

## PRESENTACIÓN

### REFLEXIÓN SOBRE LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN LA JURISDICCIÓN INTERAMERICANA

Dr. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ\*

Mi apreciado colega y amigo ERNESTO REY CANTOR, distinguido jurista colombiano, ha tenido la gentileza de solicitarme una presentación para la obra *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*, que escribió conjuntamente con la joven abogada ÁNGELA MARGARITA REY ANAYA. El valioso libro que tiene el lector en sus manos, y que debemos al talento y esmero de ambos —padre e hija, maestro y alumna— se agrega, con excelentes títulos, a la creciente bibliografía que informa sobre ese sistema, construido a partir de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos: medio siglo, pues, de empeño por establecer, con naturalidad y firmeza, tanto el derecho como la costumbre de los derechos humanos en nuestra América. Empeño benéfico que ha enfrentado y enfrentará todavía, sin duda, obstáculos poderosos. Para que aquellos imperen, se requiere una cultura —culto y cultivio— que les permita florecer con suficiencia.

El profesor REY CANTOR suele invocar la autoridad de PIERO CALAMANDREI, invocación pertinente sobre todo en una obra dedicada a las medidas precautorias, tema transitado por el ilustre procesalista italiano. Evoquemos, pues, a CALAMANDREI cuando observa que no basta, para que haya democracia, con la razón codificada de los preceptos. Es necesario —advierte— que detrás de la ley fundamental “se encuentre la laboriosa presencia de las costumbres democráticas con las que se pretenda y se sepa traducirla, día a día, en una concreta, razonada y razonable realidad”. Esta afirmación, depositada en la breve obra *Proceso y democracia*, fruto de una serie de conferencias dictadas en la ciudad de México, se puede aplicar al tema de los derechos humanos. Estos requieren una circunstancia que los reciba, los desenvuelva, los preserve, los engrandez-

\* Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, profesor en la Facultad de Derecho y miembro de la Junta de Gobierno de la Universidad Nacional Autónoma de México.

ca. A ella contribuye el sistema interamericano, fincado en ciertas piezas fundamentales a las que me referiré adelante. De estas dependen la vitalidad y la vigencia del sistema, y en todas ellas se ha puesto la esperanza de que este venza las limitaciones que enfrenta y extienda sus virtudes a las naciones que en él encuentran el punto culminante, por ahora, de un orden tutelar que comienza en la jurisdicción doméstica y culmina en la justicia internacional.

El tema de esta obra, que se publica en Colombia cuando la Corte Interamericana cumple veinticinco años de labor constante y creciente en San José de Costa Rica, cubre uno de los ámbitos más interesantes, dinámicos y promisorios de la jurisprudencia interamericana. Mucho se ha caminado en el espacio de las medidas provisionales, y mucho más se andará todavía. En esta marcha algunas cuestiones aparecen resueltas y otras más se hallan pendientes de mayor exploración y mejores soluciones. Aquella y estas aparecen en las páginas de la documentada monografía de REY CANTOR y REY ANAYA.

Lo que importa a los destinatarios de esas medidas, seres humanos de carne y hueso, cosa que a veces se olvida, es su eficacia práctica. En otros términos, lo que realmente interesa es la forma en la que esas medidas han contribuido —bajo la doble versión de cautelares, encomendadas a la Comisión Interamericana, y provisionales, asignadas a la Corte— a preservar derechos fundamentales en los que se refugian bienes jurídicos que sostienen la vida humana y le confieren calidad y sentido. Las medidas son el escudo inmediato contra la agresión inminente: detienen la violencia y el arbitrio, y de esta suerte permiten que el procedimiento siga su curso y el individuo se mantenga, entre tanto, a salvo. Si efectivamente han concurrido a preservar la existencia amenazada, la libertad en riesgo, la seguridad que peligró, habrá valido la pena todo el esfuerzo aplicado por hombres y mujeres de buena voluntad, que por su conducto amparan esos bienes preciosos.

He comentado con el profesor REY CANTOR el contenido de esta presentación. Con ella no pretendo formular solamente el merecido elogio del libro y de los autores, que no necesitarían de mis palabras para atraer el interés de sus lectores, sino apenas acompañar las reflexiones que don ERNESTO y doña ANGELA MARGARITA llevan adelante en torno a las medidas en el sistema interamericano, y especialmente en la experiencia y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Este acompañamiento me permitirá mencionar algunos puntos que la obra examina con detalle, suscitados por los requerimientos de protección inmediata y acogidos en la jurisprudencia de la Corte. Me referiré, por tanto, a algunos extremos que estimo relevantes, no sin antes reconocer la modestia de mi trabajo y destacar los méritos del libro que ahora presento, en el que se da cuenta minuciosa sobre la formación del sistema interamericano, la integración y competencia de sus órganos, el régimen de los tratados internacionales y las obligaciones que de éstos resultan para los Estados, todo ello como marco para el posterior examen normativo, doctrinal y jurisprudencial de las medidas, tanto provisionales como cautelares.

La finalidad del proceso en una sociedad democrática es hacer justicia. Esto implica que se ponga al servicio del justiciable el acceso formal a la justicia (posibilidad de hacer valer las pretensiones, probar los hechos e invocar la razón jurídica que le asiste) como medio necesario y suficiente para acceder a la justicia material (satisfacción de las pretensiones a través de una sentencia justa), una vez que se han agotado otras vías para alcanzar este objetivo o un sustituto razonable y admisible. Ahora bien, aquello requiere preservar las condiciones prácticas para que la justicia se realice, esto es, las condiciones que permitirán tener, de veras, acceso a la justicia formal y conseguir, también verdaderamente, la justicia material que se demanda.

Es menester, en consecuencia, contar con instrumentos de preservación que aseguren, mientras el conocimiento se desarrolla y culmina en la sentencia definitiva, que habrá proceso, que este alcanzará los fines que pretende y que la solución judicial de la controversia será realmente ejecutable. De lo contrario, el proceso devendría ilusorio y la sentencia constituiría un mero ejercicio intelectual, sin sentido práctico. La preservación tiene que ver con los participantes en general, con los sujetos de la relación jurídica controvertida (demandante y demandado, actuales o potenciales), con el objeto del juicio y con la ejecutabilidad de la sentencia. Los tratadistas se internan en este campo cuando clasifican las medidas, y desde luego las analizan, conforme a ciertos criterios: sujetos y derechos que se deben proteger.

No se trata, por supuesto, de anticipar o sustituir la solución de fondo, que está en el futuro, sino de dar sentido práctico, en el presente, a la resolución que se espera, cualquiera que sea su contenido. Esto debiera tenerse en cuenta cada vez que se solicita, se analiza o se resuelve una medida: gobernada por la urgencia, tiene cierto alcance estricto. La decisión sobre los derechos controvertidos y la mejor manera de preservarlos o reparar los daños que su violación produce se halla en otra etapa y otros actos del enjuiciamiento. Conjurada la situación que apremia, porque hay *periculum in mora*, vendrá el momento de ir al fondo del conflicto y disponer soluciones más extensas y profundas. En el campo que nos ocupa “el objeto de las medidas cautelares o provisionales —escriben REY CANTOR y REY ANAYA— es el de proteger derechos humanos ante *amenazas* por parte del Estado, o por particulares con la aquiescencia, tolerancia, beneplácito u omisión del Estado, o por un Estado dentro de la ‘jurisdicción’ de otro Estado”, caracterización que refiere el alcance subjetivo-activo que los autores reconocen a la fuente de las amenazas.

En esta materia se han empeñado la ciencia, la regulación y la práctica del proceso. De ahí que junto a las instituciones que se ocupan de la etapa y los actos de conocimiento, o de otros extremos procesales, como la ejecución, se haya puesto cuidado en las que gobiernan la preservación de los participantes y del objeto del proceso. Es así que se habla de una pretensión y de una acción preventivas, precautorias o cautelares, de un procedimiento de la misma naturaleza, de unas resoluciones que poseen ese carácter. Todo ello ha dado lugar a la

reflexión académica y práctica sobre las medidas preventivas, denominadas de diversa manera, cuyo estudio integra uno de los capítulos más importantes y atractivos del derecho procesal moderno.

Cada expresión del proceso —habida cuenta de que todas provienen de un mismo tronco, que les confiere datos comunes y las armoniza como secciones de un sistema— ha desenvuelto instrumentos precautorios propios, atentos a los objetivos específicos o a las circunstancias particulares que las caracterizan, generalmente determinados, unos y otras, por la naturaleza de la relación jurídica material que se agita en el enjuiciamiento. En el civil y en las variantes que de él derivan, las más numerosas, es frecuente que las medidas cautelares tengan contenido patrimonial. En el penal, lo es que repercutan sobre las personas: sobre la libertad personal del justiciable. En el constitucional, es habitual que se dirijan a impedir el ejercicio de la autoridad, que de otra suerte se desplegaría inmediatamente. Desde luego, esta es la tendencia, representa el énfasis, el mayor acento, porque en ninguna de esas vertientes procesales son desconocidas las instituciones que destacan en la otra. Por ejemplo, también en materia civil se echa mano de cautelas personales —el arraigo, el depósito de personas—, y en el orden penal se acude a precauciones patrimoniales —cauciones, aseguramiento de objetos—.

Por supuesto, el interés y la vigencia de esta vertiente del enjuiciamiento no se reducen al orden jurídico interno. Lo tienen, no menos, en los sistemas de enjuiciamiento internacional: los que se plantean a propósito de las contiendas entre Estados, como son los suscitados ante la Corte Internacional de Justicia —y, eventualmente, ante jurisdicciones arbitrales—; los que resuelven litigios entre individuos y Estados, como los procesos ante las Cortes Europea o Interamericana de Derechos Humanos, o los que conocen las imputaciones en contra de individuos por la probable comisión de graves delitos de alcance internacional, como sucede en los actuales Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda o en la naciente Corte Penal Internacional. En todos estos casos existe un conjunto de medidas cautelares a la mano de los tribunales para asegurar la buena y segura marcha del enjuiciamiento, la sumisión de los contendientes a la justicia, la preservación de la materia sobre la que surge la controversia.

Al cabo de muchas propuestas, no pocos proyectos y múltiples gestiones jurídicas y políticas, fue posible establecer una jurisdicción regional sobre derechos humanos en nuestra América. Se entraba, también aquí, en la segunda etapa de protección de esos derechos: primero, la declaración o proclamación, a la que se sumaría el pacto de reconocimiento, que fincaría la titularidad de derechos particulares y la asunción de obligaciones estatales; y más tarde, la construcción de garantías al alcance de los titulares de esos derechos —tal es la aspiración fundadora—, para recuperarlos, protegerlos, asegurarlos, favorecerlos. Así se cumplían las dos etapas que encuentra BOBBIO en esta era favorable a los derechos humanos.

La presente obra examina el curso formativo del sistema. El paso inicial corrió a cargo de las Declaraciones: la Americana, de 1948, meses antes de la Universal, del mismo año; y los tratados: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, o Pacto de San José, seguido de otros instrumentos. En el Viejo Continente se había caminado con mayor presteza, fresco aún el severo recuerdo de la segunda guerra, que arrolló, como nunca antes, los derechos humanos y la democracia: en 1950 se suscribió en Roma el Convenio en materia de derechos y libertades fundamentales, y a su amparo se establecieron la Comisión y la Corte Europeas de Derechos Humanos. En el orden internacional plenario surgieron los Pactos de 1966, acerca de derechos civiles y políticos, uno, y económicos, sociales y culturales, otro.

El sistema americano, previsto desde la celebración de la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, en Chapultepec, México, con la que los pueblos americanos querían mirar hacia el porvenir, instituyó también una Comisión y una Corte Interamericanas de Derechos Humanos, establecidas no obstante la reticencia, los escollos y las advertencias que surgieron en su camino. Fue así como se creó un sistema protector de los derechos humanos en esta porción del mundo, que cuenta, para su operación efectiva, con varias piezas o componentes: personajes indispensables de una sola obra. Estos, que mutuamente se solicitan, son los Estados, primer frente de la tutela —o no— de los derechos humanos; la entidad que los reúne: hoy, la Organización de los Estados Americanos, que ha incluido a la cabeza de sus prioridades políticas el engrandecimiento y la protección de los derechos humanos; la Comisión Interamericana, *ombudsman* o fiscalía, promotora y defensora de esos derechos; la Corte Interamericana, instancia protectora del más alto rango, verdadero tribunal, emisor de sentencias vinculantes; y las personas e instituciones que integran, en un dilatado horizonte, la sociedad civil —como hoy se llama al pueblo— de nuestros países, cada vez más atentas y dispuestas a la tarea tutelar de los derechos, condición de vida digna, no solo existencia, de los ciudadanos.

Este conjunto tutelar, en su dimensión promotora y procuradora, por una parte, y jurisdiccional, por la otra, se desenvuelve al amparo de un régimen procesal que tiene diversos componentes. En el fundamento se halla la Convención Americana, que confiere atribuciones, traza los lineamientos básicos del enjuiciamiento y prevé los actos principales del proceso. A la Convención siguen los Estatutos y los Reglamentos de la Comisión y de la Corte: sobre todo los reglamentos, varias veces sustituidos o reformados, en los que se ha depositado, como ocurre en otras jurisdicciones internacionales, buena parte del procedimiento. Hasta ahora, la Corte ha contado con cuatro reglamentos, emitidos por el pleno de los jueces, además de diversas reformas.

Igualmente hay que tomar en cuenta la práctica y las resoluciones de la Comisión Interamericana, que expresan el papel y la experiencia de este importante organismo en la etapa procesal que le compete: una vez que se ha presentado una queja o denuncia, conforme a la amplísima legitimación que autoriza

la Convención Americana, y hasta la formulación de la demanda, en su caso; y las resoluciones y sentencias de la Corte Interamericana, con eficacia vinculante —aceptada por los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de aquella, no a pesar de la soberanía nacional, sino en ejercicio de esta—, así como las opiniones consultivas emitidas por ese tribunal, que han contribuido señaladamente a la formación de la doctrina jurídica interamericana y comienzan a influir, con creciente relevancia, en las decisiones legislativas y jurisdiccionales de los Estados americanos.

En este marco procesal hay espacio para los instrumentos precautorios que son el tema de la obra de los maestros colombianos. Es necesario que ese espacio exista, precisamente como lo es en el orden interno: por los mismos motivos y con idénticas razones. No podría ser de otra forma. Mientras se resuelve una queja ante la Comisión Interamericana o un proceso ante la Corte, es preciso asegurar, como antes dije, el acceso a la justicia formal y material con medios que preserven la actividad de los participantes, protejan la materia del procedimiento, aseguren la ejecución de las recomendaciones o de las resoluciones, todo ello con el objetivo último y más elevado: la protección de los derechos humanos. De ahí que la normativa interamericana acoja esos medios precautorios a todo lo largo del procedimiento. En un momento, bajo el rubro de medidas precautorias, instituidas por el Reglamento de la Comisión Interamericana; en otro, bajo el concepto de medidas provisionales, previstas por la Convención Americana y atribuidas a la Corte.

Ambos medios o medidas tienen un sustento común —una racionalidad, unos motivos, un fundamento— y obedecen a una sola intención. De ahí que pudieran recogerse bajo el mismo nombre, aun cuando la identificación y sistematización de aquellos han sugerido denominaciones diferentes. En rigor, todos son instrumentos “cautelares”, si nos atenemos a la raíz y fundamento, al propósito y sentido del conjunto: protección, preservación, “cautela”. Y todos son medios o medidas provisionales, si consideramos su conexión con el tema de fondo, ante la Comisión o ante la Corte, y su vigencia: en efecto, se adoptan de manera provisional, precaria, temporal, no definitiva, en espera de que haya decisión de otro carácter: definitiva, firme, duradera, que solo provendrá de la solución alcanzada en el marco de la Comisión o resuelta bajo la jurisdicción de la Corte. No obstante esa identidad sustantiva, ha sido útil el deslinde, que sería cuestionable en técnica estricta, para fijar las fronteras de unas y otras. Por lo demás, puede y suele haber continuidad entre ambas: las cautelares pueden dar paso a las provisionales, cuando no basta con aquellas, hallándose el asunto en una etapa anterior al período jurisdiccional, o cuando el litigio ha entrado en el conocimiento del tribunal.

Un punto que conviene tener presente es que la tutela original y obligatoria de los bienes y derechos no proviene ni puede provenir de las disposiciones de un tratado internacional o de las resoluciones de un organismo transnacional, jurisdiccional o político. Estas son disposiciones o instancias de refuerzo,

sumamente importantes y ciertamente imperativas, en mérito de los deberes internacionales asumidos por el Estado. Empero, es este, por la naturaleza misma de las cosas, origen y finalidad de la organización política que encarna en el Estado, y por determinación de su propio orden jurídico interno, el primordial obligado a reconocer, respetar y garantizar los derechos de los individuos que se hallan sometidos a su jurisdicción.

Este reconocimiento, respeto y garantía se proyectan tanto sobre el comportamiento activo o la conducta omisiva del Estado mismo, como sobre la actividad o inactividad de personas situadas igualmente dentro del espacio jurisdiccional, *lato sensu*, de un Estado. Este no puede excusarse del cumplimiento de deberes internacionales aduciendo que las transgresiones provienen de particulares, no de agentes estatales, si ha sido omiso o negligente en la observancia de sus propios deberes de custodia o, peor aún, complaciente frente a los excesos en que incurran otros sujetos, cuyo comportamiento violatorio hallaría sustento en la negligencia, la aquiescencia o el patrocinio del poder público. Es así que puede surgir una responsabilidad internacional del Estado, derivada, como se puntualiza en esta obra, de “una acción u omisión de los agentes del Estado, con las cuales se violen las obligaciones de respetar los derechos humanos reconocidos en el tratado o convención internacionales y de garantizar su libre y pleno ejercicio, o que el Estado no adopte las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos”.

En fin, las medidas provisionales no hacen otra cosa —que no es poca cosa— que introducir un reforzamiento, un énfasis, un acompañamiento con respecto a obligaciones naturales del Estado, de hacer o de no hacer. De ahí que el incumplimiento por parte del Estado de deberes internacionales de custodia podrá ser visto, en primer análisis, como un incumplimiento inmediato de los deberes de protección y respeto que proviene de la norma fundamental interna en una sociedad democrática.

Aquí me referiré mayormente, por obvias razones, a las medidas provisionales que se requieren de la Corte Interamericana y que esta dicta —o niega— en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales. La existencia de esta potestad, al lado de otras que posee el tribunal internacional y que actúa cotidianamente, lleva a inquirir por el conjunto de facultades que este tiene en el marco de su función jurisdiccional. Una revisión de aquellas permite identificar, quizás, cuatro dimensiones de la jurisdicción de la Corte. Esta cuenta, en primer término, con una competencia consultiva, a la manera de otros tribunales internacionales y algunos domésticos, de más amplio alcance, subjetivo y objetivo —es decir, en función de los legitimados para ponerla en movimiento y de las cuestiones que puede abarcar— que la correspondiente a esos otros tribunales. Luego la Corte se halla investida de competencia para conocer litigios entre partes y proveer la solución imperativa que corresponda. Esta es su misión característica, la más conocida y hoy transitada.

Asimismo, el tribunal posee una competencia ejecutiva, ciertamente recordada, puesto que no cuenta con medios propios para asegurar la ejecución de sus resoluciones, pero indudable y necesaria, que algunos colocarían en el marco de la competencia contenciosa. Y también cuenta con lo que se podría llamar una competencia preventiva, que se manifiesta a través de las medidas provisionales y que igualmente se acostumbra analizar en el marco de las atribuciones contenciosas, sin tomar en cuenta su posible autonomía, toda vez que el desempeño de la función preventiva puede plantearse sin que se haya suscitado todavía la cuestión de fondo por una demanda formal que ponga en marcha el proceso de conocimiento. Esta última competencia, traducida en aquellas medidas, es la que ahora nos interesa.

Coincido con los profesores REY CANTOR y REY ANAYA cuando señalan que “la medida provisional no es una institución procesal que exclusivamente forme parte de la competencia contenciosa de la Corte, porque si bien en ejercicio de esta se podrá decretar esta medida (cuando el caso se encuentre en conocimiento de la Corte), también podrán tomarse por esta cuando se trate de un asunto sometido al conocimiento de la Comisión; por ello es que consideramos la institución como un aspecto procesal aledaño al procedimiento y, por ende, vendría a ser una función autónoma de la Corte, esté o no conociendo de un caso”.

El precepto sobre medidas provisionales es el artículo 63.1 de la Convención Americana, cuya primera parte determina: “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”. Este fragmento contiene las previsiones sustanciales más importantes; el siguiente, que examinaré adelante, se refiere a ciertos extremos procesales. Ante todo, vale recordar que la norma reglamentaria que informa las facultades de la Comisión para disponer medidas cautelares no carga el acento sobre el cuadro “intenso” que justifica estas: omite la palabra “extrema”, y alude solo a gravedad y urgencia. Esta menor exigencia se traduce, naturalmente, en mayor espacio para el posible aseguramiento.

Como se ve, el eje de esta disposición, como el de la Convención en su integridad, es la “persona”. Lo que se quiere es evitar daños a las personas. Y no olvidemos que la Convención, que es el ordenamiento rector de la Corte, dice con claridad —lo cual pudiera ser discutible de *lege ferenda*, pero terminante de *lege lata*— que “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” (art. 1.2). Este asunto no es insignificante. Hay que proyectarlo sobre diversos ámbitos, como ya ha ocurrido: tales, los derechos protegidos —si individuales o colectivos—, la persona que debe comparecer en juicio a título de víctima —si física o moral—, el alcance de las medidas provisionales, al que *infra* me referiré. Cuando se ha promovido este tema, la Corte ha sabido mirar hacia los derechos individuales, que tutela el Pacto de San José, y hacia las víctimas individuales, que son los sujetos acreedores a la protección, como titulares de los derechos reconocidos por el Pacto. Pero el tribunal lo ha hecho sin perjuicio



de observar, a través de ese cristal, las personas colectivas y los derechos de la misma naturaleza en las que se integra o en los que participa el sujeto, como ser social vinculado a cierta circunstancia humana, cultural, histórica, que no lo aísla, sino lo comunica y caracteriza, y siempre consciente de que la protección de derechos individuales pasa por la tutela de derechos colectivos, que pueden ser condición y factor de aquellos.

Los fundamentos para la adopción de medidas provisionales son varios: extrema gravedad “y”, copulativamente —no “o”, alternativamente—, urgencia, asociados a la irreparabilidad de los daños que es necesario evitar. Gravedad es severidad del daño inminente, profundidad; en otros términos, alcance profundo o intenso de la lesión que puede inferirse al derecho o al bien jurídico que este ampara. Se necesita, en suma, que haya efectiva probabilidad de privación de la vida o de la integridad física, por ejemplo. No bastaría, así, un eventual daño menor, que no se extienda a aspectos esenciales o radicales del bien jurídico preservado: además, es preciso que haya “urgencia”, esto es, que sea menester actuar sin demora, porque de lo contrario se produciría inmediatamente el daño que se pretende impedir. Si este se presentara, según toda probabilidad, en un futuro más o menos distante, no sería posible hablar de urgencia y no se justificaría, conforme a la Convención, la medida solicitada.

Prevé también el artículo 63.1 que la extrema gravedad y urgencia se hallen vinculadas a otro dato: que sea necesario evitar daños irreparables a las personas. Esta expresión permite distinguir entre las hipótesis en las que “no es necesario” evitar daños y aquellas en las que “es necesario” evitarlos. No parece razonable suponer que en algún supuesto no sea necesario impedir los daños, a no ser que se trate de daños causados legítimamente —lo cual, por otra parte, conduce al fondo del asunto, que es un supuesto distinto del que ahora examino— o que estos puedan impedirse de una manera distinta: por ejemplo, cuando existe compromiso formal del Estado, bien acreditado, de proveer por sí mismo a la evitación del daño.

No es admisible sostener que el daño grave solo se plantea cuando vienen al caso los bienes de mayor jerarquía objetiva, como la vida misma, y que fuera de estos casos ningún daño sería verdaderamente grave ni se podría combatir mediante medidas cautelares o provisionales. La Convención extiende el beneficio de las medidas a todos los derechos, sin salvedad: todos, en efecto, pueden ser lesionados en forma grave, y en todos los casos puede plantearse la urgencia y suponerse la irreparabilidad del daño, tema que abajo examinaré. Las medidas provisionales son un escudo para la protección integral del conjunto de los derechos. En otra oportunidad, que los autores de este libro se sirven citar, he manifestado que “la gravedad del caso no se desprende solamente de la naturaleza más o menos relevante del bien que se halla en peligro, pues si así fuera solo habría lugar a la adopción de medidas cuando aquel fuese la vida, la libertad o la integridad, sino de la intensidad del riesgo al que se sujeta el bien tutelado,

cualquiera que sea la identidad de este. Así las cosas, se abre la posibilidad de disponer medidas precautorias respecto a cualesquiera derechos reconocidos por la Convención”.

Por supuesto, cada hipótesis que se plantee debe ser contemplada en sus propios términos: esto es, la gravedad, urgencia e irreparabilidad han de medirse en relación con el bien comprometido. No se podrá aplicar el mismo criterio a la protección de la vida o de la libertad o integridad, que a la tutela preventiva de la propiedad, la libertad de asociación o el derecho de tránsito. Esto es obvio, pero también debiera entenderse que lo es la aplicabilidad a todos los derechos humanos de esos mismos elementos que justifican la adopción de medidas.

En la norma que aquí se examina se destaca la expresión “daños irreparables”. A través de la medida provisional —o bien, en su caso, de la cautelar— se quiere evitar estos, y no cualesquiera daños. Si la lesión que se prevé puede ser reparada, no vendría al caso la adopción de medidas, bajo una interpretación rigurosa, literal, del precepto comentado. En otros términos, la reparabilidad del daño —a menudo difícil de asegurar— excluye la adopción de medidas y deja el asunto a cargo del procedimiento de fondo, ante la Comisión o ante la Corte, en términos ordinarios. En mi concepto, no sería adecuado exigir que la reparación se traduzca en *restitutio in integrum*. Esto es imposible, como he mencionado en algún voto particular concurrente: restituir íntegramente, reparación “perfecta” que se acostumbra invocar —para enseguida reconocer que es impracticable “en las circunstancias del presente caso”, se dice, pero realmente en cualesquiera circunstancias— equivale a mover hacia atrás las manecillas del reloj, retornar a un instante antes de que se cometiera la violación. En rigor, cuando esta se ha perpetrado no habrá poder —humano, por supuesto— que devuelva las cosas al estado en el que se encontraban antes, aunque sea posible, en ocasiones, “aproximarlas” al punto en el que alguna vez estuvieron.

Lo anterior promueve la reflexión a propósito de las condiciones exigibles para establecer que hay daño inminente y grave, que es urgente impedirlo, que no sería factible la reparación posterior. Estimo que ante estos puntos la Corte debe inclinarse por la solución que permita la mayor y mejor salvaguarda de los derechos humanos; la alternativa extensiva, generosa, precavida, o bien, si se prefiere, “temerosa”. No conviene dejar al individuo en el filo de la navaja. Una vez más hay que echar mano del principio *pro homine*, que guía tanto el reconocimiento de derechos (principio de elaboración jurídica) como la aplicación de normas (principio de interpretación normativa). Así las cosas, la Corte pudiera optar —como lo ha hecho, en efecto— por conceder la medida, mejor que por negarla o restringirla. Es esto lo que se deduce del criterio de interpretación, conforme al objeto y fin de un tratado, que estatuye el Derecho de los tratados, y eso mismo se desprende de la norma de interpretación contenida en el artículo 29 de la Convención Americana.

Para desplegar su competencia preventiva, el tribunal requiere, desde luego, cierta prueba de que en efecto existe inminencia de daño grave que es ur-

gente enfrentar y que, una vez presentado, pudiera ser irreparable. Los autores hacen un extenso examen de la doctrina de la Corte Interamericana en materia de prueba, en general, elaborada a partir de las escasas disposiciones establecidas en los instrumentos normativos que aquella aplica y desarrollada en una interesante jurisprudencia. Por lo que toca al tema que en este momento nos ocupa, los profesores colombianos distinguen dos etapas en la jurisprudencia de la Corte: “la primera, que es exigente en relación con la aportación de la prueba; y (...) la segunda, (que) es más amplia y flexible al respecto”. En esta segunda etapa, que se desenvuelve entre 1994 y 2004, “mediante las presunciones se podrá inferir la existencia de (los) hechos graves, que exigirían urgentemente el decreto de las medidas irreparables, a fin de evitar daños irreparables a los derechos humanos”.

En esta hipótesis, basta la apreciación *prima facie*, como ha entendido la Corte Interamericana: indicios que de primera intención permitan suponer, razonablemente, que existen los extremos solicitados por la norma. Por ende, no se requiere alcanzar, condicionando la decisión estimatoria a dicho alcance, lo que la doctrina procesal llamaría prueba “plena”, esto es, la que acredita cierto hecho más allá de toda duda razonable y consigue, por lo mismo, la persuasión del juzgador. Aquí existe otra proyección del principio *pro homine*. Para resolver el fondo de la controversia se necesita algo más que esos indicios, que no son, sin embargo, datos deleznable; pero aquellos bastan para disponer la tutela provisional, en espera de datos que permitan adoptar, llegado el momento, la solución definitiva. Lo que no es suficiente para una condena puede serlo para una medida provisional, que no prejuzga acerca del fondo y solo quiere dejar a salvo, fuera de todo riesgo severo, el bien tutelable.

Sobre este punto procede observar que si la Corte cuenta ya con elementos para disponer medidas provisionales —como frecuentemente ocurre—, lo hace sin demora, inclusive mediante un acuerdo del presidente, a reserva de recibir información que le permita confirmar o modificar la providencia. En muchos casos no sería recomendable tomar demasiado tiempo y llevar a cabo numerosas indagaciones complementarias antes de adoptar la medida. Se halla en riesgo, recordemos, un bien precioso. Por ende, el sustento de la decisión judicial puede ser, en ese momento, la información que suministre la Comisión Interamericana. Pero esta práctica cautelosa no impide que la Corte disponga en otros casos, cuando entiende que hay las condiciones para ello, que el Estado se pronuncie sobre la solicitud presentada, y solo después resuelva la Corte. Nadie ignora que si bien la mayoría de las resoluciones judiciales se toman una vez escuchadas las partes, hay otras de carácter apremiante que deben adoptarse —casi siempre con carácter cautelar, provisional, como es el caso que ahora nos interesa— aun antes de satisfacer este requisito. Entonces se invierte el orden de los actos procesales, pero no se suprime, por supuesto, el derecho mismo de audiencia.

La Convención Americana contiene diversas disposiciones sobre legitimación para intervenir en el procedimiento internacional, no solo en el proceso de

este carácter, más rigurosamente. Es amplísima la que prevé el artículo 44 para la presentación de quejas o denuncias ante la Comisión, abriendo así el procedimiento en la vía internacional, una vez agotada la doméstica: “cualquier persona, o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización” (de Estados Americanos). Esto se traduce sencillamente: cualquier persona está legitimada para ese fin, porque en definitiva tanto el grupo como la entidad se hallan compuestos por personas. Para ejercer la acción internacional de tutela de los derechos humanos, en cambio, solo están legitimados los Estados que aceptan la competencia contenciosa de la Corte —pero jamás ha ocurrido, en veinticinco años, que un Estado demande a otro— y de la Comisión Interamericana —que es el único demandante conocido—.

Hay dos vías para la decisión sobre medidas provisionales: a solicitud de un sujeto legitimado, la primera; o *motu proprio*, es decir, de oficio la Corte, la segunda. Esto último se actualiza cuando la Corte conoce ya de un caso y advierte, sobre la marcha, la presencia de los supuestos que justifican la medida (o la ampliación de la previamente acordada: en cuanto a personas y en cuanto a providencias). Lo primero, en cambio, pone la petición de medida en manos de la Comisión Interamericana, como sujeto facultado por la Convención y otras normas derivadas de ella, o en manos de las propias víctimas, aunque solo cuando ya existe un procedimiento precautorio ante la Corte Interamericana, por disposición de su Reglamento.

Esta última posibilidad proviene de las reformas reglamentarias, fundadas en prácticas del tribunal, que han ensanchado los derechos procesales de las (probables o presuntas) víctimas, para animar así la defensa de sus derechos materiales, habida cuenta de que la verdadera contraparte del Estado es la víctima —partes, ambos, en sentido material, que diría CARNELUTTI—, no la Comisión Interamericana —parte en sentido formal, o parte procesal como hoy indica el Reglamento de la Corte expedido en el año 2000—. Cuando los profesores REY CANTOR y REY ANAYA estudian las proyecciones de la reforma reglamentaria de la Corte acerca de la posibilidad de que la víctima o presunta víctima presente directamente a la Corte una solicitud de medidas provisionales, califican esta novedad como “una conquista revolucionaria”.

Lo indicado en el párrafo precedente se relaciona con la segunda parte del artículo 63.2 del Pacto de San José, cuya primera parte transcribí y analicé *supra*. Esta segunda porción del precepto señala: “Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento (de la Corte), podrá actuar a solicitud de la Comisión”. Es aquí donde se observa, como antes dije, la diferencia entre la competencia contenciosa del tribunal, que entra en movimiento a propósito de la demanda presentada por la Comisión (o un Estado legitimado), y la competencia preventiva, que se actualiza dentro del enjuiciamiento formalmente iniciado o fuera de este, antes de él —y a menudo sin que luego exista proceso—, y

que por tanto no depende, incidentalmente o por “cuerda separada”, de un proceso principal destinado al conocimiento y la solución de una controversia.

Ya considerado el ámbito subjetivo activo de la medida provisional, es decir, los sujetos legitimados para requerirla, hay que poner atención en el ámbito subjetivo pasivo, esto es, los sujetos beneficiarios de las medidas, aquellos a cuya protección se dirigen estas, los titulares de un bien en grave riesgo, asunto que también se examina, con el debido detenimiento, en la obra a la que preceden estas páginas. Puesto que las medidas favorecen a personas físicas, titulares de derechos, parece lógico que se exija la identificación de los beneficiarios. La exigencia concurre a establecer, asimismo, la pertinencia y oportunidad de la medida. En este sentido se orientó la jurisprudencia de la Corte hasta reciente fecha.

El tribunal debió reexaminar su criterio a este respecto en vista de que en determinadas hipótesis, ni infrecuentes ni irrelevantes, no es posible identificar puntualmente, a la hora de resolver sobre las medidas, a quienes requieren de estas por hallarse en grave peligro sus derechos fundamentales. No se les ha identificado, pero pueden ser identificadas. Esto sugiere el deslinde entre individuos puntualmente identificados y sujetos no identificados pero identificables, con respecto a los cuales no se plantean situaciones puramente hipotéticas, de imposible realización, o con alcance desmesurado, que harían impracticable la medida. En las nuevas y pertinentes hipótesis de protección se hallan, por ejemplo, los integrantes de una comunidad con determinado asiento geográfico, los miembros de un grupo étnico, los internos en una prisión o en un establecimiento para menores infractores (que es otra forma de comunidad), etcétera.

Los autores de *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos* celebran el alcance subjetivo que se dio a las medidas en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (Colombia), cuya resolución sobre este punto también califican de “revolucionaria en el sistema interamericano”. Consideran que este criterio pudiera dar “lugar a una reforma del Reglamento de la Corte, abriendo democráticamente la posibilidad al ejercicio de una *actio popularis* para solicitar medidas urgentes o medidas provisionales a la Corte, en tratándose de un número de personas no determinadas, porque se trata de *intereses difusos* que cualquier persona podría representar en nombre del grupo y por sí misma, según el caso”.

En cuanto a las características de las medidas, el mismo artículo 63.2 contiene una indicación orientadora: la Corte “podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes”. No hay *numerus clausus*, ni catálogo previo ni exclusión adelantada. Este es un acierto de la Convención, porque permite adecuar las providencias a las condiciones de cada caso, que son o pueden ser muy diversas y requerir, por lo tanto, consideraciones específicas. Probablemente existirán ciertos “patrones” frecuentes: el riesgo sobre la vida o la integridad sugerirá la custodia a cargo de personas confiables que protejan esos bienes, pero también habrá, —y hay— supuestos distintos que invitan a pensar en soluciones diferentes. Así, las que correspondan, *por ejemplo*, al derecho de reunión,

la libertad de asociación, los derechos de los niños, el acceso a la justicia, etc. Tampoco coinciden, necesariamente, las medidas adoptables en relación con una persona y las concernientes a un número mayor de personas: colectividades, inclusive.

No siempre deberá la Corte comprometer la suerte de la protección con la previsión de una sola medida, cuyo enunciado ahuyente cierto margen de discreción que permita el ajuste conforme a las circunstancias, sin necesidad de acudir de nueva cuenta al tribunal para que defina constantemente la entidad de la providencia. En estos casos resulta prudente —y las medidas son, por naturaleza, “administración de la prudencia”— que se disponga la adopción de aquellas acciones conducentes a la protección de los bienes en riesgo, dejando que el obligado —el Estado— y el beneficiario —los titulares de los derechos en riesgo—, así como la Comisión requirente, examinen el punto y convengan lo que mejor responda a los hechos que se tengan a la vista, salvo que este procedimiento entrañe problemas mayores.

¿Son vinculantes para el Estado —al que se solicita determinada conducta— las medidas que acuerda la Corte? Lo son, sin duda, como ha sostenido expresamente la jurisprudencia de este tribunal, que así coincide con recientes señalamientos de la Corte Internacional de La Haya, como sucedió —por ejemplo— en el caso *Avena*, para referirme solo a un litigio muy reciente y conocido. No se trata, pues, de invitaciones o sugerencias, recomendaciones o propuestas, sino de resoluciones jurisdiccionales que poseen la misma eficacia vinculante de los restantes mandamientos de la Corte. En este sentido participan de la naturaleza y de los efectos que la Convención reconoce a los fallos (arts. 67 y 68). Si no fuera así, dejarían de ser actos jurisdiccionales, expresiones de la voluntad judicial, para convertirse en actos administrativos o simples expresiones de un propósito conciliador cuyas consecuencias quedan en el aire, sujetas solamente a la buena voluntad de los participantes. La obligatoriedad es característica de los actos jurisdiccionales que entrañan una manifestación de la voluntad judicial, a la que se recurre, precisamente, para que decida con poder vinculante lo que no es posible alcanzar de otra manera.

Esto nos lleva al tema de la supervisión sobre el cumplimiento de las medidas, que es una especie de un género más amplio: supervisión del cumplimiento de las resoluciones de la Corte Interamericana, en general. La Corte ha manifestado que cuenta con la potestad de ejercer esa supervisión, colocada dentro de las facultades inherentes a las atribuciones jurisdiccionales que posee. No puede desentenderse de la suerte que corran sus decisiones, siempre obligatorias para los Estados, exentas de revisión ante un tribunal de grado superior. La justicia interamericana se ejerce en una sola instancia y la Convención de la materia señala que las determinaciones de la Corte son vinculantes para las partes.

Por lo que toca, específicamente, a las medidas provisionales, con las que no se inicia ni concluye un caso contencioso —y que en ocasiones se manejan fuera de proceso—, sino se pretende asegurar bienes que corren el más severo

riesgo, es obvio que la supervisión se dirige a saber si se han adoptado las medidas dispuestas por la Corte y si, en tal virtud, ha cesado el peligro de lesión grave, irreparable, que requiere atención urgente. Por supuesto, es posible que el peligro no haya cesado, a pesar de las medidas ordenadas, lo que tal vez invitará a adoptar medidas diferentes que permitan enfrentarlo con mayor eficacia. Así, la Corte examinará periódicamente el estado que guarda la aplicación de las medidas, recurriendo para ello a informes diversos —salvo que disponga, lo cual no es la solución acostumbrada, la inspección directa a cargo de un representante del propio tribunal—, provistos por la Comisión Interamericana, los beneficiarios de las medidas y el Estado mismo.

El carácter imperativo que se reconoce a las resoluciones de la Corte y la sujeción del cumplimiento a la supervisión del tribunal, que constituyen, en último análisis, efectos del principio *pacta sunt servanda*, deben examinarse también a la luz del artículo 65 de la Convención. Este prevé, y en rigor ordena, que la Corte presente un informe anual al órgano político de mayor jerarquía en el sistema americano: la Asamblea General de la Organización. Evidentemente, esta disposición del Pacto implica la existencia de una facultad y un deber a cargo de la Asamblea: recibir el informe, examinarlo, darle curso, pronunciarse en consecuencia. El precepto dispone, asimismo, que “de manera especial y con las recomendaciones pertinentes, [la Corte] señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”. En este marco se halla el incumplimiento de las medidas, como se explica en el libro que comento.

Ese deber de información, que supone la supervisión por la Corte del cumplimiento que reciben sus resoluciones —si no ¿cómo podría dar fundada cuenta a la Asamblea General de la OEA?—, cierra el circuito de la competencia, pero no significa que el tribunal no pueda insistir en posteriores informes sobre el incumplimiento, en su caso, con base en una reiterada supervisión que lo justifique. El sistema interamericano no dispone del mecanismo que prevé su equivalente europeo para favorecer la ejecución de las resoluciones del juzgador correspondiente: intervención del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Lo que este tiene a su cargo en aquel Continente, lo tiene al suyo en este, *mutatis mutandis*, la Asamblea General de la OEA. La Corte lo ha entendido así a través de la reiterada práctica de incluir en los informes generales tanto la noticia del cumplimiento de las sentencias como la del cumplimiento de las medidas provisionales.

La Corte ha suscitado, ante los órganos competentes de la OEA, la reflexión sobre la mejor forma de favorecer el cumplimiento de sus resoluciones. El tribunal no puede ir mucho más lejos en sus planteamientos. La forma de impulsar ese cumplimiento sale del ámbito jurisdiccional y queda dentro del espacio político, como es el caso con el propio Comité de Ministros del Consejo de Europa. Al respecto, los Estados han manifestado diversas opiniones. El punto se halla pendiente de solución adecuada, con base en las diversas consideraciones que es preciso tomar en cuenta. Evidentemente, el cumplimiento depende,

sobre todo, de la voluntad de los Estados individualmente, mucho más que de las gestiones externas, cualesquiera que estas sean, aunque ellas contribuyan con creciente eficacia a impulsar las decisiones internas. Por eso se ha dicho que los Estados son garantes del sistema protector de los derechos humanos, en su conjunto: piezas fundamentales de este, que es, en fin de cuentas, un sistema consensual fincado en el convencimiento, el acuerdo y la voluntad ejecutora —una voluntad jurídico-política— de los Estados que soberanamente han concurrido a construirlo.

La ejecución de las medidas mueve a considerar, como es natural, otros puntos delicados. Es posible, jurídicamente, que el tribunal disponga las providencias que el Estado debe adoptar, y este las aplique sin más en relación con los peticionarios de cuyos derechos se trata. Sin embargo, en la realidad de las cosas este sistema mecánico no logra necesariamente los resultados apetecidos. La “puesta en práctica” de las medidas tiene muchas aristas. La situación que las explica es, de suyo, una situación conflictiva: existe tensión, cuando no franco enfrentamiento, entre autoridades y particulares, que pudiera subir de punto con motivo de la ejecución de los mandamientos judiciales. Por ello la Corte ha optado por requerir a los sujetos de esta singular relación que organicen conjuntamente la manera de ejecutar la decisión precautoria, sin pretender que solo exista una forma de hacerlo, cuando la experiencia enseña que puede haber varias: desde buenas hasta pésimas. Se trata, en suma, de alentar una convergencia en medio de una divergencia. Claro está que este propósito puede ser estéril. La Corte conserva siempre la facultad de resolver nuevas discrepancias con respecto a un acto de ella misma, y decir, de esta suerte, la última palabra.

Las medidas no tienen, por su propia naturaleza, vigencia determinada, aun cuando su calidad de “provisionales” invita a suponer que están llamadas a tender un puente, satisfacer una necesidad inmediata, en tanto se logra la solución definitiva, sea ante la instancia de la Comisión Interamericana, sea ante la Corte, mediante un proceso que resuelva el fondo de la controversia. Esto hace pensar que durarán poco tiempo, solo hasta el momento en que se les sustituya por una solución amistosa, el cumplimiento de una recomendación, una resolución jurisdiccional que asuma en el cuerpo de una sentencia lo que hasta ese momento figuraba en el marco de una medida.

Ahora bien, si se trata de preservar bienes eminentes, las medidas deben regir por el tiempo necesario para lograr sus objetivos, siempre que subsistan las condiciones que las determinaron, esto es, peligro grave, urgencia y posibilidad de que se produzcan daños irreparables. De ahí la necesidad, que se satisface en la práctica de la Corte, de revisar periódicamente las decisiones sobre medidas provisionales, aprovechando para ello los informes de ejecución que se requieren a los Estados, con fijación de plazos para ello —revisables y renovables— desde el momento mismo en que se establecen las medidas. En la realidad, algunas se han prolongado durante períodos considerables, años inclusive, en tanto la Corte no ha podido comprobar que han cesado las circunstancias



que las determinaron. En caso de duda, que implica un temor fundado de que pudiera surgir el daño temido, la Corte suele inclinarse por la mayor protección del derecho vulnerable. En este sentido opera también el principio *pro homine*, al que con frecuencia acuden REY CANTOR y REY ANAYA.

Vuelvo al principio de esta presentación, con la que he querido, como indiqué, acompañar las meditaciones que propone esta obra. Me congratulo de la aparición de *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*. Buena manera, esta, de saludar el primer cuarto de siglo de la Corte Interamericana y animar el trabajo del sistema que tutela los derechos fundamentales del ser humano. El catedrático ERNESTO REY CANTOR, que tiene en su haber un extenso *curriculum* académico y una nutrida producción bibliohemerográfica, concurrente a congresos de su disciplina, investigador acucioso, juez *ad-hoc* en la Corte Interamericana, conferencista internacional, conoce bien el tema que este libro examina, recoge experiencias y enseñanzas, interpreta instituciones y disposiciones, propone derroteros. En suma, sirve a la causa de los derechos humanos y del sistema establecido por las naciones de América —en el que aguardamos la presencia de todos los países del hemisferio, sin salvedad alguna— para preservarlos. Lo que se consiga en esta trinchera cotidiana colmará un nuevo capítulo en la historia de nuestra especie: el capítulo en el que se yergue el ser humano, instalado sobre sus derechos y animado por sus esperanzas, y asegura la calidad de su existencia y la bondad de su destino.