

LOS ALCANCES DE LA NUEVA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

Paula VERNET

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. MEDIDAS PROVISIONALES. CONCEPTO. 3. LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. 4. INDICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES POR PARTE DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. 5. LA FUENTE DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES. 6. EL EFECTO LEGAL DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES. A. El Caso Cruz Varas. B. El caso Conka. C. El caso Mamatkulov. 7. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Un inusitado fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos ha reabierto el debate acerca de la obligatoriedad de las medidas provisionales indicadas por ese tribunal. La discusión parecía haber quedado zanjada tras la decisión adoptada en el caso *Cruz Varas y Otros c/ Suecia* (1991)¹, y luego confirmada en el caso *Conka y Otros c/ Bélgica* (2001)², en los que la Corte afirmó la naturaleza no obligatoria, y no compulsiva de las medidas provisionales. Sin embargo recientemente la Corte decidió que era oportuno rever su postura y en el caso *Mamatkulov y Abdurasulovic c/ Turquía* (2003 y 2005)³, se apartó de su propia jurisprudencia y estableció, para ese caso, que las medidas provisionales adoptadas de acuerdo con la regla número 39 del Reglamento de Procedimiento de la Corte son jurídicamente obligatorias.

1. Ver fallo en www.echr.coe.int. *Cruz Varas and Others vs. Sweden*, caso n° 46/1990/237/307, sentencia del 20 de marzo de 1991.

2. Ver fallo en www.echr.coe.int. *Conka v. Belgium*, Application n° 51564/99, sentencia del 5 de febrero de 2002.

3. Ver fallos en www.echr.coe.int. Primera Sección: *Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey* (Applications n° 46827/99 and 46951/99), sentencia del 6 de febrero de 2003, y Gran Sala: *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (Applications n° 46827/99 and 46951/99), sentencia del 4 de febrero de 2005.

La ausencia de una cláusula que habilite a la Corte a tomar medidas provisionales en La Convención Europea sobre Derechos Humanos y la redacción de la regla número 39 del Reglamento de la Corte que habilita a esta a “indicar” medidas provisionales, había dado pie a que, hasta ahora, las mismas fueran consideradas como no obligatorias⁴. El fallo del año 2003, confirmado en estos días por la Gran Sala de la Corte Europea, ha arrojado nueva luz sobre esta cuestión, y, aunque no esta todo dicho respecto de las medidas provisionales ante la Corte Europea de Derechos Humanos, resulta sumamente interesante analizar los fundamentos en que se apoya la Corte para revertir una línea jurisprudencial de más de una década.

En el ámbito de los derechos humanos “podemos distinguir un sistema normativo de derechos humanos y uno de protección. El primero es el conjunto de normas que consagran derechos protegidos, establecen su contenido y alcance, los criterios para su restricción legítima y su suspensión en estados de excepción. El segundo es el conjunto de instancias internacionales de control de la observancia de los compromisos asumidos por los estados”⁵. En este contexto, el sistema europeo es un sistema de alcance regional, tanto normativo, como de protección, nuestro trabajo explorará en particular el funcionamiento y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que resulta relevante respecto de las medidas provisionales.

Así en este trabajo realizaremos un análisis del razonamiento de la Corte en los casos *Cruz Varas* y *Mamatkulov*, señalando los distintos fundamentos utilizados por el tribunal para definir la naturaleza legal de las medidas provisionales. Por intermedio de tal análisis intentaremos determinar la medida de la necesidad de las medidas provisionales en un sistema instituido para la protección de los Derechos Humanos.

2. MEDIDAS PROVISIONALES. CONCEPTO

Las medidas provisionales en la jurisdicción internacional pueden definirse como “aquellas acciones o abstenciones dispuestas por los jueces y árbitros internacionales *prima facie* competentes en un asunto, en caso de ur-

4. HAECK, Yves y BURBANO HERRERA, Clara: “Interim Measures in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 21/4, Netherlands Institute of Human Rights (SIM) (Netherlands, 2003), p. 656.

5. PINTO, Monica: “Fragmentation or Unification among International Institutions: Human Rights Tribunals”, *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1998-1999), p. 833.



gencia, con el fin de preservar los derechos de las partes contendientes o los bienes en litigio, así como la eficacia del propio proceso, incluyendo la protección de los medios de prueba y las personas a él vinculadas, o de impedir que se agrave o extienda la controversia, estando pendiente la sentencia final”⁶.

En el derecho internacional de los derechos humanos, a más de su carácter esencialmente preventivo, persiguen proteger derechos humanos fundamentales, y en particular, evitar que las personas sufran daños irreparables. En este sentido puede decirse que van mas allá del sentido que se le atribuye al concepto dentro de los sistemas de derecho interno, en los que el objeto es generalmente preservar los derechos de las partes involucradas en el conflicto, a fin de que la decisión final sobre el fondo del asunto no se vea perjudicada por actos realizados durante el procedimiento⁷.

3. LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), fue el primer instrumento legal de carácter internacional que consagró el derecho a presentar peticiones por violaciones a los derechos humanos. A diferencia de otras convenciones o tratados⁸ el texto de la CEDH no contiene cláusula alguna que habilite a la Corte Europea de Derechos Humanos a tomar medidas provisionales. Sus redactores deliberadamente optaron por no otorgar a la Corte poderes expresos para imponer o adoptar medidas provisionales, ello se debía a que los Estados eran reticentes a crear un mecanismo que pudiera monitorear sus acciones, y así vulnerar su soberanía⁹.

Esta explicación es razonable si uno considera que en 1950, momento en el que se firmó la CEDH, ésta representaba uno de los primeros y más amplios sistemas para la protección internacional de los derechos humanos, la

6. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S.: *Las medidas provisionales en Derecho Internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales*, UBA, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 209.

7. HAECK, Yves y BURBANO HERRERA, Clara: *op. cit.*, p. 626.

8. Por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, Art. 63, 2. “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”; o el Protocolo a la Carta Africana sobre Derechos Humanos y el Bienestar de las personas, 9 de junio de 1988, Art. 27.

9. HAECK, Yves y BURBANO HERRERA, Clara: *op. cit.*, p. 627.



materia era nueva, y era de esperar encontrar resistencia de parte de las autoridades nacionales a favorecer un sistema que implicaba de por sí una intervención en la soberanía estatal¹⁰.

Aunque éste resulta un argumento de peso, cabe señalar que la Convención fue modificada posteriormente, y la omisión de una cláusula relativa a medidas provisionales no fue rectificada. Así en el año 1993, se preparó un protocolo adicional que implicaba profundos cambios en el sistema europeo de derechos humanos, ya que sustituía a los órganos existentes hasta ese momento –la Comisión y la Corte– por una única Corte Europea de Derechos Humanos, en esa oportunidad resultó imposible introducir una cláusula expresa sobre medidas provisionales¹¹. Cuando en 1994 comenzó a discutirse el Protocolo 11, se evaluaron propuestas para introducir una disposición que permitiera a la Corte adoptar medidas provisionales, sin embargo no fueron incorporadas al texto definitivo¹².

La necesidad de adoptar medidas de este tipo surgió primeramente en la Comisión. Originalmente la Comisión era la primera en tratar los casos, y sólo algunos de ellos llegaban a la Corte, así, considerando que para que el sistema sea eficaz, deben necesariamente existir algunas salvaguardas para asegurar que el fallo no se torne ilusorio por haberse ya causado un daño irreparable, la Comisión comenzó, en la práctica, para algunos casos extremos, a indicar medidas provisionales. Tales medidas, a pesar de carecer de sustento legal expreso, fueron recibidas favorablemente por los Estados, que aparentemente estaban interesados en el espíritu de cooperación. Recién en 1974 se incorporó la regla número 36 al reglamento de la Comisión que establecía:

“La Comisión, o cuando no se encuentre en sesión, el Presidente puede indicar a las partes cualquier medida provisional cuya adopción considere oportuna en interés de las partes o de la conducción apropiada de los procedimientos ante ella”¹³.

10. MACDONALD, R. St. J.: “Interim Measures in International Law, with Special Reference to the European System for the Protection of Human Rights”, *Zeitschrift fuer auslaendisches oeffentliches RV*, vol. 52, n. 3-4 (1991), p. 731.

11. BERNHARDT, Rudolf: “Interim Measures of Protection under the European Convention on Human Rights”, en R. BERNHARDT (ed.), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Springer-Verlag, Berlín, p. 96.

12. Se recibieron propuestas de La Comisión Europea de Derechos Humanos el 31 de enero de 1994, y de la delegación Suiza el 22 de noviembre de 1993.

13. La traducción no es oficial, “*The Commission, or when it is not in session, the President may indicate to the parties any interim measure the adoption of which seems desirable in the interest of the parties or the proper conduct of the procedures before it*”.



En lo que respecta a la Corte, ya el texto original del Reglamento, adoptado en 1959, contenía una disposición sobre medidas provisionales en la Regla 34, que fue luego modificada (Regla 36) y que en la actualidad establece (Regla 39):

"1. La Sala, o de ser apropiado, su Presidente podrán a solicitud de una de las partes o cualquier otra persona involucrada, o por iniciativa propia indicar a las partes la adopción de medidas provisionales que considere deban ser adoptadas con miras al interés de las partes, o para la conducción apropiada del procedimiento en trámite..."¹⁴.

Así, una Sala de la Corte o, en caso de ser necesario, el presidente de la Sala, puede –a pedido de una de las partes u otra persona interesada¹⁵, o bien de oficio– indicar las medidas provisionales que considere necesarias. (Si en un caso concreto la Sala aun no ha sido constituida será el Presidente de la Sección ante la cual se ha iniciado la acción quien ejercite la facultad de indicar tales medidas (Regla 53), también la Gran Sala o su Presidente puede indicar medidas provisionales de acuerdo con la Regla 71). La Sala puede solicitar información a las partes sobre cualquier cuestión relativa a la implementación de las medidas adoptadas. Las medidas deben notificarse de inmediato a las partes, asimismo debe notificarse al Comité de Ministros a fin de que ejerzan sus deberes de control.

4. INDICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES POR PARTE DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

En apariencia, las “chances” de que una solicitud de medidas provisionales resulte exitosa son pocas, ya que la Corte, en general, se ha mostrado reticente a tomar este tipo de medidas. De acuerdo con Yves Haeck y Clara

14. La traducción no es oficial. *"1. The Chamber or, where appropriate, its President may, at the request of a party or of any other person concerned, or of its own motion, indicate to the parties any interim measure which it considers should be adopted in the interest of the parties or of the proper conduct of the proceedings before it. 2. Notice of these measures shall be given to the Committee of Ministers. 3. The Chamber may request information from the parties on any matter connected with the implementation of any interim measure it has indicated"*.

15. Por ejemplo puede tratarse de un pedido del Secretario General del Consejo de Europa, o de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa o bien de una organización no gubernamental. Véase HAECK: *op. cit.*, p. 629.



Burbano Herrera –quienes realizaron un exhaustivo análisis de los casos ante la Corte Europea– señalan que la jurisprudencia indica que sólo se adoptan medidas provisionales en casos en los que se dan tres condiciones:

1. La situación debe ser inminente y excepcional y deben haberse agotado los recursos internos respecto del acto en cuestión (en general se ha tratado de casos de expulsión o extradición; pena de muerte; condiciones severas de prisión o problemas de salud de un detenido; y, en un único caso, de protección de evidencia)
2. Debe haber un alto grado de probabilidad de que el acto en cuestión será violatorio de la CEDH (esto debe quedar demostrado *prima facie*)
3. Debe existir un riesgo de daño irreparable (la característica del daño es que el mismo recaiga sobre las personas y no sobre los bienes o el medio ambiente)

Vemos pues, que las medidas provisionales se toman sólo en casos extremos. Ello nos lleva a preguntarnos el por qué de esta postura tan rígida. Una posible respuesta sería que no hay una norma expresa en la Convención que las sustente, es sólo una regla de procedimiento la que habilita a la Corte a tomar tales medidas. No resulta entonces fácil para una Corte crear una norma y generalizarla, máxime si los Estados no están de acuerdo¹⁶. El hecho de que los Estados Parte no hayan incluido el carácter obligatorio de las medidas provisionales en la propia Convención Europea durante las negociaciones del Protocolo 11, a pesar de las incentivas en esa dirección, puede haber influenciado a la Corte en su política interna a tomar una posición más rígida respecto de la indicación de medidas provisionales¹⁷.

Ello resulta coherente, sobre todo teniendo en cuenta que en derecho internacional, si bien no hay duda del valor de los precedentes jurisprudenciales, éstos no constituyen un modo de crear normas de derecho (dejando a salvo la sentencia para el caso concreto), es claro entonces que la potestad de la Corte Europea de Derechos Humanos para dictar medidas provisionales debe

16. ROZAKIS, Ch.: “*The New European Court of Human Rights: Trends and Prospects*”, Curso de Verano, Academia de Derecho Internacional de La Haya, julio 2004. Asimismo, se ha aventurado que la nueva Corte de Estrasburgo, ha indicado cada vez menos medidas provisionales, entre otros motivos, por temor a que los Estados Parte pudieran, con base en el fallo *Cruz Varas*, tornarse más reacios a cumplir con tales medidas. Ello ha llevado a que la Corte someta a la solicitud de medidas provisionales a un análisis más estricto, con el objeto de anticipar la posible reticencia de los Estados miembros a cumplir con las medidas. (Vease HAECK: *op. cit.*, Apartado 6.1, Overall Number of Interim Measures Between 1974 and 2002, pp. 663-665)

17. HAECK: *op. cit.*, p. 664.



necesariamente basarse en algún modo válido de creación del derecho internacional. “La importancia de determinar la fuente es capital, sobre todo de establecer si los jueces... tienen este poder independientemente de que le sea otorgado por los Estados en un Tratado, ya sea por la vía consuetudinaria o en virtud de un principio general de derecho”¹⁸.

5. LA FUENTE DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

Mucho se ha discutido sobre cual es la fuente de las medidas provisionales en la jurisdicción internacional. La mayoría de los autores encuentra la base normativa de estas medidas en un tratado; en una fuente indirecta derivada de un tratado, como por ejemplo el reglamento de un tribunal elaborado por los propios jueces; o en los principios generales de derecho reconocidos en los sistemas jurídicos de los Estados. Son pocos los autores que consideran a la costumbre como fuente de la potestad de dictar medidas provisionales por parte de los jueces. “Puede hablarse de un ‘poder explícito’ cuando proviene expresamente de un tratado, de un ‘poder implícito’ cuando se desprende del tratado, al interpretar la voluntad de las partes y finalmente de un ‘poder inherente’ el cual se trata de una facultad que deriva de la propia función jurisdiccional del tribunal, de acuerdo con una norma consuetudinaria o un principio general de derecho”¹⁹. Por supuesto, que existe la posibilidad de que este poder sea acotado expresamente por los Estados por vía convencional, ya que no se trata de una norma imperativa.

En el caso particular de la Corte Europea de Derechos Humanos, la doctrina no es unánime respecto de si pueden dictarse medidas provisionales sobre la base de un reglamento dictado por los Jueces. En consecuencia hay quienes le restan valor jurídico vinculante a las medidas decididas por dicho órgano. Así, para Türmen los tribunales internacionales, incluida la Corte europea de derechos Humanos operan en el marco de una competencia jurisdiccional asignada a ellas en virtud de un tratado internacional. Si el tratado no prevé la potestad de ordenar medidas provisionales con efecto obligatorio, entonces no existe tal potestad. Comparte la opinión de destacados juristas como Sir Ian Sinclair, el Profesor Matthias Herdegen y el Profesor Heribert Golsong, que sostienen que el poder para indicar medidas provisionales es

18. GONZÁLEZ NAPOLITANO: *op. cit.*, p. 20.

19. GONZÁLEZ NAPOLITANO: *op. cit.*, p. 210. Para un análisis acabado sobre el tema véase el Capítulo II de la obra.

atribuido por el instrumento constitutivo y no derivado de un principio general de derecho extra estatutario²⁰.

Por el contrario, otros autores como Bernhardt, no fundamentan la validez de las medidas provisionales en el Reglamento de la Corte, sino en una interpretación teleológica de la CEDH, y en los principios generales de derecho. El ex magistrado, considera que no puede dudarse de que las medidas provisionales que son necesarias para la consecución del procedimiento ante los órganos de la Convención están permitidas por las disposiciones de la Convención²¹.

Macdonald, por su parte considera que se trata de un poder inherente a todo tribunal judicial. En particular lo fundamenta en la teoría de desacato al tribunal (“contempt of court”) que se basa, a su entender, en el hecho de que las partes libremente se sometieron a la jurisdicción del tribunal en cuestión. Al hacerlo, las partes, contraen la obligación implícita de no actuar de manera de frustrar la sentencia final del tribunal, por tornarla irrelevante. Ello debido a que es contrario a la dignidad de un Tribunal que sus sentencias queden supeditadas a la voluntad de las partes de aceptarlas o ignorarlas, según mejor les convenga²².

Caflich, Türmen y Kovler jueces de la Corte Europea, al analizar la cuestión relativa a si la Corte puede basarse en una norma de derecho internacional general o un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas, para indicar medidas provisionales obligatorias, y así justificar la indicación en tal norma o principio, aun en ausencia de una disposición convencional que así la habilite, consideran que respecto de los principios generales de derecho, puede haber una norma generalizada sobre medidas provisionales obligatorias en el ámbito interno, ello con base en la regla de jurisdicción obligatoria aplicable a los sistemas de derecho interno. Sin embargo, esa regla no prevalece en el plano internacional por lo que no resulta aplicable a ese nivel, el principio no puede trasladarse a los procedimientos de los Tribunales internacionales. Los magistrados creen que es posible que exista una costumbre internacional que habilite a las cortes y tribunales, aun en ausencia de una norma convencional, a dictar e implementar reglas de procedimiento, y tal costumbre puede incluir la potestad de formular medidas provisionales. Sin embargo no puede afirmarse que esa norma incluya el poder de “prescribir” tales medidas²³.

20. *Mamatkulov*, 2003, opinión disidente del Juez Türmen.

21. BERNHARDT: *op. cit.*, p. 103.

22. MACDONALD: *op. cit.*, p. 730.

23. *Mamatkulov*, 2005, opinión disidente de los Jueces Caflich, Türmen, y Kovler, párr. 22.



A pesar de no haber acuerdo en la doctrina sobre cuál es la fuente de la facultad de la Corte de Europa para dictar medidas provisionales, ello no le ha impedido hacerlo en 321 oportunidades a lo largo de 29 años²⁴. Incluso la antigua Comisión indicó medidas de esta índole en el caso *Dinamarca, Noruega y Países Bajos c/ Grecia* de 1969, cuando aún su reglamento no contenía ninguna cláusula relativa a las mismas, es decir sin base en ninguna disposición expresa, sea de índole Convencional, o reglamentaria. Las medidas provisionales dictadas gozaron de amplia aceptación de los Estados Parte (hasta 1991, salvo en tres oportunidades, todas las medidas indicadas fueron acatadas por los Estados Parte²⁵).

6. EL EFECTO LEGAL DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

El verdadero debate –a nuestro entender directamente vinculado al problema de la fuente– radica en si las decisiones que ordenan las medidas provisionales con base en la regla 39 son obligatorias, o bien, no generan para el destinatario obligación alguna.

A. *El Caso Cruz Varas*

Esta cuestión fue analizada por la Corte por primera vez en el caso *Cruz Varas* en 1991. El 28 de enero de 1987, Héctor Cruz Varas, ciudadano chileno, llegó a Suecia y solicitó asilo político. Había estado involucrado en actividades políticas contrarias al régimen de Pinochet, por lo que había sido detenido en tres oportunidades, sin embargo en los interrogatorios ante autoridades suecas, no hizo referencia a torturas durante dichos arrestos.

En el mes de abril, la autoridad de Inmigración sueca decidió expulsar al Sr. Cruz Varas, basándose en que el peticionante no había aportado suficiente fundamento para considerarlo un refugiado ni de acuerdo con el derecho interno sueco, ni con el derecho internacional. El chileno apeló, pero tal apelación fue rechazada.

En el mes de diciembre Cruz Varas durante un nuevo interrogatorio declaró haber sido torturado en numerosas ocasiones, y expresó su temor de que ello se repitiera en el caso de ser deportado a Chile. Además, sostuvo que no

24. HAECK: *op. cit.*, p. 663

25. HAECK: *op. cit.*, p. 670.



se había referido a ello con anterioridad debido a que no confiaba en las autoridades policiales, y a que eran experiencias de las que le resultaba extremadamente difícil hablar. A pesar de que exámenes médicos parecían avalar sus dichos, el gobierno sueco decidió expulsar al peticionante y su familia. Cruz Varas fue detenido el 4 de octubre de 1989, y enviado a Chile el 6 de octubre del mismo año. Su mujer y su hijo se ocultaron en Suecia y no fueron expulsados junto con él.

Previo a la expulsión, el 5 de octubre Cruz Varas y su familia, sometieron su petición a la Corte Europea de Derechos Humanos, en la que alegaban que la deportación a Chile los expondría a un daño inminente, serio, e irreparable en la forma de maltrato contrario al artículo 3 de la CEDH. El día 6 de octubre la Comisión ordenó medidas provisionales con base en la Regla 36 de su Reglamento de Procedimiento. La orden indicaba al gobierno sueco que era deseable, en el interés de las Partes y del propio proceso ante la Comisión, no deportar a los demandantes a Chile hasta tanto la Comisión haya tenido la oportunidad de examinar la petición durante su próxima sesión que tendría lugar entre el 6 y 10 de noviembre de 1989.

A pesar de que la autoridad nacional de Inmigración sueca estaba al tanto de la orden de medidas provisionales decidió proceder a la expulsión del Sr. Cruz Varas.

La Comisión en su informe encontró que no había habido violación del artículo 3 de la CEDH (prohibición de la tortura), ni del artículo 8 (respeto al derecho de la vida privada y familiar). Sin embargo por 12 votos contra 1, encontró que había habido una violación de la obligación del Estado sueco con base en el artículo 25(1) (actualmente 34 in fine) de la Convención, “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental 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 ese derecho”.

La Comisión entiende que en este caso no necesita decidir si una indicación de medidas provisionales es obligatoria en términos generales para el estado destinatario de las mismas. Su examen se limita a si el incumplimiento de tales medidas por parte de Suecia constituye una violación de sus obligaciones de acuerdo con el artículo 25 de la Convención²⁶.

26. *Cruz Varas*, párr. 116.



De acuerdo con la Comisión, aunque la Convención guarde silencio respecto de las medidas provisionales, contiene una obligación general para los estados contratantes en el artículo 25(1) de no interferir con el ejercicio efectivo del derecho de petición individual.

Las medidas provisionales adoptadas por la Comisión tienen el efecto de permitir, tanto a la Comisión como a la Corte, examinar de modo acabado la petición y asegurar la eficacia de la salvaguarda prevista en el artículo 3 de la CEDH. La deportación del Sr. Cruz Varas frustró tal examen y por lo tanto tornó su derecho a petición individual ineficaz. Tal acción es para la Comisión contraria al espíritu de la Convención e incompatible con el ejercicio efectivo del derecho a petición individual del art. 25.

Esta última disposición en conjunción con la regla 36 del Reglamento provee pues la base para el argumento acerca de la naturaleza vinculante de las medidas provisionales en el sistema para la protección de derechos humanos de la CEDH²⁷.

La Corte rechazó el razonamiento de la Comisión. Empieza diciendo que la Convención debe interpretarse a la luz del carácter especial como tratado de protección de derechos humanos y sus salvaguardas deben interpretarse y aplicarse de un modo que las torne prácticas y eficaces. Si bien esta posición argumenta a favor del poder de la Comisión y de la Corte de dictar medidas provisionales para preservar los derechos de las partes durante el procedimiento, debe apuntarse que la CEDH no contiene una cláusula específica relativa a tales medidas. La Corte pone énfasis en que esa ha sido justamente la intención de los estados Contratantes²⁸.

Aunque el artículo 25 de la CEDH impone una obligación a los Estados Parte de no interferir con el derecho de una persona física a presentar una petición ante la Comisión, tal derecho es de una naturaleza procesal y por lo tanto debe distinguirse de los derechos sustantivos de la Convención. Inferir de la redacción del artículo 25 la obligación para los Estados parte de cumplir con las medidas provisionales indicadas por la Corte con base en la regla 36, implicaría forzar los términos de la disposición. El artículo 25, aún en conjunción con la regla 36 del reglamento de la Comisión, no generan de acuerdo con la Corte, ninguna obligación jurídica para los Estados parte que indique que deben cumplir con las medidas provisionales indicadas por la Comisión²⁹.

27. MACDONALD: *op. cit.*, p. 708.

28. Ver nota 12.

29. *Cruz Varas*, párr. 99.



Si bien en la práctica los Estados Parte en general han cumplido con las medidas indicadas, y se podría entender ello como un acuerdo tácito entre los Estados para la interpretación de la disposición de la Convención, para la Corte tal práctica no puede de modo alguno implicar la creación de nuevos derechos y obligaciones para los Estados Parte, que deliberadamente no fueron incluidos en la Convención al momento de su creación. En el mejor de los casos, el cumplimiento de la Regla 36 puede únicamente considerarse como un modo de cooperación de buena fe de parte de los Estados respecto de la Comisión, en los casos en que ello era considerado razonable, pero no puede haberse basado en el convencimiento que tales medidas dieron lugar a una obligación vinculante³⁰.

Excluye así la Corte, la posibilidad de que se haya formado una costumbre regional respecto de las medidas provisionales con base en la práctica de los Estados de cumplir con las medidas provisionales indicadas. Parece entender que no existe *opinio iuris*, es decir que los Estados no cumplen tales medidas con la convicción de que son obligatorias en derecho, sino por algún otro motivo, como la cooperación internacional.

Por otra parte la Corte consideró que no existía una regla uniforme en derecho internacional respecto de que las medidas provisionales indicadas por tribunales internacionales fueran obligatorias. La Corte limita su análisis a los términos de la Convención y del Reglamento de Procedimiento y evita recurrir al derecho internacional general³¹.

Cierto es que las medidas provisionales en derecho internacional difieren por la naturaleza del órgano que las indica, por la fuente que habilita tal potestad, por las condiciones bajo las que pueden ser solicitadas, y estas no son las únicas diferencias. Quizás la diferencia más significativa es la medida en que son consideradas vinculantes, y los medios disponibles para su ejecución. Teniendo en cuenta esta diversidad de posibilidades, que resulta tan confusa, no sorprende que ni la Corte, ni la Comisión haya evitado generalizaciones basadas en analogías con otros Tribunales internacionales y sus Reglamentos y Estatutos³².

La Corte consideró que si el Estado decide no cumplir con las medidas provisionales indicadas en un caso relativo a extradición o expulsión, en el que, de ser enviado a su país, el peticionario corre un riesgo de sufrir un acto contrario al artículo 3 de la CEDH, el Estado asume el riesgo de, eventualmen-

30. Cruz Varas, párr. 100.

31. MACDONALD: *op. cit.*, p. 712.

32. MACDONALD: *op. cit.*, p. 720



te, incurrir en violación del artículo 3 una vez que la Corte dicte su sentencia. Tal responsabilidad resultaría agravada por el hecho de que el Estado había sido notificado, en vano, del posible peligro de maltrato para el peticionante.

El caso *Cruz Varas* fue fallado por 10 votos contra 9, la numerosa minoría por su parte sostuvo que la protección conferida por la CEDH carecería de sentido si los Estados Parte pudieran expulsar o extraditar a una persona sin posibilidad de un análisis previo de las circunstancias que rodean al caso y de las consecuencias que acarrearía tal conducta.

Para la disidencia, las medidas adoptadas conforme a la regla 36 deben considerarse obligatorias para el estado involucrado, ya que es la única manera en que los derechos del peticionante sean protegidos de una potencial violación. Está implícito en la propia Convención que en casos como el presente los órganos de la Convención tienen la potestad de requerir a las partes que se abstengan de cualquier medida que pudiera no sólo causar un daño, sino desautorizar todo el procedimiento de protección consagrado en la Convención.

Así, para estos jueces disidentes el hecho de que la Convención careciera de una cláusula expresa sobre medidas provisionales, no excluye la posibilidad de una interpretación autónoma de la CEDH con especial énfasis en el objeto y fin, y teniendo en cuenta la eficacia de los mecanismos de control instituidos en la misma. La interpretación de la Convención debe ser consistente con su constante evolución como instrumento creativo para la protección de derechos humanos³³.

B. *El caso Conka*

La posición de la mayoría fue confirmada posteriormente por la nueva Corte de Estrasburgo, en el caso *Conka y otros contra Bélgica*³⁴. Gitanos eslovacos solicitaron asilo en Bélgica, su solicitud fue rechazada y fueron retenidos en una sala de tránsito cerca del aeropuerto de Bruselas, con miras a su expulsión. El 4 de octubre de 1999 su abogado interpuso una acción ante la Corte Europea de Derechos Humanos alegando violación de los artículos 3 (prohibición de la tortura), 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 14 (prohibición de discriminación) de la CEDH, y solicitó medidas provi-

33. *Cruz Varas*, ver opinión disidente párrafos 3 a 5.

34. *Conka y otros c. Bélgica*, ver nota 2.



sionales. El vicepresidente de la tercera sección ordenó se suspendiera temporariamente la deportación, medida que fue notificada al gobierno de Bélgica que decidió ignorarla y procedió a la expulsión.

En este caso ya no se trataba de medidas provisionales indicadas por la Comisión (órgano que dejó de existir en 1998 con la entrada en vigor del Protocolo 11), sino de medidas adoptadas en el ámbito de la propia Corte, es decir, que los argumentos que se ensayaron en *Cruz Varas*, acerca de que la Comisión al no tener potestad para tomar decisiones finales obligatorias no podía tomar tampoco decisiones interlocutorias de carácter vinculante, no podían esgrimirse en este caso. No obstante ello, al sentenciar este caso la Corte se refirió expresamente al antecedente *Cruz Varas*, y se negó a aceptar la solicitud de los peticionantes de revertir su posición y sostener la obligatoriedad de las medidas provisionales indicadas con base en la regla 39 del reglamento. La doctrina del fallo *Cruz Varas* “se mantuvo en plena vigencia”³⁵.

C. El caso Mamatkulov

El fallo de la Sala

En el caso *Mamatkulov y Abdurasulovic c/ Turquía*³⁶, la Corte Europea de Derechos Humanos (Primera Sección) sostuvo por primera vez –por seis votos contra uno– que las medidas provisionales adoptadas con base en la regla 39 son obligatorias, es decir, jurídicamente vinculantes para el Estado al cual están dirigidas. Si un Estado las incumple, ello podría considerarse como una violación del derecho a la petición individual (art 34 CEDH) siempre y cuando el acto en cuestión haya afectado el derecho del peticionante.

El caso se originó en dos peticiones de nacionales uzbekos contra la República de Turquía con base en artículo 34 de la CEDH, el 11 y 22 de marzo de 1999 respectivamente. Los peticionantes, Rustam Mamatkulov y Azkarov Z. Abdurasulovic, eran miembros del Partido democrático de liberación de Uzbekistán (*O'zbekiston Erk Demokratik Partiyasi*), ambos llegaron a Estambul –el primero con visa de turista, y el segundo con pasaporte falso– y fueron detenidos por la policía turca en el aeropuerto, en virtud de una orden de arresto internacional y un pedido de extradición del gobierno turco respectivamente. Eran sospechosos de homicidio, de causar daños con bombas y de un intento de ataque terrorista contra el Presidente de Uzbekistán.

35. HAECK: *op. cit.*, p. 660.

36. Ver nota 1.



Uzbekistán solicitó la extradición de sus nacionales con base en un tratado bilateral con Turquía. La Corte Criminal de Turquía entendió que los delitos por los que se solicitaba la extradición eran crímenes comunes, y no de naturaleza política o militar, por lo que ordenó la extradición. Ambos detenidos apelaron la orden, pero su solicitud fue rechazada.

Previo a ello, el 18 de marzo de 1999 el Presidente de la Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos decidió indicar al gobierno de Turquía en virtud de la regla 39 del Reglamento de la Corte, que era deseable en el interés de las partes y del propio procedimiento ante la Corte no extraditar a los reclamantes a la República de Uzbekistán hasta tanto la Corte tuviera la oportunidad de examinar su reclamo en la próxima sesión, el 23 de marzo de 1999.

A pesar de ello los peticionantes, como dijimos, fueron entregados a las autoridades uzbekas. El gobierno de Turquía informó a la Corte que había recibido a través del Embajador de la República de Uzbekistán, dos notas del Ministerio de Relaciones Exteriores con las seguridades de que la propiedad de los peticionantes no sería confiscada, además no sufrirían actos de tortura sobre su persona y no les sería impuesta la pena de muerte. A más de ello, la República de Uzbekistán reafirmaba el compromiso de asumir las obligaciones contraídas en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, ello tanto respecto de Turquía como de la comunidad internacional en su conjunto.

El 28 de junio de 1999 la Corte Suprema de Uzbekistán encontró los peticionantes culpables de los crímenes de que se los acusaba y los sentenció a prisión.

A pesar de que el gobierno de Uzbekistán aseguró a Turquía que los defendidos contaron con asistencia de abogados, que las investigaciones se llevaron adelante bajo la supervisión de estos últimos, y que el juicio se celebró en audiencias públicas a las que asistieron miembros de la prensa local y extranjera conjuntamente con diplomáticos y representantes de ONG, los abogados turcos de los reclamantes alegaron que no habían podido contactar a sus defendidos, que las condiciones en las prisiones de Uzbekistán eran malas, y que los prisioneros eran sometidos a torturas.

Así, los representantes dicen haber solicitado, en varias ocasiones, autorización al gobierno de Uzbekistán para contactar a sus representados tras la extradición, y ello sin éxito, lo que dio como resultado que los peticionantes fueron privados de la posibilidad de nuevas consultas con el objeto de aportar más evidencia en apoyo de sus reclamos con base en el artículo 3. Consecuentemente, los abogados de los reclamantes alegan que al haber extradita-

do al Sr. Mamatkulov y al Sr. Abdurasulovic, no obstante las medidas provisionales indicadas por la Corte con base en la Regla 39 del Reglamento de la Corte, Turquía ha violado sus obligaciones en virtud del artículo 34 de la Convención. En definitiva la extradición se convirtió en un verdadero obstáculo para la efectiva presentación del reclamo ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

Por su parte el gobierno de Turquía alega con fundamento en el caso *Cruz Varas* que las medidas provisionales indicadas en el presente caso con base en el artículo 39 no engendran obligaciones jurídicas para el Estado Contratante³⁷.

Luego de analizar la legislación y la práctica interna relevante³⁸, la Corte, a diferencia del caso *Cruz Varas*, examina en forma pormenorizada los instrumentos de derecho internacional pertinentes y la jurisprudencia relativa a medidas provisionales de distintos tribunales internacionales³⁹: el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura⁴⁰, La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴¹ y la Corte Internacional de Justicia⁴². Vemos que en esta oportu-

37. *Mamatkulov*, 2003, párr 88 a 91

38. *Mamatkulov*, 2003, párr. 37 y 38.

39. *Mamatkulov*, 2003, párr. 39 a 52

40. *Medidas provisionales y decisiones del Comité de Naciones Unidas contra la Tortura*. En el caso *Cecilia Rosana Núñez Chipana v. Venezuela*, de 1998, en el que un ciudadano peruano que fue extraditado a Perú a pesar de que se habían indicado medidas provisionales para detener la extradición, el Comité contra la tortura consideró que no se había cumplido con el espíritu de la Convención, ya que cuando el Estado ratifica la Convención y voluntariamente admite la Competencia del Comité, acepta cooperar de buena fe en aplicar el procedimiento. Similarmente en el caso *T.P.S v. Canadá*, de 2000, sostuvo que el incumplimiento de las medidas provisionales puede malograr el resultado final de los procedimientos ante el Comité. (*Mamatkulov*, párr. 47 y 48)

41. *El sistema Interamericano*. En este sistema la potestad de la Corte para ordenar medidas provisionales deriva de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 63,2) y la potestad de la Comisión deriva del Reglamento. La Corte Interamericana ha sostenido en numerosos casos que el cumplimiento de las medidas provisionales es necesario para asegurar la efectividad de sus decisiones sobre el fondo del asunto. (Ej. *Chumin v. Perú*, 1991; *James et al. V. Trinidad y Tobago*, 1999; *Hilaire, Constantine, benjamín y otros v. Trinidad y Tobago*, 2002)

42. En el caso *LaGrand* (Alemania c/ Estados Unidos, 2001) la Corte Internacional de Justicia dijo que el objeto y fin del Estatuto es permitirle a la Corte cumplir las funciones que el mismo establece, y en particular, la función de solucionar judicialmente las controversias por medio de decisiones obligatorias de acuerdo al art. 59 del Estatuto. El objeto del artículo 41 es impedir que la Corte se vea imposibilitada de cumplir sus funciones por el hecho de que los respectivos derechos de las partes en la disputa ante la Corte no hayan sido preservados. En tal contexto, se desprende del objeto y fin del estatuto y de los términos del art. 41, que la potestad para indicar medidas provisionales conlleva que tales medidas sean obligatorias, máxime si la potestad en cuestión está basada en la necesidad de salvaguardar y evitar perjuicio

nidad, la Corte decide examinar el caso con especial referencia a los principios generales de derecho internacional, en particular aquellos que se relacionan con la fuerza obligatoria de las medidas provisionales indicadas por otros tribunales internacionales, entiende que el caso debe inscribirse en el derecho internacional general.

La Corte pasa luego a analizar cada una de las violaciones alegadas por los reclamantes, a saber: art. 2 (derecho a la vida), art. 3 (prohibición de la tortura)⁴³, art. 6 (derecho a un proceso equitativo)⁴⁴ y art. 34. Es este último razonamiento el que resulta relevante a nuestro trabajo, por lo que pasamos analizarlo detenidamente.

La Corte reitera, como en fallos anteriores, la importancia de los artículos 25 a 46 de la CEDH, que delimitan la responsabilidad de la Corte para asegurar la observancia de los compromisos asumidos por los Estados Parte, ya que determinan su competencia para examinar reclamos relativos a supuestas violaciones de derechos y libertades consagrados en la Convención. Al interpretar estos artículos clave la Corte debe tener en cuenta el carácter especial de la Convención como tratado para la aplicación de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

El objeto y fin de la Convención como instrumento para la protección del individuo requiere que sus disposiciones sean interpretadas y aplicadas de modo tal que sus salvaguardas resulten prácticas y eficaces. Asimismo toda

a los derechos de las partes determinados en la decisión final de la Corte. Afirmar que las medidas provisionales indicadas con base en el artículo 41 del Estatuto no son obligatorias, iría en contra del objeto y fin de ese artículo.

43. La Corte apunta que, como ya ha señalado en casos anteriores, los Estados parte tienen derecho, en virtud de una regla de derecho internacional bien establecida y de sus obligaciones convencionales, a controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros. A más de ello, el derecho al asilo político no está contemplado en la CEDH, ni en sus protocolos. (P. 65) Sin embargo, continúa diciendo que, reiterada jurisprudencia de la Corte ha sostenido que la extradición por Parte de un Estado Contratante puede dar lugar a una cuestión con base en el artículo 3 de la CEDH, y por lo tanto acarrear la responsabilidad de ese Estado en el marco de la Convención. Pero la Corte hace hincapié en que para que surja una cuestión con base en el artículo 3, debe haberse establecido que, en las circunstancias particulares del caso, existía un riesgo real de que los reclamantes estuvieran sometidos a torturas. En el caso bajo examen, la Corte considera que, a pesar de las preocupaciones que despiertan los reportes de Amnistía Internacional presentados, sólo describen la situación general en Uzbekistán. No hay nada en ellos que avale el caso específico de los reclamantes en este caso, que necesitaría estar corroborado por más evidencia. La Corte considera entonces que existe evidencia insuficiente para concluir que exista una violación al art. 3 de la CEDH.

44. La Corte, respecto de la violación del art. 6, arriba a similares conclusiones (ver nota anterior), no se ha producido evidencia necesaria para sostener que los reclamantes hayan sido privados de un juicio justo.

interpretación de los derechos y libertades garantizadas debe ser coherente con el espíritu general de la Convención, un instrumento diseñado para mantener y promover las ideas y valores de una sociedad democrática, como ya había establecido en el caso *Soering*⁴⁵.

La Corte recuerda que en su jurisprudencia está bien arraigado el principio que establece que la Convención es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales. Los artículos 25 a 46 no pueden interpretarse de acuerdo con las intenciones de los autores, que datan de hace más de cuarenta años, y máxime cuando en ese tiempo sólo una minoría de los Estados contratantes había adoptado la Convención.

Este parece ser el punto de inflexión en el razonamiento que sigue el tribunal de Estrasburgo. Es fundamental detenerse en la interpretación que hace la Corte de la propia Convención Europea de Derechos Humanos, como un instrumento vivo, al mismo tiempo que debe ser aplicada “de manera tal que las garantías consagradas en la Convención resulten efectivas y no teóricas o ilusorias”⁴⁶. Tal interpretación, que de acuerdo a las propias palabras de la Corte no es nueva, parece en este caso profundizarse. Desde hace años, la doctrina más experimentada sostiene que en cuanto a la interpretación de las normas de derechos humanos “sin abandonar la regla general de interpretación enunciada en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, ... [se debe otorgar]... preeminencia a los fines, es decir, al criterio teleológico”⁴⁷. Es necesario mantenerse dentro del régimen jurídico de la Convención de 1969. No solamente porque este instrumento constituye una garantía de interpretación y de aplicación armoniosa y general de las reglas convencionales, sino porque su flexibilidad, por el reenvío al texto y al contexto, al objeto y al fin, permite las adaptaciones necesarias y las interpretaciones que mejor corresponden a la protección acordada por el derecho. Los tratados de derechos humanos tienen un objeto y fin característico, pero además su aplicación no se limita a cancillerías gubernamentales, sino que se extiende a lo cotidiano, no conoce territorio, ni fronteras, es esto lo que vuelve su interpretación dinámica y readaptable⁴⁸. Es justamente esta

45. *Mamatkulov*, 2003, párr. 93.

46. *Mamatkulov*, 2003, párr. 94.

47. PINTO, Mónica: Exposición Panel I, *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, CARI, Buenos Aires, 2000, p. 25.

48. ROUCOUNAS, Emmanuel: *Facteurs privés et droit international public*, Tiré á part du *Recueil des cours*, tome 299 (2002), Académie de Droit International de La Haye, Martin Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2003, p. 126. Este autor no cree que se trate de tratados de una naturaleza diferente de los tratados habituales. Para él sería perjudicial para la unidad del sistema inventar nuevas categorías de tratados y de interpretaciones para los derechos del hombre.

visión dinámica y teleológica, lo que permitirá a la Corte revertir su posición, y entender que para poder brindar la protección de los derechos que consagra el sistema normativo, se debe contar con un sistema de protección eficaz, ya que un sistema que no resulte eficaz carecería de todo sentido.

Es así como en este caso la Corte deja a un lado la intención de los redactores⁴⁹ –que en el caso *Cruz Varas* resultó determinante– y se concentra en cambio en una serie de casos recientes de distintos tribunales internacionales, los que remarcaron la importancia y el objeto de las medidas provisionales y señalaron que su cumplimiento era necesario para asegurar la eficacia de las decisiones sobre el fondo del asunto⁵⁰.

Sin embargo no deja de referirse a su propia jurisprudencia, y vuelve sobre el caso *Cruz Varas*. Recuerda que en esa oportunidad se trataba de decidir si la Comisión tenía la potestad de ordenar medidas provisionales con base en el art. 25, como ya hemos comentado antes en este trabajo, la Corte subraya que en ese caso no se trataba de su propia potestad para indicar medidas provisionales, sino que se limitaba a examinar los poderes de la Comisión. A ese respecto pone énfasis en que la Comisión no podía tomar decisiones vinculantes en el caso de que un Estado Parte hubiera violado la CEDH, su tarea era preliminar, mientras que las decisiones de la Corte y el Comité, eran jurídicamente vinculantes⁵¹.

Si bien la Corte no está obligada a seguir sus precedentes, en aras de la seguridad jurídica, no debería apartarse de los mismos si no existe una razón de peso. Reitera, lo que parece ser la piedra fundamental de su razonamiento, que resulta esencial que la Convención sea interpretada y aplicada de manera tal que los derechos en ella reconocidos resulten efectivos y no meramente te-

49. Por su parte, el juez Türmen, al emitir la única opinión disidente, no encuentra fundamento legal suficiente de que exista potestad para dictar medidas provisionales de carácter obligatorio en el actual sistema de la Convención. Su fundamento está basado en artículo 31 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados que establece: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos...”, pero pone énfasis además en, el artículo 32 de la misma Convención, que admite el recurso a medios suplementarios de interpretación, incluidos los trabajos preparatorios y las circunstancias de su conclusión. Apunta, como ya comentamos antes en este trabajo, que existieron varias propuestas para introducir una cláusula en la CEDH que le confiera explícitamente la potestad a la Corte de ordenar medidas provisionales con carácter obligatorio, pero todas ellas fueron rechazadas. Ello constituye para el juez disidente una clara expresión de la intención de los Estados Parte. La *opinio iuris* de los Estados parte es contar con medidas provisionales de carácter no obligatorio, lo que no obsta a que se modifique en el futuro.

50. *Mamatkulov*, 2003, párr. 101.

51. *Mamatkulov*, 2003, párr. 104.

óricos o ilusorios. En ese orden de ideas, considera que debe mantener una posición dinámica y evolutiva. Así, dadas las circunstancias del presente caso y a la luz de los principios generales del derecho internacional, el derecho de los tratados y la jurisprudencia internacional, la interpretación del alcance de las medidas provisionales no puede desasociarse de la decisión de fondo que busca proteger.

Por lo tanto la Corte reexamina esta cuestión. Juzga de importancia señalar que antes de la entrada en vigor del Protocolo 11, la petición individual era una parte opcional del sistema de protección, que sólo podía ser considerada por la Comisión si el Estado Parte había realizado una declaración formal aceptando la competencia. Mientras que hoy en día, la petición individual ya no depende de declaración alguna por parte de los Estados, y se ha convertido en una pieza clave del sistema. Los individuos gozan ahora de un verdadero derecho de acción a nivel supranacional para hacer valer los derechos que les corresponden directamente en virtud de la CEDH⁵².

Por lo tanto del artículo 34 se desprende que los peticionantes pueden ejercitar su derecho a la petición individual de manera eficaz, es decir, los Estados Parte no deben impedir que la Corte lleve adelante un adecuado examen de la petición, y en segundo lugar aquellos que aleguen una violación al artículo 3 tienen derecho a un cabal análisis de la cuestión relativa a si una extradición o expulsión acarrearía violación del art 3. Las indicaciones de medidas con base en el artículo 39, como las del presente caso permiten llevar adelante un efectivo examen de la petición y asegurar de ese modo que la protección brindada por la Convención sea eficaz.

En el caso bajo examen, el cumplimiento de las medidas provisionales hubiera sin lugar a duda, colaborado para que los peticionantes defendieran su caso ante la Corte de Estrasburgo. En vista del deber de los Estados Parte de la Convención de prescindir de todo acto u omisión que pudiera poner en riesgo la autoridad y eficacia de la decisión final, de acuerdo con el artículo 46 de la CEDH, y a la luz de las consideraciones anteriores, la Corte entiende que la extradición de Mamatkulov y Abdurasulovic, desoyendo las medidas, tornó ilusorio el derecho de los reclamantes a la petición individual.

La Corte insiste en que las disposiciones de los tratados deben ser interpretadas de buena fe, a la luz del objeto y fin del tratado, y de acuerdo con el principio de efectividad. Esta regla resulta aplicable también a las medidas

52. *Mamatkulov*, 2003, párr. 105 y 106.



regulatorias que deben ser interpretadas a la luz del tratado con el que están vinculadas.

La Corte concluye entonces, que un Estado Parte de la CEDH al que se le indicaran medidas provisionales con el objeto de evitar que un daño irreparable sea causado a la víctima de una supuesta violación, debe cumplir con las mencionadas medidas y prescindir de cualquier acto u omisión que ponga en peligro la autoridad y efectividad de la sentencia final. Consecuentemente Turquía ha violado sus obligaciones del artículo 34 de la CEDH.

El fallo de la Gran Sala

El 4 de febrero de 2005, la Gran Sala de la Corte Europea confirmó el fallo Mamatkulov, el razonamiento seguido en esta sentencia es prácticamente el mismo que comentamos hasta aquí, por lo que nos concentraremos únicamente en algunos párrafos que agrega la Gran Sala para reforzar su posición.

En esta nueva sentencia la Corte explica cual es el verdadero objeto de las medidas provisionales. Señala que en casos como el presente, en los que existe para el peticionante la posibilidad de que uno de los derechos que la Convención le otorga sufra un daño irreparable, el objeto de las medidas provisionales es mantener el *statu quo* hasta tanto la Corte determine si esa medida es justificada. El resultado que busca el peticionante es preservar su derecho consagrado en la Convención, antes de que tal derecho sufra un daño irreparable. Consecuentemente la medida provisional es perseguida por el peticionante, y otorgada por la Corte, con el fin de facilitar el ejercicio efectivo del derecho a petición individual consagrado en el art. 34 de la Convención, ello en el sentido de preservar la cuestión planteada en la petición, cuando la misma parece correr un riesgo de sufrir un daño irreparable por los actos u omisiones del Estado contra el que se realiza el reclamo.

Considera entonces la Corte que en el presente caso, la extradición de los peticionantes a Uzbekistán, impidió a la Corte establecer adecuadamente si los peticionantes eran efectivamente expuestos a un riesgo de maltrato y en el caso de que así fuera, poder implementar eficazmente las salvaguardas de la Convención, como lo requiere su objeto y fin⁵³.

La Gran Sala interpreta la CEDH a la luz del artículo 31, 3 (c) de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, que establece “3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: c) toda forma pertinente de dere-

53. *Mamatkulov*, 2005, párr. 108.

cho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. La Corte entiende que debe determinar la responsabilidad de los Estados de acuerdo con los principios de derecho internacional, y teniendo en cuenta la especial naturaleza de la Convención como instrumento para la protección de derechos humanos. En este orden de ideas pasa a analizar la jurisprudencia de otros Tribunales Internacionales, tal como lo había hecho ya la Sala en su momento⁵⁴.

La Corte observa que La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura, aunque operan con base en normas distintas que las de la Corte Europea, han confirmado en fallos recientes, que uno de los objetivos esenciales de las medidas provisionales es la preservación de los derechos de las partes cuando éstos corren el riesgo de sufrir un daño irreparable. Puede afirmarse que, cualquiera sea el sistema legal en cuestión, la correcta administración de justicia requiere que no se realice ninguna acción irreparable en tanto el procedimiento esté pendiente ante el Tribunal.

En esta oportunidad la Corte recurre a la noción de “remedio efectivo”. Esta noción a la luz del artículo 13, que 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”, requiere un remedio capaz de prevenir la ejecución de medidas que son contrarias a la Convención y cuyos efectos son potencialmente irreversibles. En consecuencia, de acuerdo con el art. 13 tales medidas deben ejecutarse, antes de que las autoridades nacionales hayan examinado si son compatibles con la Convención. Cuesta entender por que este principio de efectividad de los remedios para la protección de los derechos humanos de un individuo no debe ser considerado como un requisito inherente a la Convención en procedimientos internacionales ante la Corte, cuando resultan aplicables a los procedimientos en los derechos internos.

La indicación de medidas provisionales por la Corte Europea permite no sólo llevar adelante un examen acabado de la petición, sino además, asegurar que la protección otorgada por la Convención al peticionante resulte eficaz. Tales medidas permiten al Estado involucrado cumplimentar su obligación de cumplir con la sentencia final de la Corte, que es jurídicamente vinculante de acuerdo con el art. 46 de la Convención. Por lo tanto los efectos de las medidas provisionales indicadas a un Estado, deben ser examinados a la luz de las

54. *Mamatkulov*, 2005, párr. 109.



obligaciones que le son impuestas a los Estados Parte por los artículos 1 (obligación de respetar los derechos humanos), 34 (demandas individuales) y 46 (fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias) de la CEDH⁵⁵.

Como conclusión la Corte reitera que en virtud del artículo 34 de la CEDH, los estados Parte se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz del derecho a petición individual. El incumplimiento de las medidas provisionales debe ser entendido como un impedimento para que la Corte examine acabadamente la petición y un obstáculo para el efectivo ejercicio del derecho a petición individual, y por lo tanto como una violación al artículo 34 de la Convención.

Como se desprende de los párrafos comentados, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha sufrido una notable evolución. La Gran Sala definitivamente ha revertido la jurisprudencia del caso *Cruz Varas*. Sin embargo respecto de los efectos de las medidas provisionales resulta fundamental realizar algunas observaciones.

En primer lugar, cabe señalar que estando el caso aún pendiente de consideración por la Gran Sala, se había afirmado⁵⁶ que la sentencia de la Sala 1, en el presente caso no implicaba, que si un Estado decidía desoír las indicaciones sobre medidas provisionales, ello automáticamente constituía una violación al artículo 34 de la Convención. Aparentemente la Corte se reservaba la posibilidad de decidir este caso por caso. Así, en *Öcalan el Turquía*⁵⁷, tras confirmar el carácter obligatorio de las medidas provisionales –aunque sin hacer referencia al caso *Mamatkulov*– no considera que haya existido una violación al derecho de petición individual.

A pesar de que la sentencia de la Gran Sala pareciera reiterar los términos del fallo del 2003, la lectura de la opinión separada del Juez Cabral Barreto parece sugerir que la mayoría llega a una conclusión diferente, el juez dice que si ha entendido correctamente el razonamiento de la mayoría, el mero hecho de que un gobierno haya incumplido con la indicación de medidas provisionales constituye *per se* una violación del artículo 34 de la Convención⁵⁸. Este magistrado no está de acuerdo con esta violación “mecánica” del artículo 34 de la Convención, ya que considera que existen muchas situaciones en las que a pesar de que el Estado involucrado incumpla las medidas

55. *Mamatkulov*, 2005, párr. 124 a 126.

56. HAECK: *op. cit.*, p. 663.

57. *Öcalan v. Turkey*, Application n° 46221/99 Decisión del 12 de marzo de 2003, véase comentario en HAECK, p. 663.

58. Ver opinión separada del Juez Cabral Barreto, *Mamatkulov*, 2005.

provisionales, la Corte esté en condiciones de realizar un examen acabado de la petición y que no exista obstáculo para el ejercicio efectivo del derecho a petición individual. Da como ejemplo un caso de detención, en el que el detenido esté sufriendo de una grave enfermedad en condiciones que puedan enmarcarse en el artículo 3, y que justifiquen la indicación de medidas provisionales, en este caso el incumplimiento por parte del Estado de las medidas indicadas podría dar lugar a una violación del artículo 3, pero no del artículo 34.

La segunda observación es aún más interesante, y es sugerida en la opinión disidente de los jueces Caflish, Türmen y Kovler. La minoría apunta que si el carácter de las medidas provisionales deriva de la necesidad de otorgarle plenos efectos al derecho de petición individual consagrado en el art. 34, ¿cuál será la situación en los casos entre Estados? ¿Las medidas indicadas en esos casos continuarán siendo opcionales? ¿O serán consideradas obligatorias, por analogía, para otorgarle la mayor plenitud de efectos posible al artículo 33 de la CEDH (Asuntos entre Estados)? Este comentario revela que no está todo dicho respecto de los efectos de las medidas provisionales en la Corte Europea de Derechos Humanos. Hasta ahora los casos paradigmáticos han tratado específicamente la obligatoriedad de las medidas provisionales con relación al artículo 34 de la Convención. Habrá que esperar a ver como se comporta en el futuro la Corte ante otro tipo de situaciones.

Sólo resta ahora realizar un repaso de la esmerada opinión disidente de la Gran Sala. Estos jueces, consideran que de la propia jurisprudencia de la Corte Europea se desprende que la Corte puede interpretar las disposiciones de la Convención, pero ello no significa que, a través de la interpretación puede, incorporar nuevas normas a la misma, y ello ni siquiera en el caso de que exista una práctica generalizada en el sentido deseado, hasta tanto dicha práctica no sea uniforme y está acompañada por la *opinio iuris* correspondiente. Sólo los Estados Parte en su conjunto pueden enmendar la Convención.

En este orden de ideas, critican que la Corte se haya apoyado en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso *LaGrand*, ya que en esa oportunidad la CIJ estaba llamada a interpretar su propio tratado constitutivo, el art. 41 del Estatuto. Indudablemente los Estados parte del Estatuto han aceptado voluntariamente el artículo y están obligados por el mismo, pero ese no es el caso de la regla 39 del Reglamento de Procedimiento de la Corte Europea. No existe una disposición sobre medidas provisionales en la Corte Europea y ni el art. 26 d, que habilita a la Corte a dictar su reglamento, ni el art 34, resultan suficientemente vinculados a la cuestión para llenar una laguna en la



Convención instituyendo medidas provisionales obligatorias *ex nihilo*, imponiendo de esa manera a los Estados parte una obligación sin su consentimiento. Para la minoría hay una marcada diferencia entre la mera interpretación de un tratado y su enmienda, entre el ejercicio de funciones judiciales y las funciones legislativas, y esto último es lo que, a su entender, hizo la mayoría en el caso *Mamatkulov*⁵⁹.

Se ha dicho que el derecho de petición individual establecido en el art. 34, no tendría sentido si no se le confiere a la Corte la potestad para dictar medidas provisionales obligatorias, y que, por lo tanto para alcanzar el objeto y fin del mencionado artículo, resulta indispensable aceptar el carácter vinculante de tales medidas. Aun más, se ha dicho que tanto en el ámbito interno como en el internacional, un derecho de petición sin posibilidad de indicación de medidas provisionales obligatorias, no es un derecho eficaz. Ello, para los jueces disidentes, podrá ser así en el ámbito interno, en el que prevalece el principio de jurisdicción obligatoria de los tribunales. Sin embargo no consideran que sea así en el ámbito internacional, en el que la jurisdicción es voluntaria, y los Estados que se someten a ella pueden limitar su alcance, por ejemplo no incluyendo disposiciones sobre el carácter vinculante de las medidas provisionales.

Por último analizan la existencia de una costumbre o un principio general de Derecho que habilite a la Corte a tomar medidas provisionales obligatorias aun en ausencia de una disposición de la Convención en ese sentido. A lo que ya hicimos referencia en el apartado 5.

Finalmente para la minoría concluir que la Corte Europea tiene la potestad, de *lege lata*, para indicar medidas provisionales obligatorias es *ultra vires*. Tal potestad puede resultar deseable, pero es decisión de los Estados Parte conferirla o no.

7. CONCLUSIÓN

Un sistema instituido para la protección de derechos humanos requiere, sin lugar a dudas, ciertas salvaguardas para asegurar que la decisión final del Tribunal no resulte ineficaz por haberse producido ya un daño irreparable. Debe tenerse en cuenta que pueden pasar varios años entre el comienzo de los procedimientos y la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, y

59. *Mamatkulov*, 2005, opinión disidente de los Jueces Caflisch, Türmen, y Kovler, párr. 10 a 12.



ello puede significar en algunos casos que la sentencia tenga un carácter meramente abstracto y de ningún interés para la persona cuyos derechos han sido violados⁶⁰.

La sentencia del caso *Mamatkulov*, en consonancia con muchos otros fallos de distintos Tribunales Internacionales, muestra que la posición tradicional, basada en una interpretación estrictamente legalista que consideraba a las medidas provisionales como no obligatorias, ya no parece ser adecuada⁶¹. Una aproximación dinámica y evolutiva para interpretar los tratados de derechos humanos, con especial atención en el fin que éstos persiguen, pareciera ser la apropiada para asegurar la máxima protección para las personas en riesgo.

La Corte Europea, pone esta vez todo el énfasis en el objeto y fin, no sólo de la Convención sino del sistema de protección de derechos humanos en general. Quizás una evolución en esta líneas tenía en mente Shaw cuando, refiriéndose al fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso *LaGrand*, aseguró que esa decisión clara y unánime de que las medidas provisionales son obligatorias tendría seguramente un impacto significativo⁶².

El derecho internacional en general está sufriendo cambios y el ámbito de los derechos humanos no ha se ha mantenido al margen de esa evolución. La Corte Europea se suma con esta sentencia a la tendencia de otros Tribunales Internacionales. Sin embargo creemos, como hemos apuntado antes, que la Corte Europea no ha resuelto aún el debate relativo a los efectos de las medidas provisionales indicadas en los procedimientos ante ese Tribunal, sólo parece haberse definido la cuestión en relación con las demandas individuales, mas no parece resultar automáticamente aplicable a otros procedimientos. Queda esperar y ver cuál será la posición que tome la Corte en sus futuras sentencias.

60. BERNHARDT: *op. cit.*, p. 95.

61. NALDI, Gino J.: "Interim Measures in the Human Rights Committee", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (April 2004), p. 454.

62. SHAW, Malcolm: *International Law*, 5ª edición, Cambridge University Press, 2003, p. 990, "this clear and unanimous decision that provisional measures orders are binding is likely to have a significant impact".