho de recurso ante el TEDH está reconocido en el Título II en el artículo 34 titulado “Demandas individuales”¹³. El precitado artículo dispone:

“El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física o organización no gubernamentales o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”¹⁴.

Además de atribuirle competencias al TEDH para conocer de demandas individuales el artículo 34 reconoce legitimación activa al particular que se considere víctima¹⁵ de una violación para poder presentar una demanda, en definitiva, está reconociéndole el derecho de recurso ante el TEDH¹⁶.

Que estemos en presencia de un derecho reconocido por el CEDH resulta indiscutible un derecho que por el tenor literal del precepto como por la ubicación del mismo denota su carácter procesal, como ha sido afirmado por el TEDH refiriéndose al antiguo artículo 25¹⁷ (actual artículo 34). Lo cierto es que el recurso individual¹⁸ constituye la piedra angu-

aquellos, dichas autoridades tienen que impedir o sancionar la violación a niveles inferiores, p. 239. En relación con esta cuestión. Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 21 y 22. La interpretación de artículo 1 del CEDH realizada por el TEDH significa, como hemos sostenido en otra ocasión, que “los Estados están obligados a respetar y hacer respetar los derechos reconocidos por el Convenio y sus Protocolos y a reparar las consecuencias del derecho lesionado. Únicamente cuando el Estado no haya reparado las consecuencias de la violación de acuerdo con su Derecho interno será posible presentar una demanda ante el Tribunal, de ahí la regla del agotamiento de los recursos internos (...) que contribuye a confirmar el carácter subsidiario del sistema europeo de protección de derechos humanos”, SALADO OSUNA, A.: “E Protocolo de Enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Instituciones Europeas*, 1994-3 pp. 943-966, en especial, pp. 945-946.

¹³ Antes de la reforma operada por el Protocolo de Enmienda XI, el recurso individual (que no se presentaba ante el TEDH sino ante la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos), estaba regulado en el artículo 25 y el mismo tenía carácter facultativo, ya que la Comisión sólo podía conocer de una demanda individual en el supuesto de que el Estado demandado hubiese aceptado su competencia a tal finalidad. En relación con esta cuestión Vid. ABRAHAM, R.: “Article 25”, *La Convention Européenne des Droits de l’homme. Commentaire article par article* (Drs. L.-E. Pettiti, E. Decaux y P.-H. Imbert), *op. cit.*, pp. 579-590.

¹⁴ En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos el derecho de recurso está regulado para ser instado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En este contexto se presenta una diferencia sustancial entre los Sistemas europeo y americano pues ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos los particulares no tienen legitimación activa, aunque sí *locus standi* en todas las etapas procesales, tras la reforma reglamentaria del año 2000 (en vigor en el 2001). En relación con esta cuestión Vid. CANÇADO TRINDADE, A.A.: “El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto de derecho internacional”, en *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, San José (Costa Rica), 1993, pp. 11-108.

¹⁵ En relación con el concepto de víctima resulta del mayor interés las reflexiones del Profesor CARRILLO SALCEDO, J.A. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 51-52.

¹⁶ Vid. ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, M.P.: “Consejo de Europa y Derechos Humanos: desarrollos recientes”, en *Andorra en el ámbito jurídico europeo. XVI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 215-264, en especial, pp. 248-258; SALADO OSUNA, A.: “E Protocolo de Enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *op. cit.*, pp. 955-956; SÁNCHEZ LEGIDO A.: *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Collex, 1995, pp. 227-232.

¹⁷ TEDH: caso Cruz Varas y otros c. Suecia, Sentencia de 20 de marzo de 1991, Serie A-201, p. 103.

¹⁸ Vid. CANÇADO TRINDADE, A.A.: *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.

lar del mecanismo de protección¹⁹, de ahí que el TEDH haya sostenido que del artículo 34 “se deriva, por un lado, que un demandante tiene derecho al ejercicio eficaz de su derecho de recurso (...) y, por otro, que un demandante que invoca una violación del (...) Convenio tiene derecho a beneficiarse de un examen eficaz de la cuestión”²⁰.

Para el ejercicio eficaz del derecho de recurso ante el TEDH resulta de vital importancia la actitud de los Estados, de hecho el artículo 34 *in fine* dispone que “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”. Tal compromiso implica una obligación negativa (no actuar de forma que pueda obstaculizar el ejercicio del derecho²¹) y una obligación positiva (actuar de forma que posibilite la eficacia del ejercicio del derecho). Y en este contexto tiene una importancia capital la adopción de las medidas provisionales que pueda dictar el TEDH.

Las medidas provisionales en el marco del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, como hemos señalado, tienen por finalidad evitar un daño irreparable a la persona, por lo que la no adopción de las mismas puede dejar vacío de contenido el derecho de recurso, sin que ello impida al TEDH decidir sobre el fondo del asunto y dictar una Sentencia “condenatoria”, esto es, atribuir responsabilidad internacional al Estado demandado por haber violado los derechos reconocidos en el CEDH o en los Protocolos Adicionales normativos. Si se da esta situación el problema radica en que el reconocimiento del derecho a favor de la víctima de la violación se puede transformar en una mera formalidad²².

2. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN EL CEDH

En los sistemas jurídicos nacionales (Derecho Procesal interno), las medidas provisionales tienen por finalidad preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la ejecución de la sentencia de fondo no se vea obstaculizada o impedida por las acciones de aquéllas, *pendente lite*.

Este mecanismo de carácter preventivo, que ascendió al plano internacional, tiene finalidades distintas en el plano del contencioso internacional interestatal y en el contencioso

¹⁹ Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A.: “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 11-51, en especial p. 27; y “El Convenio Europeo y sus Protocolos Adicionales”, en *Derecho Internacional y Derechos Humanos/Droit International et droits de l’homme* (D.Bardonet y/et A.A. Cançado Trindade, Eds.), San José/La Haya, 1996, pp. 97-140, en especial, p. 116.

²⁰ TEDH: *Caso Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía*, párr. 107.

²¹ El ejercicio del derecho se puede obstaculizar especialmente, aunque no exclusivamente, en relación con las personas privadas de libertad por las autoridades pública, por ejemplo, no dando traslado a los escritos entre un recluso y el TEDH o bien rompiendo la confidencialidad de las comunicaciones, como queda constatado, entre otros, en los casos **Valasinas c. Lituania**, Sentencia de 24 de julio de 2001, Reports2001-VIII y **Puzinas c. Lituania**, Sentencia de 14 de marzo de 2003, párs. 20-22. En relación con esta cuestión Vid. SALADO OSUNA, A.: “Los Estados bálticos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Europeo*, Vol. 3, 2003, pp. 235-264, en especial, pp. 257-258.

²² A título de ejemplo cabe citar que si un demandante condenado a pena de muerte es ejecutado, a pesar de las medidas provisionales que hayan podido ser dictadas, la decisión del TEDH declarando violación del derecho a la vida, a la integridad personal, etc., carecerá de efectos beneficiosos sobre la víctima de la violación, sin perjuicio de que el Estado será responsable internacionalmente.

internacional de los derechos humanos. En el contencioso internacional interestatal el poder de un Tribunal, como la Corte Internacional de Justicia, de dictar medidas provisionales tiene por objeto preservar los derechos respectivos de las partes evitando un daño irreparable a los derechos en litigio en un proceso judicial²³. En definitiva tales medidas tienen por finalidad la búsqueda de equilibrio entre los intereses de las partes litigantes (Estados demandante y demandado), reflejo de la importancia tradicionalmente del principio de reciprocidad en Derecho Internacional²⁴. En el contencioso internacional de los derechos humanos²⁵, el poder de un Tribunal de dictar medidas provisionales siempre tiene por objeto salvaguardar los derechos humanos consagrados en el tratado que lo instituye ante el riesgo de un daño irreparable a la persona.²⁶.

2.1. Los daños irreparable: su contenido

El Reglamento del TEDH, como los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, no enuncia, ni siquiera a título de ejemplo, qué daños son los que se pretenden evitar a través de las medidas provisionales. Sobre la base de la jurisprudencia del TEDH por daños irreparables a las personas hay que entender, fundamentalmente, el peligro del derecho a la vida o a la integridad personal mediante amenazas de muerte, malos tratos, ejecución de la pena de muerte impuesta sin las garantías del proceso equitativo, ya se produzcan en el territorio del Estado Parte o en territorio de un tercer Estado en los supuestos de extradición, expulsión y deportación²⁷.

²³ Así lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, entre otros, en el asunto sobre *Jurisdicción en Materia de Pesquerías* (Reino Unido c. Islandia), ICJ Reports 1972. p. 16, par. 21, y p. 34, par. 22; asunto del *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán* (Estados Unidos c. Irán), ICJ Reports 1979 p. 19, par. 36 y, más recientemente, en el asunto sobre la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Serbia-Montenegro), ICJ Reports, 1993, p. 19, par. 34, y p. 342, par. 35.

²⁴ Y ello sin perjuicio de que cuando lo que está en juego son derechos de los individuos, las medidas provisionales pueden tener también por finalidad evitar un “daño irreparable” a las personas. A título de ejemplo cabe citar las medidas provisionales dictadas por la Corte Internacional de Justicia en los asuntos *Bread* (Paraguay c. Estados Unidos) y *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos). En ambos la Corte solicitó al Gobierno estadounidense que no ejecutara a los condenados a pena de muerte. Es cierto que las medidas provisionales tenían por finalidad preservar los derechos de los litigantes, en este caso, del Estado demandante que estaba ejerciendo su derecho en el marco de la protección diplomática de nacionales, pero como consecuencia de ello tales medidas evitarían un daño irreparable (la ejecución de la pena capital) en las personas de la nacionalidad de los Estados demandantes.

²⁵ A lo que cabría añadir en el “cuasi contencioso internacional de los derechos humanos”.

²⁶ A tales consideraciones el Profesor CANÇADO TRINDADE (juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ex Presidente de la misma) añade que “subyacente a la aplicación de medidas provisionales de protección encuéntranse consideraciones superiores de *ordre public* internacional, consustanciadas en la protección del ser humano”. Voto concurrente en el caso *James* y otros c. *Trinidad y Tobago* (Medidas Provisionales), Resolución de 25 de mayo de 1999.

²⁷ Un Estado Parte en el CEDH puede incurrir en responsabilidad internacional por poner a una persona a disposición de un tercer Estado en donde la persona extraditada, expulsada o deportada pueda ser tratada de forma incompatible con los derechos reconocidos. En relación con esta cuestión en el marco del artículo 3, Vid. SALADO OSUNA, A.: “Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Los Derechos fundamentales en Europa (según el case-law de Estrasburgo)*, op. cit., (apartado 4. La responsabilidad del Estado como consecuencia de la puesta de una persona a disposición de un Tercer Estado no Parte en el CEDH).

Las medidas provisionales han sido adoptadas por el TEDH para proteger tales derechos²⁸, sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos las ha ordenado para proteger también el derecho a la libertad de expresión²⁹, a la residencia³⁰, a los bienes (tanto individuales³¹ como comunitarios³²), a las garantías judiciales³³ y a otros derechos y situaciones³⁴.

La Corte justifica, con acierto, la adopción de medidas provisionales en relación con otros derechos distintos al derecho a la vida o a la integridad personal en que “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna³⁵. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”³⁶.

²⁸ Como también lo han hecho el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura.

²⁹ A título de ejemplo, caso *Diarios “El Nacional” y “Así es la Noticia” c. Venezuela*, Resolución de 6 de julio de 2004.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso *Colotenango c. Guatemala*, Resolución de 22 de junio de 1994 y caso *Giraldo Cardona c. Colombia*, Resolución de 28 de octubre de 1996..

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso *Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz c. Honduras*, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó medidas provisionales para proteger a las personas que habían comparecido o habían sido citados para comparecer ante esta Corte en los citados casos. Además de ordenar medidas de protección para proteger el derecho a la vida y la integridad personal, también lo hizo en relación con los bienes de tales personas. Resolución de 15 de enero de 1988.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni c. Nicaragua*, Resolución de 3 de febrero de 2002.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso *Iveher Bronstein c. Perú*, Resolución de 2 de noviembre de 2000.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso *Periódico “La Nación” c. Costa Rica*, en el que la Corte Interamericana ordenó la suspensión parcial de la ejecución de la sentencia condenatoria interna, Resolución de 7 de septiembre de 2001. Caso *Diarios “El Nacional” y “Así es la Noticia” c. Venezuela*, en el que la Corte ordenó la protección perimetral a las sedes de los medios de comunicación social. Resolución de 6 de julio de 2003. Caso *Colotenango c. Venezuela*, en el que la Corte ordenó que se asegurase a la abogada del caso (Señora. PIM) el ejercicio sin presiones de su profesión, Resolución de 22 de junio de 1994; caso *Pueblo indígena de Sarayaka c. Ecuador*, en el que la Corte ordenó que medidas provisionales a favor de los abogados que ejercen la defensa de dicho pueblo, Resolución de 6 de julio de 2004; caso *Comunidades del Jigüamiandó y el Curbaradó c. Colombia*, en el que la Corte ordenó que las personas que se encuentran en la “zona humanitaria de refugio” reciban la ayuda de carácter humanitario que le sea enviada, Resolución de 6 de marzo de 2003.

³⁵ En este contexto consideramos oportuno reproducir las palabras del profesor RODRÍGUEZ CARRIÓN cuando refiriéndose a la Corte Penal Internacional señala que la misma “tiene competencia para conocer de un limitado elenco de crímenes internacionales, cuando es sabido que los mayores crímenes que afectan a la humanidad consisten básicamente en la situación de pobreza inaceptable, en condiciones de salubridad insostenibles y en insuficiencias culturales aberrantes, pero sólo cuando la humanidad perciba que el primer valor es el de la vida estaremos en condiciones de exigir el mismo rigor e idéntica seriedad para solventar ese largo listado de exigencias básicas”. RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.: “Conclusión”, en la obra colectiva *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional (Premio “Rafael Martínez Emperador” 1999)*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 503.

En relación con el contenido y alcance del derecho a la vida. Vid. SALADO OSUNA, A.: *La pena de muerte en Derecho Internacional: una excepción al derecho a la vida*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 17-18.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, p. 144 y caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni c. Nicaragua*, Resolución (Medidas Provisionales) de 3 de febrero de 2001, p. 8.

2.2. Beneficiarios

Los beneficiarios de las medidas provisionales son las personas que se enfrentan a un daño irreparable, pero en este contexto hay que tener presente que el TEDH no está condicionado para adoptarlas sólo a favor de las presuntas víctimas de la violación³⁷, ya que de conformidad con el artículo 39 de su Reglamento podría llegar a adoptarlas a favor, por ejemplo, de los testigos a fin de contribuir al buen desarrollo del proceso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ordenado medidas provisionales a favor, no sólo de las presuntas víctimas de la violación, sino también de todas aquellas relacionadas con el caso: familiares de las víctimas³⁸, testigos ante la Comisión o la Corte³⁹, defensores de los derechos humanos⁴⁰ y abogados⁴¹. Incluso ha llegado a ordenarlas a favor de colectividades⁴², es decir, a favor de un grupo humano (personas que se podrían llegar a individualizar pero que no aparecen nominadas)⁴³.

³⁷ El Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura las han adoptado exclusivamente a favor de las presuntas víctimas de las violaciones toda vez que de conformidad con sus Reglamentos internos (artículo 86 y 108.9 respectivamente), las medidas provisionales están únicamente previstas en beneficio de tales personas.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos: **casos Serech y Saqui c. Guatemala**, Resolución de 28 de junio de 1996.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: **casos Velásquez Rodríguez; Fairén Garbí y Solís Corrales; y Godínez Cruz c. Honduras**, Resolución de 15 de enero de 1988; **Bustio-Rojas c. Perú**, Resolución de 5 de julio de 1990; **Colotenango c. Guatemala**, Resolución de 22 de julio de 1994; **Caballero, Delgado y Santana c. Guatemala**, Resolución de 7 de diciembre de 1994; **Carpio Nicolle c. Guatemala**, Resolución de 4 de abril de 1995; **Blake c. Guatemala**, Resolución de 16 de agosto de 1995; **Bácamá Velásquez c. Guatemala**, Resolución de 30 de junio de 1998; y **Gómez Paquiyauri v. Perú**, Resolución 7 de mayo de 2004.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos: **casos Chuminá c. Guatemala**, Resolución de 15 de julio de 1991; **Digna Ochoa y Plácido y otros c. México**, Resolución de 17 de noviembre de 1999; **Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y otros c. México**, Resolución de 30 de noviembre de 2002; **Hellen Mack Chang y otros c. Guatemala**, Resolución de 26 de agosto de 2002; **Carlos Nieto y otros c. Venezuela**, Resolución de 9 de julio de 2004.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: **caso Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y otros c. México**, Resolución de 30 de noviembre de 2002.

⁴² Las medidas provisionales de carácter colectivo han sido adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, en los siguientes casos: **Comunidad Paz de San José de Apartadó c. Colombia**, Resolución de 24 de noviembre de 2000; **Comunidad Mayagna (Sumo) Awastzingni**, Resolución de 3 de febrero de 2001; **Cárcel de Urso Branco c. Brasil**, Resolución de 18 de junio de 2002; **Comunidad del Jiguamiandó y el Curbaradó c. Colombia**, Resolución de 6 de marzo de 2003; **Pueblo indígena Kankuamo c. Colombia**, Resolución de 5 de julio de 2004; y **Pueblo indígena Sarayaka c. Ecuador**, Resolución de 6 de julio de 2004.

⁴³ Las medidas a favor de terceras personas relacionadas con el caso (pero que no sean las víctimas) pueden ser adoptadas por la Corte porque ella no está condicionada por el artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a que los beneficiarios de las medidas sean las (presuntas) víctimas de la violación. En el caso **Comunidad Paz de San José de Apartadó c. Colombia** (primero en el que ordena medidas colectivas) la Corte las justificó (a favor de un grupo humano) porque numerosos miembros de la Comunidad no quisieron ser identificados por temor a represalias. Y en este contexto sostuvo que "si bien esta Corte ha considerado en otras oportunidades indispensable individualizar las personas que corren peligro de sufrir daños irreparables a efectos de otorgarles medidas de protección, el presente caso reúne características especiales que lo diferencian de los precedentes tenidos en cuenta (...) [L]a Comunidad de Paz de San José de Apartadó (...) constituye una comunidad organizada, ubicada en un lugar geográfico determinado, cuyos miembros pueden ser identificados e individualizados y que, por el hecho de formar parte de dicha comunidad, todos sus integrantes se encuentran en una situación de igual riesgo de sufrir actos de agresión en su integridad personal y su vida". Resolución de 24 de noviembre de 2000, considerando 8. En su voto conjunto, razonado y concurrente, los jueces Abreu Burelli y García Ramírez sostuvieron que: "Esa situación corresponde de alguna manera a la que se plantea bajo el concepto de intereses difusos: una pluralidad de individuos comparten determinado interés, jurídicamente relevante, que requiere tutela pública, aunque ninguno de esos sujetos pueda ser considerado como titular de un derecho subjetivo acerca de la prestación o la medida que se pretende o el bien jurídico que se invoca, o no pueda atribuírsele dicha titularidad en forma que excluya a los otros sujetos que se hallan en la misma situación. En esas condiciones, cualquiera de ellos podría acudir al órgano correspondiente y solicitar la adopción de providencias o resoluciones que preserven el interés común. En tal caso funcionarían una *actio popularis* o una acción de clase, conforme a las características que revista este asunto en las específicas cir-

Como quiera, que hasta el presente, sólo la Corte Interamericana ha adoptado medidas provisionales a favor de terceras personas relacionadas con el caso, quizás sería conveniente una reflexión en la materia a fin de que sean protegidas por este mecanismo de carácter preventivo terceras personas, a pesar de que no sean las presuntas víctimas de la violación alegada.

El problema queda solventado en el Estatuto de Roma pues la Corte Penal Internacional es competente para poder adoptar medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y de los testigos (artículo 68.1). Por su parte, la Sala de Cuestiones Preliminares puede dictar providencias y órdenes que sean necesarias a los fines de investigación para asegurar la protección y el respeto de la intimidad de las víctimas y los testigos, la protección de los detenidos o de las persona que hayan comparecido en virtud de una orden de comparecencia (artículo 57.3.c). Y la Sala de Primera Instancia podrá, de ser necesario, adoptar medidas para la protección del acusado, de las víctimas y de los testigos (artículo 64.6.e). En el Estatuto de Roma no se emplea la expresión “medidas provisionales”, sin embargo las distintas medidas, que puede adoptar la Corte, consideramos que también tienen por finalidad evitar un daño irreparable en las personas incurso en el proceso, ya sea en calidad de detenido, acusado, compareciente, víctima o testigo.

2.3. Fase procesal para la adopción

El Reglamento del TEDH (artículo 39) no determina la fase procesal para la adopción de las medidas provisionales, por consiguiente, parece ser que pueden ser dictadas en cualquier momento, incluso con carácter previo a que sea decidida la admisibilidad del caso⁴⁴. La práctica pone de manifiesto que el TEDH ha adoptado medidas provisionales antes de haber declarado la admisibilidad de la demanda⁴⁵.

El problema que se plantea es que el Reglamento atribuye tal competencia directamente a la Sala o llegado el caso a su Presidente, pero nada dice en relación con la Gran Sala, a pesar de que ésta puede conocer de un caso en los supuestos de inhibición (artículo 30 del CEDH) o de remisión (reexamen) (artículo 43 del CEDH). Ante esta laguna cabría cuestionarse si la Gran Sala puede adoptar medidas provisionales o por el contrario tendría que hacerlo siempre la Sala que se inhibió o bien la que resolvió el caso en “primera instancia”. Mientras que el Reglamento no se modifique podría considerarse que sólo

circunstancias en que se plantea” (apartado 4). Por su parte el juez Cançado Trindade en su voto concurrente califica la actuación de la Corte como “verdaderamente singular de gran trascendencia jurídica” pues, en su opinión, las medidas provisionales ordenadas por la Corte en dicho caso “responden adecuadamente (...) a los nuevos desafíos de la protección internacional de los derechos humanos en este inicio del siglo XXI”, pág. 1.

⁴⁴ El Comité de Derechos Humanos puede adoptar las medidas provisionales en cualquier momento previo a transmitir sus opiniones sobre el fondo al Estado interesado (artículo 86 del Reglamento). Sin embargo, el Comité contra la Tortura tienen limitados su adopción al examen de la cuestión de admisibilidad (artículo 108.9 del Reglamento).

⁴⁵ A título de ejemplo, caso *Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía*.

la Sala (y su Presidente) pueden adoptar medidas provisionales, salvo que se interprete el término “sala” en sentido genérico por lo que incluiría tanto a la Sala integrada por siete jueces como a la Gran Sala integrada por diecisiete jueces⁴⁶.

Lo que parece quedar fuera de toda duda es que las medidas provisionales pueden ser dictadas por el TEDH hasta que recaiga “sentencia definitiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del CEDH. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ordenado medidas provisionales tras la sentencia de fondo y reparaciones, es decir, tras haber decidido el caso. Ha justificado su actuación porque a ella le compete la vigilancia de la ejecución de las Sentencias⁴⁷, un argumento que difícilmente podría ser argüido por el TEDH en tanto que la vigilancia de la ejecución es competencia del Comité de Ministros del Consejo de Europa (artículo 46.2 del CEDH), por lo que tras la “sentencia definitiva” decae la competencia del TEDH, salvo que se reserve la aplicación del artículo 41 para un momento posterior y no lo resuelva junto con el fondo del asunto.

En la mayoría de los supuestos el TEDH concede la “satisfacción equitativa” en la misma sentencia en la que resuelve el fondo del asunto, por consiguiente, a partir de dicho momento decae su competencia sobre el caso y la imposibilidad de dictar medidas provisionales parece resulta indiscutible. Pero si el TEDH se reserva la aplicación del artículo 41 ¿podría llegar a adoptar medidas provisionales antes de la “sentencia sobre reparaciones”, esto es, antes de conceder la “satisfacción equitativa”?

El CEDH y el Reglamento del TEDH no resuelven con claridad qué se entiende por “sentencia definitiva”, parece que como tal hay que considerar la dictada sobre el fondo del asunto, pero cuando el TEDH deja pendiente de aplicación el artículo 41 por “sentencia definitiva” se podría interpretar la dictada entonces. Como quiera que en dicho supuesto el TEDH seguiría con el asunto bajo su control, quizás no fuera erróneo considerar que tras la sentencia de fondo y antes de dictar sentencia concediendo la “satisfacción equitativa” el TEDH podría adoptar medidas provisionales.

3. LA NO ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES: SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Cuando un Estado no adopta las medidas provisionales que sean dictadas por un Tribunal Internacional incurre en responsabilidad internacional, siempre y cuando esté obligado a ello. Es decir, para que pueda ser atribuida a un Estado responsabilidad internacional por su actitud pasiva, las medidas provisionales tienen que tener carácter vinculante.

⁴⁶ A nuestro entender, la segunda interpretación es la correcta (la cual además de ser sistemática es analógica) pues es principio del Derecho, aceptado en todos los ordenamientos democráticos, que la analogía es válida salvo en los preceptos penales o sancionadores.

⁴⁷ En relación con la competencia para vigilar el cumplimiento de las Sentencias. Vid. SALADO OSUNA, A.: “La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos: la obligación de reparar en los sistemas regionales de protección” (Apartado IV. La competencia de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos: B) Ámbito Americano), en *Libro Homenaje al Profesor Carrillo Salcedo* (en prensa).

Dado que el CEDH no atribuye competencia al TEDH para ordenar la adopción de medidas provisionales y el mismo las adopta sobre la base de su Reglamento, se suscitar dudas acerca de la obligatoriedad para los Estados de adoptar tales medidas.

La cuestión planteada tiene su razón de ser en el hecho de que los compromisos jurídicos los asumen los Estados en virtud del tratado internacional del que son partes y ello sin perjuicio de las obligaciones que dimanar del Derecho Internacional general⁴⁸. Entre dichos compromisos puede estar el reconocimiento de la competencia reglamentaria al órgano de control, como sucede en el CEDH (artículo 26.d), pero ello no implica que las disposiciones reglamentarias puedan generar obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados⁴⁹.

Tampoco se debe omitir que la finalidad de la mayoría de las disposiciones reglamentarias es la de contribuir a la eficacia del derecho de recurso a través de las distintas normas procesales. Por consiguiente, aunque el Reglamento del TEDH no puede imponer a los Estados obligaciones jurídicas que no han asumido en virtud del CEDH o de sus Protocolos⁵⁰, sí puede establecer como regla de funcionamiento del TEDH determinadas actuaciones del mismo a fin de favorecer la causa de los derechos humanos, y entre tales actuaciones puede reglamentar la adopción de medidas provisionales.

La no obligatoriedad de las medidas provisionales ha sido afirmada por el propio TEDH en los casos **Cruz Varas y otros c. Suecia** y **Conka c. Bélgica**. En el primero de ellos sostuvo que el poder para ordenar medidas provisionales no podía deducirse del artículo 25 (actual artículo 34) ni de otras fuentes, pero que convenía considerar que la negativa a seguir una indicación dada en virtud del artículo 36 del Reglamento (actual artículo 39) agravaba cualquier incumplimiento de las exigencias del artículo 3 que pudiera ser constatado posteriormente por el Tribunal⁵¹.

Tal afirmación ha sido modificada posteriormente en el caso **Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía**. A tales efectos el TEDH puntualizó previamente que, aunque “no está formalmente obligado a seguir sus sentencias anteriores es preferible, en interés de la seguridad jurídica y de la previsibilidad, que no se aparte sin un motivo válido de sus propios precedentes”⁵². Justificó el cambio jurisprudencial que iba a realizar en el hecho de

⁴⁸ Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 93-103.

⁴⁹ Los Reglamentos de los órganos internacionales tienen por finalidad establecer las normas procesales que sean necesarias para su funcionamiento. En el caso del CEDH las reglas de funcionamiento del TEDH están reguladas, casi en su integridad, por normas reglamentarias ya que el CEDH desarrolla de forma muy escasa las normas de procedimiento. De hecho en la Memoria Explicativa al Protocolo de Enmienda XI se especifica reiteradamente la necesidad del desarrollo reglamentario. Vid. *Council of Europe/Conseil de l'Europe*, Doc. H(94) 5, Protocole N° 11 a la Convention Européenne des Droits de l'Homme et Rapport Explicatif.

⁵⁰ Salvo que existiera una disposición convencional que atribuyera competencia al TEDH para adoptar medidas provisionales y fuese el Reglamento el que establecieron las condiciones y el contenido de las mismas.

⁵¹ TEDH: caso **Cruz Varas y otros c. Suecia**, párs. 102 y 103.

⁵² TEDH: caso **Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía**, párr. 105. Mutatis mutandi, Caso **Chapman c. Reino Unido**, Sentencia de 18 de enero de 2001, Reports 2001-I, párr. 70; **Christine Goodwin c. Reino Unido**, Sentencia de 11 de julio de 2002, párr. 74.

que es de crucial importancia que “el Convenio se interprete y aplique de forma que sus garantías sean reales y efectivas y no teóricas o ilusorias”⁵³

El cambio jurisprudencial ha sido de la mayor trascendencia toda vez que por primera vez el TEDH afirma el carácter vinculante para el Estado de las medidas provisionales. Llega a realizar tal afirmación tras una interpretación sistemática de los artículos 34 y 46 del CEDH y sosteniendo que el artículo 39 del Reglamento debe ser interpretado a la luz de tales consideraciones⁵⁴. En nuestra opinión, y según deducimos de los pronunciamientos del TEDH, cabe fundamentar la obligatoriedad del cumplimiento de las medidas provisionales en el principio *pro homine*, en la teoría de las competencias implícitas, y en el principio del objeto y fin del tratado.

La conclusión del TEDH en el año 2003 se puede calificar como novedosa ya que es la primera vez que se pronuncia en este sentido, sin embargo, la novedad es más aparente que real en la jurisprudencia internacional y así queda confirmado en el apartado siguiente.

4. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

4.1. Corte Internacional de Justicia

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece en su artículo 41:

“1. La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes.

2. Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas”

De conformidad con su Estatuto, la Corte Internacional de Justicia ha adoptado, en los casos que ha considerado pertinentes, medidas provisionales aduciendo que las mismas tienen por objeto preservar los derechos de las partes en litigio⁵⁵ y presuponen que en un procedimiento judicial no se cauce un daño irreparable que la Corte debe salvaguardar⁵⁶. Pero la Corte se había limitado a precisar el objeto y fin de las medidas provisionales sin afirmar (ni negar) que las mismas tenían efectos jurídicos obligatorios⁵⁷, ante el silencio de su

⁵³ TEDH: caso *Mamtklulov y Abdurasulovic c. Turquía*, pág. 105. *Mutatis mutandi*, *Stafford c. Reino Unido*, Sentencia de 28 de mayo de 2002, pág. 68.

⁵⁴ TEDH: caso *Mamtklulov y Abdurasulovic c. Turquía*, pág. 107.

⁵⁵ Corte Internacional de Justicia: asunto sobre las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*, Sentencia de 27 de junio de 1986.

⁵⁶ Corte Internacional de Justicia: asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del delito de genocidio*, Providencia de 13 de septiembre de 1993.

⁵⁷ Cierta sector doctrinal había mantenido el carácter obligatorio de las medidas provisionales dictadas por la Corte, entre otros, HAMBRO, E.: “The binding character of the provisional measures of protection indicated by the International Court of Justice”, en *Rechtsfragen der Internationalen Organisation, Festschrift für Hans Wehgers zu seinen 70. Geburtstag*, V. Flostermann, Frankfurt am Main, 1956, pp. 152 y ss.

Estatuto (artículo 41) respecto a tal obligatoriedad⁵⁸, opinión no compartida por todos los jueces de la Corte⁵⁹.

El cambio jurisprudencial de la Corte Internacional de Justicia se produjo como consecuencia de la Providencia dictada el 3 de marzo de 1999 adoptando medidas provisionales. Las autoridades estadounidenses una vez más desatendieron las medidas provisionales dictadas por la Corte (en este caso que no se ejecutara a los condenados a muerte –hermanos LaGrand de nacionalidad alemana– hasta que no hubiera resuelto el fondo del asunto)⁶⁰. Como consecuencia de ello, en su sentencia sobre fondo dictada en el año 2001 en el asunto *LaGrand*⁶¹ la Corte precisó que “El artículo 41, analizado en el contexto del Estatuto, tiene como fin evitar que la Corte no pueda ejercer sus funciones debido a la vulneración de los derechos respectivos de las partes en un litigio sometido a la Corte”. Y dio un paso importante al sostener que del objeto y fin del Estatuto así como del artículo 41 interpretado en su contexto⁶² se desprende

“que el poder de indicar medidas provisionales implica la obligatoriedad de dichas medidas, ya que la competencia en cuestión se basa en la necesidad, cuando las circunstancias lo exigen, de proteger los derechos de las partes, determinados por el Tribunal en su Sentencia definitiva, y evitar que se cauce perjuicio. Pretender que las medidas provisionales indicadas en virtud del artículo 41 no son obligatorias sería contrario al objeto y fin de dicha disposición”⁶³ (subrayados añadidos).

De este modo la Corte Internacional de Justicia afirmó el carácter obligatorio de la Providencia que dictó el 3 de marzo de 1999 en la que indicaba a Estados Unidos que sus-

⁵⁸ De hecho en el asunto *Bread* (Paraguay c. Estados Unidos), la Corte Internacional de Justicia solicitó al Estado demandado la adopción de medidas provisionales (que no ejecutara al señor Bread -condenado a pena de muerte en Estados Unidos- hasta que no hubiera decidido sobre el fondo del asunto). A pesar de ello, Estados Unidos procedió a la ejecución el día que estaba previsto y la Corte en modo alguno se pronunció respecto al incumplimiento de Estado Unidos en tal sentido, incluso se da la circunstancia de que ante las excusas oficiales realizadas por las autoridades estadounidense ante el Gobierno de Paraguay, éste consideró que las mismas eran una forma de reparación (satisfacción), por lo que se produjo el desistimiento del demandante ante la Corte y ésta se limitó a retirar el asunto de la lista de los casos pendientes.

⁵⁹ Los jueces Weeramantry, Ajibola y Shahabuddeen afirmaron la obligatoriedad de las medidas provisionales dictadas por la Corte en el asunto relativo a la *Convención del Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia-Montenegro)*. En relación con el cuestionamiento sobre la obligatoriedad de las medidas provisionales dictadas por la Corte Internacional de Justicia resulta del mayor interés el estudio realizado por la Profesora COMELLAS AGUIRREZABAL, M.: *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio: problemas presentes en la concesión de medidas provisionales*, (inédito). El estudio fue presentado como Memoria de Investigación en el Programa de Doctorado de Derecho Público, Universidad de Sevilla, 1995.

⁶⁰ Vid. PÉREZ BOTI, E.: “Nota sobre la Orden de 3 de marzo de 1999 de la CU sobre medidas provisionales en relación con el caso Lagrand”, *Anuario de Derecho Internacional*, Tomo XV, 1999, pp. 629 y ss..

⁶¹ En relación con este asunto *LaGrand* Vid. AZNAR GÓMEZ, M.J.: “El asunto LaGrand (Alemania c. Estados Unidos) ante el Tribunal Internacional de Justicia”, en Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 54-2, 2002, pp. 733-752; POZO SERRANO, P.: “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Lagrand”, en *Anuario de Derecho Internacional*, Tomo XVII, 2001, pp. 443 y ss; TORRECADRADA GARCÍA-LOZANO, S.: “La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 2001 en el caso LaGrand”, en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, www.reei.org, Núm. 6 (2003); y WECKEL, PH.: “L'affaire LaGrand et la condamnation à mort des ressortissants étrangers aux Etats-Unis”, en *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, Ed. Panteón-Assas, Paris, 2003, pp. 103-121.

⁶² En relación con la nueva interpretación realizada por la Corte Internacional de Justicia del artículo 41 de su Estatuto, Vid. MANOUVEL, M.: “Métamorphose de l'article 41 du statut de la CIJ”, en *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 106-1, 2002.

⁶³ Corte Internacional de Justicia: asunto *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos)*, Sentencia de 27 de junio de 2001.

pendiera la ejecución de los condenados a muerte que, como hemos señalado, fue ignorado por dicho Estado. De ahí que la Corte afirmara la responsabilidad internacional de Estados Unidos por el incumplimiento de las medidas provisionales.

Para afirmar el carácter obligatorio del artículo 41 de su Estatuto, la Corte tuvo presente el principio procesal evocado por la Corte Permanente de Justicia Internacional⁶⁴ respecto de que es universalmente admitido ante los Tribunales Internacionales, y consagrado en muchos acuerdos internacionales, que “las partes en cuestión deben abstenerse de cualquier acto susceptible de tener una repercusión perjudicial en la ejecución de la resolución a producirse y, en general, no proceder a ningún acto, de la naturaleza que sea, que pudiera agravar o alargar el litigio”⁶⁵.

Lo cierto es que cuando la Corte Internacional de Justicia procedió a realizar esta interpretación dinámica o evolutiva del artículo 41 de su Estatuto ya existía jurisprudencia internacional en la materia, a pesar que se trataba de un órgano de control no jurisdiccional, el Comité de Derechos Humanos, al que haremos referencia a continuación.

4.2. Comité de Derechos Humanos

El Reglamento del Comité de Derechos Humanos establece en su artículo 86:

“El Comité podrá, antes de transmitir sus opiniones sobre la comunicación al Estado interesado, informar a ese Estado de si estima conveniente la adopción de medidas provisionales para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación alegada. En tal caso, el Comité informará al Estado Parte interesado de que tal expresión de su opinión sobre las medidas provisionales no implica ningún juicio sobre el fondo de la comunicación”.

Sobre la base del artículo 86 de su Reglamento, el Comité de Derechos Humanos suele solicitar al Estado contra el que se dirige la queja la adopción de medidas provisionales, en los casos que considera pertinente⁶⁶. Entre las medidas que suele indicar está que no se extradite o no se ejecute al condenado a pena de muerte⁶⁷. En este contexto cabe señalar que en los casos **Klinder c. Canadá**⁶⁸ y **Chitat Ng. c. Canadá** de 1993, el Comité solicitó al Gobierno canadiense que no extraditara a los autores de la comunicación (presuntas

⁶⁴ La Corte Permanente de Justicia Internacional, era un órgano Judicial Internacional creado por el Pacto de la Sociedad de Naciones y que fue la predecesora de la actual Corte Internacional de Justicia.

⁶⁵ **Compañía de Electricidad de Sofía c. Bulgaria**, Providencia de 5 de diciembre de 1939.

⁶⁶ En relación con esta cuestión, Vid. CHANET, C.: “La peine de mort et le pacte international des nations unies relatif aux droits civils et politiques”, en *La peine capitale et le droit international des droits de l’homme*, op. cit., pp. 77-102, en especial, pp. 75-76.

⁶⁷ Jamaica (que es el Estado que posiblemente en más ocasiones ha sido denunciado ante el Comité de Derechos Humanos por condenados a muerte), cuando recibe la solicitud del Comité de que no se ejecute al condenado hasta que haya resuelto el caso, suele adoptar las medidas provisionales indicadas.

⁶⁸ En relación con el caso **Klinder** resuelto por el Comité de Derechos Humanos, Vid. las reflexiones de SCHABAS, W.: “From Klinder to Burns: international law ios nourishing the constitutional lavng tree”, en *La peine capitale et le droit international des droits de l’homme*, op. cit., pp. 143-156.

víctimas de la violación) hasta que no hubiese resuelto el caso, sin embargo, Canadá procedió a extraditarlos a Estados Unidos en donde por los delitos que se le imputaban podían ser condenados a pena de muerte. En ambos casos, al resolver el fondo del asunto, el Comité mostró su contrariedad porque Canadá no adoptó las medidas provisionales que le había indicado, sin embargo, no entró a pronunciarse sobre las consecuencias jurídicas que para dicho Estado tenía el haber ignorado la solicitud de las medidas provisionales⁶⁹.

Un año después otro Estado, Trinidad y Tobago, tampoco adoptó las medidas provisionales indicadas por el Comité, no ejecutar al condenado a muerte. Como consecuencia de ello el Comité adoptó, el 26 de julio de 1994, una declaración pública en la que, tras mostrar su indignación por la forma en que actuó el Gobierno de Trinidad y Tobago, hizo notar que “al ratificar el Protocolo Facultativo, el Estado Parte se comprometió a cooperar con el Comité en el marco del procedimiento previsto por dicho Protocolo y que el Estado no ha cumplido con las obligaciones que le correspondían en virtud del Protocolo Facultativo y del Pacto”⁷⁰.

Con posterioridad ha reafirmado su postura en el **caso Piandiong, Jesús Morillos y Archie Bulan c. Filipina**, resuelto el 19 de octubre de 2000. De nuevo se da la circunstancia de que las presuntas víctimas de la violación eran condenadas a pena de muerte; que el Comité, de conformidad con el artículo 86 de su Reglamento, solicitó a Filipinas que no proceda a ejecutar a los condenados hasta que resolviera el fondo del asunto; y que Filipinas procedió a ejecutarlos desatendiendo de este modo la indicación del Comité; llevó al Comité, al resolver sobre el fondo del asunto, en los siguientes términos:

“5.1. Mediante su adhesión al Protocolo Facultativo, un Estado Parte en el Pacto reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto (Preámbulo y artículo 1) . La adhesión del Estado lleva implícito el compromiso de cooperar de buena fe con el Comité para permitirle y propiciar su examen de esas comunicaciones y, después del examen, para que presente sus observaciones al Estado Parte interesado y al individuo (párrafos 1 y 4 del artículo 5). Es incompatible con estas obligaciones el que un Estado Parte adopte medidas que impidan al Comité o frustren su consideración y examen de la comunicación o la expresión de sus observaciones.

5.2. Así pues, totalmente al margen de cualquier violación del Pacto de que se acuse a un Estado Parte en una comunicación, un Estado Parte comete violaciones graves de sus obligaciones en virtud del Protocolo Facultativo si actúa de manera que impida o frustre la consideración por el Comité de una comunicación en que se alegue una vio-

⁶⁹ Comité de Derechos Humanos: Doc. CCPR/C/49/D/469/99, de 7 de noviembre de 1994.

⁷⁰ Informe del Comité de Derechos Humanos, Doc. 40 (A/49/40), Vol. 1, de 21 de septiembre de 1994, párs. 410-411. El caso fue resuelto por el Comité el 21 de marzo de 2002, tras mantener la abogada de la víctima la denuncia. Doc. CCPR/C/74/D/580/1994, de 19 de julio de 2002.

lación del Pacto o haga que el examen por el Comité quede en suspenso o que la expresión de sus observaciones sea nimia e inútil (...) Una vez que se ha notificado al Estado Parte la comunicación, el Estado viola sus obligaciones en virtud del Protocolo, si procede a la ejecución de las presuntas víctimas antes de que el Comité concluya su consideración y examen y antes de que formule y comunique sus observaciones. Es particularmente inexcusable que el Estado lo haga después de que el Comité haya actuado con arreglo al artículo 86 de su Reglamento, pidiendo al Estado Parte que se abstenga de hacerlo.

(...)

5.4. Las medidas provisionales que se adopten en cumplimiento del artículo 86 de Reglamento del Comité de conformidad con el artículo 39 del Pacto son esenciales para la función que éste realiza con arreglo al Protocolo. Toda violación del Reglamento, en especial mediante medidas irreversibles como la ejecución de las presuntas víctimas o su deportación del país, debilita la protección de los derechos enunciados en el Pacto mediante el Protocolo Facultativo⁷¹ (subrayados añadidos).

4.3. Comité contra la Tortura

El Reglamento del Comité contra la Tortura establece en su artículo 108.9:

“En el curso del examen de la cuestión de la admisibilidad de una comunicación, el Comité o Grupo de Trabajo o un ponente designado en virtud del apartado 3 del artículo 106 del presente Reglamento podrá solicitar al Estado parte que adopte medidas para evitar que la persona o personas que pretendan ser víctimas de la violación alegada no sufran un daño irreparable. El hecho de que dicha solicitud sea dirigida al Estado Parte no implica la adopción de una decisión sobre la cuestión de la admisibilidad de la comunicación”.

En el ejercicio de su competencia *ex reglamento*, el Comité contra la Tortura adopta en los casos pertinentes medidas provisionales⁷². A este respecto cabe señalar que en el asunto de una ciudadana peruana, residente en Venezuela, y extraditada al Estado de su nacionalidad pese a las medidas provisionales indicadas por el Comité contra la Tortura, el mismo consideró que el Estado no había respetado el espíritu de la Convención (contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes). A este respecto señaló que el Estado al ratificar la Convención y aceptar voluntariamente la competencia del Comité en virtud del artículo 22,

“se comprometió a cooperar de buena fe con el Comité en el procedimiento de examen de las comunicaciones. El incumplimiento de las medidas provisionales solicitadas por el Comité en los casos en los que lo considera oportuno, son indispensables para evi-

⁷¹ Comité de Derechos Humanos: Doc. CCPR/C/70/D/869/1999, de 19 de julio de 2000.

⁷² En relación con esta cuestión, Vid. las reflexiones de MARINO MENÉNDEZ, F.: “La Convención contra la Tortura”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, op. cit., pp. 243-279, en especial pp. 266-267.

tar a la persona daños irreparables que, además, pueden rendir nulo el resultado final del procedimiento entablado ante el Comité⁷³.

Con posterioridad el Comité contra la Tortura ha reiterado que el incumplimiento de las medidas provisionales requeridas “podría reducir a la nada el resultado del procedimiento ante el Comité”. Además puso de manifiesto su contrariedad porque Canadá deportara a la presunta víctima de la violación a La India sin atender la solicitud de medidas provisionales del Comité⁷⁴.

5. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 34 DEL CEDH

Tras los precedentes jurisprudenciales a los que hemos hecho referencia no resulta extraño que en el caso *Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía*, el TEDH sostuviera que las medidas provisionales por él indicadas, como en el presente caso, en virtud del artículo 39 de su Reglamento,

“permite a éste examinar eficazmente un recurso y asegurar la eficacia de la protección prevista por el Convenio, y posteriormente al Comité de Ministros velar por la ejecución de la sentencia definitiva. Dicha medida permite así que el Estado en cuestión pueda cumplir con su obligación de conformarse a la sentencia definitiva del Tribunal, la cual tiene fuerza obligatoria en virtud del artículo 46 del Convenio⁷⁵.”

Los hechos del precitado caso son los siguientes: Rustam Mamatkulov (de nacionalidad uzbeka), demandante ante el TEDH, el 3 de marzo de 1999 llegó a Estambul proveniente de Alma-Ata (Kazastán) con visado de turista. Basándose en una orden de arresto internacional, la policía turca lo detuvo en el aeropuerto de Estambul. El 5 de marzo fue decretada por el juez la prisión preventiva por cuarenta y cinco días. Azkarov Z. Abdurasulovic, también demandante ante el TEDH (y asimismo de nacionalidad uzbeka), entró en Turquía el 13 de diciembre de 1998 con pasaporte falso. El 5 de marzo de 1999 fue arrestado por la policía turca sobre la base de una orden de detención internacional y el 7 de marzo fue decretada la prisión provisional.

Ambos demandantes eran sospechosos de homicidio, causar lesiones a terceros mediante la explosión de una bomba en la República de Uzbekistán y de tentativa de atentado contra el Presidente de la República, la cual solicitó la extradición de los señores Mamtkulov y Abdurasulovic a Turquía basándose en el tratado bilateral sobre extradición concluido entre ambos países.⁷⁶

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso *Rosana Núñez Chipana c. Venezuela*, Comunicación de 16 de diciembre de 1998, Doc. CAT/C/21/110/1998.

⁷⁴ Comité contra la Tortura: caso *T.P.S. c. Canadá*, Comunicación de 4 de septiembre de 2000, Doc. CAT/C/24/D/99/19997, pág. 16.1.

⁷⁵ TEDH: Caso *Mamtkulov y Abdurasulovic c. Turquía*, pág. 107.

⁷⁶ *Acuerdo de cooperación en los ámbitos civil, comercial y penal entre Turquía y la República de Uzbekistán*, que entró en vigor el 18 de diciembre de 1997.

Las demandas fueron acumuladas por la Sala⁷⁷. La Presidenta de la Sala y posteriormente la Sala, decidieron indicar al Estado demandado que “en interés de las partes y de la buena conducción del procedimiento, era deseable que no se extraditara a los demandantes a la República de Uzbekistán antes de que se pronunciara el Tribunal” (el subrayado es añadido). El Consejo de Ministros turco el 19 de marzo de 1999 aprobó la orden de extradición de los demandantes y la misma fue ejecutada el día 27 del mismo mes y año.

La decisión de extraditar y proceder a la entrega de los demandantes, a pesar de que el TEDH (el Presidente de la Sala y posteriormente la Sala) había indicado (sugerido) la adopción de medidas provisionales, Turquía la justifica en las garantías dadas por las autoridades uzbekas en el sentido de que “no se produciría confiscación general de los bienes de los demandantes y que no serían sometidos a torturas ni serían condenados a pena capital”. Con posterioridad informó que el Alto Tribunal de la República de Uzbekistán había declarado culpable a los demandantes de los cargos que se le imputaban y que habían sido condenados a penas privativas de libertad⁷⁸.

En el caso **Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía** el TEDH declara por seis votos contra uno que ha habido violación del artículo 34 (resolutivo 4). Llega a tal conclusión tras realizar una interpretación sistemática de los artículos 34 (obligación del Estado de no poner trabas al ejercicio eficaz del derecho de recurso) y 46 (carácter obligatorio de sus sentencias definitivas) del CEDH, puntualizando en relación con el último precepto citado que todo Estado Parte en el Convenio tiene el deber de abstenerse de cualquier acto u omisión que perjudique la integridad y efectividad de la sentencia definitiva”.

Y tras aclarar que los términos de las medidas adoptadas por él “en virtud del artículo 39 de su Reglamento deben ser interpretados en este contexto”, afirma que “la extradición de los señores Mamatkulov y Abdurasulovic, pese a las medidas indicadas en virtud del artículo 39 [del Reglamento], redujo a la nada el derecho de recurso de los interesados” (Cursiva añadida).

También recuerda que la interpretación de las normas convencionales debe hacerse de conformidad con “el principio de la buena fe y del objeto y fin del tratado, así como de la regla del efecto útil”⁸⁰ y añade que tales criterios son también válidos para las disposiciones reglamentarias que “se deben interpretar a la luz de las normas convencionales de las que dependen”⁸¹. Sobre la base de lo que antecede el TEDH concluye que todo Estado Parte en el CEDH al que se le solicita la adopción de medidas provisionales

⁷⁷ La demanda de Mamatkulov fue presentada ante la (extinta) Comisión Europea de Derechos Humanos el 11 de marzo de 1999 y la de Abdurasulovic el día 22 del mismo mes y año.

⁷⁸ TEDH: caso **Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía**, párs. 107-108.

⁷⁹ *Ibidem*, pár. 109.

⁸⁰ De este modo está haciendo referencia a los principios generales del Derecho internacional relativos a la interpretación y, particularmente, a un principio bien consolidado en la jurisprudencia internacional en relación con los derechos humanos: el principio del “efecto útil”.

⁸¹ Pero ello no significa o no debería significar que se pueda interpretar una norma reglamentaria más allá de la interpretación que pueda deducirse el tratado del que depende.

“para evitar que se cause un daño irreparable a la víctima de la violación alegada, debe respetar estas medidas y abstenerse de cualquier acto u omisión que perjudique la integridad y efectividad de la sentencia definitiva”.

De ahí que considere que

“no acatando las medidas indicadas por el Tribunal en virtud del artículo 39 de su Reglamento, Turquía no cumplió con su obligación en virtud del artículo 34 del Convenio”⁸².

En definitiva, el TEDH está afirmando la obligatoriedad de las medidas provisionales por él dictadas a un Estado demandado, medidas que tienen su fundamento jurídico en el artículo 39 del Reglamento, pero su incumplimiento puede impedir el ejercicio eficaz del derecho de recurso (artículo 34 del CEDH), por ejemplo, en los supuestos de extradición, a lo que cabría añadir de expulsión y deportación.

El juez Türmen muestra su desacuerdo pues considera que el sistema actual del CEDH no parece que proporcione “una base legal suficiente para establecer el poder de emitir medidas provisionales obligatorias”. Hace referencia a los trabajos preparatorios del CEDH y del Protocolo de Enmienda Núm. 11 y señala que las propuestas de que el Convenio incluyera una disposición relativa a medidas provisionales no fueron aceptadas. El citado juez, para mostrar su disconformidad, invoca los criterios complementarios de interpretación contenidos en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

El TEDH también invoca la Convención de Viena afirmando que el CEDH debe ser interpretado a la luz de las normas establecidas en dicho tratado, pero utiliza a estos efectos el artículo 31.3.c) en virtud del cual, al interpretarse una norma convencional, hay que tener en cuenta “toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Y añade que también debe interpretarse “el Convenio, en la medida de lo posible, en armonía con los demás principios del Derecho internacional del que forma parte”⁸³.

En la jurisprudencia internacional se puede constatar que existe acuerdo en afirmar la obligatoriedad de las medidas provisionales, a pesar de que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículo 41) no determina de forma expresa el carácter obligatorio de tales medidas y que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que instituye al Comité de Derechos Humanos, no atribuye a este órganos de control internacional competencias para dictar medidas provisionales, ejerciendo tal facultad sobre la base de sus normas reglamentarias.

⁸² TEDH: caso **Mamtklulov y Abdurasulovic c. Turquía**, párs. 110-111.

⁸³ *Ibidem* pár. 99. **Mutatis mutandi**, caso **Al-Adsani c. Reino Unido**, Sentencia de 21 de noviembre de 2001. Reports XI, pár. 60.

Es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de las medidas provisionales, sin embargo, dicho Tribunal es competente en virtud del artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para ordenar la adopción de dichas medidas en “casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas”. Es decir, la Corte Interamericana tiene atribuido por el tratado que le instituye competencias para adoptar medidas provisionales con efectos jurídicos obligatorios⁸⁴.

La Corte Penal Internacional de conformidad con su Estatuto, puede adoptar medidas adecuadas de protección (artículos 64-6-e) y 68.1), así como dictar providencias y órdenes que sean necesarias a los fines de investigación (artículo 57.3.c) y medidas cautelares (artículo 57.3.e). El carácter obligatorio de las medidas dictadas por la Corte Penal Internacional resulta indiscutible, por lo que su incumplimiento hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional⁸⁵.

El TEDH (como Comité de Derechos Humanos) no tiene atribuida competencia para dictar medidas provisionales por el CEDH, sin embargo, los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos que deben ser interpretados a la luz de la circunstancias actuales⁸⁶. Sobre la base de tal criterio de interpretación el TEDH había sostenido que el mismo se aplica a las disposiciones normativas, así como al artículo 25 del CEDH⁸⁷ (actual artículo 34), por lo que dicho artículo no puede interpretarse sólo en función de las intenciones de sus autores⁸⁸.

Y sobre la base de los principios generales del Derecho Internacional⁸⁹, del Derecho de los Tratados⁹⁰ y de la Jurisprudencia Internacional⁹¹ en el caso **Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía** el TEDH afirmó que

⁸⁴ En relación con esta cuestión, Vid. las reflexiones de AGUIAR-ARANGUREN, A.: “Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos” y NIETO NAVIA, R.: “Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Teoría y praxis”, ambos trabajos están publicados en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Ed. Rafael Nieto Navia, San José (Costa Rica), 1994, pp. 19-38 y pp. 369-398 respectivamente. Vid. también PADILLA, D.J.: “Provisional Measures under the American Convention on Human Rights”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Vol. II, Ed. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José (Costa Rica), 1998, pp. 1189-1196.

⁸⁵ A pesar de que el Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional, la misma no será declarada por la Corte Penal Internacional en tanto que su competencia es para juzgar a los presuntos responsables de crímenes internacionales a título individual y ante sí no está en juego la responsabilidad internacional del Estado por lo que la misma tendría que sustanciarse a través de los procedimientos existentes en Derecho Internacional a tal finalidad.

⁸⁶ Dicho criterio de interpretación está sólidamente anclado en la jurisprudencia del TEDH. A título de ejemplo caso **Soering c. Reino Unido**, párr. 39; caso **Dudgeon c. Reino Unido**, Sentencia de 22 de octubre de 1981, Serie A-45; caso **X.Y.Z. c. Reino Unido**, Sentencia de 22 de abril de 1997, Reports 1997-II; caso **V. c. Reino Unido**, Reports 1999-IX, párr. 72; y caso **Matthews c. Reino Unido**, Sentencia de 18 de febrero de 1999, Reports 1999-I, párr. 39.

⁸⁷ TEDH: caso **Loizidou c. Turquía**, Sentencia de 23 de marzo de 1995 (Excepciones Preliminares), Serie A-310, párr. 71.

⁸⁸ En el caso **Loizidou** el TEDH sostuvo que el artículo 25 (actual artículo 34) no se puede interpretar sólo en funciones de las intenciones de sus autores, expresada hace más de cuarenta años. Aclaró que aunque quedara establecido que las restricciones en cuestión (de Turquía a la aceptación de la competencia de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos) debían considerarse admisibles en virtud de dicha cláusula en la época pertinente, en la que una minoría de los Estados europeos eran Partes en el CEDH, dicha prueba no podía ser determinante. *Ibidem*.

⁸⁹ TEDH: caso **Mamtkulov y Abdurasulovic c. Turquía**, párr. 205.

⁹⁰ *Ibidem*, párr. 99.

⁹¹ *Ibidem*, párrs. 102-103.

“la interpretación del alcance de las medidas provisionales no puede disociarse del procedimiento durante el cual fueron previstas ni de la decisión sobre el fondo que trata de proteger”⁹².

Hay que tener presente que el no cumplimiento de las medidas provisionales por parte del Estado demandado tiene consecuencias negativas en el ejercicio eficaz del derecho de recurso (artículo 34) y, consecuentemente, el Estado en cuestión incurre en responsabilidad internacional y así puede ser declarada por el TEDH como hizo en el precitado caso **Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía**. A pesar de ello surgen dudas y las mismas están motivadas porque en el presente caso no hubo violación del artículo 3 del CEDH disposición que constituía el objeto litigioso. Si Turquía no había incurrido en violación del artículo 3, los daños irreparables que se pretendían evitar por las medidas provisionales (no extraditar a los demandantes) no se han producido, por lo que podría resultar cuestionable que el TEDH haya atribuido al Estado demandado responsabilidad internacional por violación del artículo 34⁹³.

A pesar de ello consideramos que la declarada violación autónoma del artículo 3 queda justificada porque la República de Uzbekistán no permitió a los abogados turcos y a los demandantes que visitaran a sus clientes que eran sus representantes legales (sus defensores) ante el TEDH. El impedimento con el que se encontraron los abogados turcos es responsabilidad exclusiva de las autoridades uzbekas⁹⁴, sin embargo, si las mismas pudieran actuar como lo hicieron fue motivado porque Turquía entregó a los demandantes en extradición, a pesar de la solicitud de medidas provisionales que había cursado el TEDH. De este modo los demandantes no tuvieron igualdad procesal de armas para hacer valer sus pretensiones y quizás el TEDH llegó a la conclusión de que no había habido violación del artículo 3 por no tener suficientes elementos de juicio (pruebas) para resolver la alegada violación, ya que sólo contó con un informe de Amnistía Internacional⁹⁵ en el que se describía la situación en las cárceles uzbekas con carácter general, pero no aportaban datos en relación con los demandantes. Por su parte el Gobierno turco presentó pruebas (facilitadas por la mayoría por el Gobierno uzbeko) de que los demandantes habían sido juzgados y condenados en un juicio con las debidas garantías, que gozaban de buen estado de salud y que no había indicios de que hubiesen sido víctimas de malos tratos.

⁹² *Ibidem* pág. 205.

⁹³ El juez Türmen tiene en cuenta este hecho para mostrar su disidencia, además, porque la violación del artículo 34 declarada por el TEDH se basa en un único hecho: tras su extradición a Uzbekistán los demandantes no pudieron ver a sus abogados titulares que eran los que llevaban su caso ante el TEDH.

⁹⁴ Los motivos no aparecen señalados en la Sentencia del TEDH

⁹⁵ TEDH: caso **Mamatkulov y Abdurasulovic c. Turquía**, párs. 53-54.

Lo cierto es que Turquía, al entregar en extradición a los demandantes, impidió que éstos se beneficiaran de un examen eficaz de la cuestión, que es una de las consecuencias que deduce el TEDH del artículo 34 del CEDH, de ahí que haya declarado su violación de forma autónoma⁹⁶.

Pero hay que tener presente que cuando el TEDH dictó las medidas provisionales en el caso turco al que estamos haciendo referencia empleó la expresión “es deseable que...”. De ahí que ante este cambio jurisprudencial de gran magnitud reiteremos lo que hemos sostenido en otra ocasión, esto es, que en el futuro el TEDH en lugar de utilizar términos de recomendación (“es deseable que...”) debería emplear los de una decisión (“se abstenga de...” “adopte...” “proceda...”) para que el Estado concernido tome conciencia de que no está ante una mera sugerencia o recomendación, sino ante un acto de jurisdicción contenciosa que le obliga⁹⁷.

CONCLUSIÓN

El TEDH ha afirmado el carácter vinculante de las medidas provisionales por él dictadas y, consecuentemente, que el incumplimiento por un Estado de adoptar dichas medidas le hace incurrir en responsabilidad internacional, con independencia de la conclusión a la que pueda llegar en relación con las alegadas violaciones de los derechos invocados.

La interpretación realizada por el TEDH está articulada sobre la base de los principios generales del Derecho Internacional, los criterios interpretativos establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los criterios que el propio TEDH ha ido forjando a lo largo de los años para interpretar el CEDH y las jurisprudencia internacional, en la que encuentra el gran valuarte para su cambio jurisprudencial⁹⁸.

Las consecuencias jurídicas de las medidas provisionales, tal como ha decidido el TEDH, no contraviene las estipulaciones del CEDH, sino interpreta sus fines y ajusta a

⁹⁶ Si ante el TEDH se hubieran aportado pruebas de que los demandantes habían sido tratados de forma incompatible con el artículo 3 por las autoridades uzbekas (que hubiera hecho incurrir a Turquía en responsabilidad internacional), no estaríamos ante una violación potencial del CEDH como ha sucedido en la mayoría de los supuestos en los que el TEDH ha declarado violación del artículo 3 en los casos relacionados con la extradición, expulsión o deportación, sino que se podría afirmar la existencia de una violación actual toda vez que los hechos causante de la violación se habrían consumado. Cuando el TEDH ha declarado violación del CEDH, siendo la misma de carácter potencial, lo ha hecho sobre la base de “un riesgo previsible” al que se expondría al demandante en el supuesto de que fuera extraditado, expulsado o deportado. Para afirmar la existencia de ese “riesgo previsible” ha tenido presente el tratamiento que se dispensaría al demandante en el país de destinado, un Estado no parte en el CEDH.

⁹⁷ Vid. SALADO OSUNA, A.: “Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Los Derechos fundamentales en Europa (según el case-law deEstrasburgo)*, op. cit., (apartado 4. La responsabilidad del Estado como consecuencia de la puesta de una persona a disposición de un Tercer Estado no Parte en el CEDH).

⁹⁸ Del análisis, en cierta medida minucioso, que realiza el TEDH de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos se deduce que está intentando resaltar cómo un órgano de control no jurisdiccional ha afirmado la obligación de los Estados de adoptar medidas provisionales, cuando dicho órgano lo solicite, a pesar de que el tratado que lo instituye no le atribuye competencias a tales efectos, sino que también es su Reglamento interno el que regula la posibilidad de solicitar dichas medidas. Incluso que el Comité de Derechos Humanos ha llegado a sostener que la no adopción de las medidas provisionales constituye un incumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en su Primer Protocolos Facultativo.

ellos las decisiones judiciales. De ahí que consideremos que la nueva interpretación de artículo 34 ensancha el horizonte de la tutela de los derechos humanos en el sistema de CEDH en forma consecuente con los valores que preserva el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el marco que suministra el Derecho y la Jurisprudencia Internacional⁹⁹.

⁹⁹ Las últimas palabras con las que concluimos han sido tomadas de lo sostenido por el juez García Ramírez (actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) en su voto “razonado concurrente”, emitido en relación con las medidas provisionales dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Pueblo indígena Kankuamo c. Colombia*, Resolución de 5 de junio de 2004.