

**ANTONIO CARRETERO PÉREZ**

**LAS MEDIDAS CAUTELARES EN  
EL PROCESO INTERNACIONAL**

## INTRODUCCIÓN

Ante todo, para el mejor entendimiento y exposición de las cuestiones relacionadas con las medidas cautelares, proceso cautelar, pretensiones cautelares y otras expresiones en las que vienen a explicarse conceptos relacionados, es preciso hallar el punto de partida institucional, que pueda dar sentido unitario a todos ellos y que se enraíce a una base jurídica fundamental.

El cumplimiento de la finalidad del Derecho, dirigida al logro de un ideal de Justicia, impone una actividad encaminada a establecer un orden, que puede llegar a exigirse coactivamente y que ha de ser mantenido en forma que se desarrolle el plan normativo, no solamente para proclamación y reconocimiento de derechos, situaciones e instituciones, sino para su mantenimiento, de modo, que pueda procurarse hasta el máximo la estabilidad del orden jurídico y puedan reducirse al mínimo los efectos perjudiciales de su posible violación.

Ello origina el desenvolvimiento de una actividad jurídica en cuanto a sus medios y fines, unas normas y unas instituciones que se refieren a la prevención, conservación de tal orden, tendente a orillar no solamente los efectos de la violación, cuando se produzca y se haya determinado sobre ella, sino al robustecimiento del orden, para que se restablezca o establezca la situación presumiblemente justa, mientras se determina sobre la violación del Derecho.

Tal concepto de prevención o cautela, tiene un valor institucional, siendo fecundo en consecuencias, dentro de la doctrina, en todos los aspectos y en todas las ramas del Derecho. Por ello puede hablarse del derecho de cautela, objetivo—normas encaminadas a ello—o subjetivo,<sup>1</sup> y de su desarrollo dentro del derecho público<sup>2</sup> o privado.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> D'ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, en Riv. Dir. proc. civ. 1935, I, citado por CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cautelare*, CEDAM, Padova, 1936. XIV, pág. 4, nota 1.

El derecho de cautela agota, pues, su contenido, sirviendo a la posibilidad de realización del Derecho, de modo que, en su propio concepto, tiene una finalidad instrumental para cubrir la situación que se crea por la posible violación y durante la fase en que la actividad jurídica se dirige a declararla y repararla.

Por esta razón tiene, en principio, una realidad siempre subordinada a la naturaleza del derecho que se trata de defender y al medio adecuado para la defensa de ese derecho y, por tal razón, ni tiene sustantividad ni naturaleza propia, perteneciendo a la esfera de actividades mediales, con una significación peculiar, pero que, en cada caso concreto, toma el color del interés protegido y no puede decirse que pertenezca a una actividad o función, como la administrativa, determinada genéricamente, puesto que el desarrollo normal y anormal de los derechos sólo compete a la Administración y al orden administrativo, cuando afecta al interés general primariamente, y no siempre sucede así, sino que las situaciones de daño temido o las transitorias de reparación pueden producirse en el orden privado, sirviendo como criterio distintivo el corriente en la doctrina, dentro de la imprecisión propia de categorías históricas, más que de escuela.

#### DESARROLLO DEL DERECHO DE CAUTELA DENTRO DEL PROCESO

El proceso es una institución instrumental en función del acto jurisdiccional (decisión),<sup>4</sup> actuación de la jurisdicción y tal acto jurisdiccional se dirige al derecho desconocido o controvertido y, consistiendo en una actividad que se produce en ese estado de incertidumbre que media entre la denuncia de violación, su declaración y reparación, es lógico que el derecho de cautela haya de tener en el proceso una importancia extraordinaria, en cuanto, con su aplicación, pueda llegar a evitarse que la decisión no se convierta, entretanto, en una romántica declaración carente de posibilidad de cumplimiento y, por ello, juntamente con el derecho que se trata de man-

---

<sup>2</sup> Así, entiende GUGGENHEIM, que corresponde este carácter al estado de sitio, o suspensión de garantías constitucionales, etcétera. *Les mesures provisoires de procédure internationale, et leur influence sur le développement du Droit des Gens*. Sirey., S. A. Paris, 1931. 5.º, pág. 8.

<sup>3</sup> Entienden los autores aplicable el concepto a notificaciones, requerimientos civiles, reservas, protestas, etcétera.

<sup>4</sup> CALAMANDREI, obra citada, pág.-5.

tener, aparece el de cautela, para evitar el riesgo del tiempo intermedio y lo mismo que se habla de la acción, para promover la actuación jurisdiccional, en este mismo terreno de la acción-poder de provocar un acto jurisdiccional, se encuentra el que produzca efectos determinados para la protección provisional, amparando la pretensión cautelar, cuyo fin es que se declaren o impongan (declaración o ejecución),<sup>5</sup> extremos relacionados con la pretensión principal y que son, respecto a ella, instrumentales.

El contenido de tales pretensiones cautelares está constituido por las medidas cautelares con una doble base: por una parte, el derecho a la tutela provisoria y, por otra, el derecho concreto que fundamenta la pretensión principal.

Como el derecho que fundamenta la pretensión principal pende hasta el final del proceso de una declaración sobre su realidad y efectividad, y la idea cautelar se fundamenta en la necesidad de una protección hasta entonces, para examinar la pretensión cautelar ha de existir el proceso cautelar, cuya naturaleza permita llegar prontamente a una decisión sobre la pretensión, y que se agota en su estimación o desestimación y ejecución en su caso.

De lo expuesto anteriormente se derivan los caracteres de las resoluciones cautelares —que presuponen el proceso y la medida cautelar— dentro del marco del proceso general; caracteres que, en parte, derivan del derecho de cautela, y, en parte, del derecho sustantivo al que concretamente se trata de servir. CALAMANDREI<sup>6</sup> señala como caracteres distintivos: a) La provisionalidad, en forma tal que va implicada en su finalidad, de modo que la providencia cautelar está encaminada a no llegar a ser, ni en potencia, definitiva. b) Peligro en la mora, bien de infructuosidad, bien de retraso, debiendo acreditarse, en todo caso, la urgencia. c) Que esta situación de peligro se produzca durante la necesaria espera del proceso principal. RODRÍGUEZ VALCARCE<sup>7</sup> señala como notas las de: a) instrumentalidad; b) provisionalidad, y c) caducidad. Todos estos caracteres tienen su base en el derecho a la tutela provisoria y constituyen otros tantos requisitos de su fundamento. DOS REIS<sup>8</sup>

<sup>5</sup> CALAMANDREI, obra citada, pág. 7.

<sup>6</sup> Obra citada, págs. 13 a 26.

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ VALCARCE, *Las medidas cautelares*. "Revista de Derecho Procesal", 1947, pág. 293.

<sup>8</sup> DOS REIS, *A figura do processo cautelar*. Lisboa, 1947. Separata del Boletín del Ministerio de Justicia portugués. Citado en recensión en la "Revista de Derecho Procesal", 1948, pág. 384.

entiende que deben de producirse cuando se acredite la urgencia y la apariencia del derecho que se trata de tutelar, aspecto más relacionado de los caracteres, con el derecho principal, al que cabría añadir que la medida que se pretenda o adopte tenga relación con ese derecho, apreciada lógicamente la cuestión, dentro de una cierta libertad.<sup>9</sup>

#### TIPICIDAD, ATIPICIDAD, INDEFINICIÓN EN MATERIA DE CAUTELA PROCESAL

Se han establecido bastantes criterios para la clasificación de las medidas cautelares, referentes a su repercusión sobre el orden anterior (conservativas o innovativas), a su objeto (materiales o patrimoniales y formales o personales) y varias más desde otros puntos de vista; pero se estima interesante examinar esta materia en relación con la tipicidad o atipicidad y advirtiendo que la tipicidad tanto puede referirse a la medida en sí como al proceso en que se ha de adoptar, y tiene trascendencia especialmente en aquellos ordenamientos jurídicos en los que no existe una norma de carácter general<sup>10</sup> que permita cualquier actuación de índole cautelar; cuestión que ha promovido en la doctrina opiniones distintas que, sin embargo, parece resolverse en favor de la admisibilidad del poder genérico de adoptar medidas cautelares,<sup>11</sup> aun cuando en aquellos ordenamientos en los que existan medidas y procesos típicos quepa preguntarse por qué medio procesal se puede llegar a la declaración y ejecución de tales medidas, si aplicando un criterio de analogía o de libre aplicación del derecho. Sin embargo, parece que, en todo caso, el proceso cautelar ha de ser un reflejo, en lo sustancial, del tipo procesal general, o, más bien, ha de reflejar la aplicación de los principios fundamentales que lo sustentan, de una forma abreviada y acelerada.<sup>12</sup>

Frente a esta situación de tipicidad o atipicidad, surge la de indefinición en los ordenamientos en que nada se diga en absoluto, o bien en aquellos que se limitan a enunciar la existencia de la potestad cautelar genérica, que

---

<sup>9</sup> Criterio manifestado por el T. I. J. en el asunto "Interhandel", y en el de la cuestión noruego-danesa por el T. P. J. I.

<sup>10</sup> CALAMANDREI, obra citada, pág. 47.

<sup>11</sup> Como facultad inherente, accesoria y necesaria a todo derecho, el de su protección. CHIOVENDA, *Ist.*, tomo I, pág. 256; POLLAK, *System*, tomo III, parágr: 208, págs. 1.039-1.040, citados junto con D'ALLORIO, ob. cit. n. 7, por CALAMANDREI, obra citada, pág. 49.

<sup>12</sup> CALAMANDREI, ob. cit., pág. 147.

## LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO INTERNACIONAL

permite la adopción de cualquier medida dentro de los requisitos y por un cauce procesal que concreta el principio fundamental de la actividad procesal general.<sup>13</sup>

De modo que en aquellas legislaciones en las que existe un criterio legislativo estricto, por imprevisión, inadaptado a nuestro tiempo, debe regir, ante la imposibilidad de cambiar la Ley por quien ha de aplicarla, un amplio criterio interpretativo que permita encajar las situaciones imprevistas dentro de los cauces existentes, salvando en todo caso las orientaciones fundamentales rectoras del proceso. Las legislaciones amplias tienen, por el contrario, que tratar de deslindar, en la aplicación, las medidas cautelares de aquellas otras que, con apariencia cautelar, no responden a los caracteres que han sido expuestos, definiéndolos, con cierta amplitud, a través de la práctica.

## LAS INSTITUCIONES CAUTELARES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Todos los problemas jurídicos adquieren, al ser aplicados al Derecho Internacional, una importancia extraordinaria que deriva no solamente de que tal disciplina se ocupe de cuestiones cuya satisfactoria solución habría de producir la apetecida paz y concordia de la humanidad, sino de que el Derecho Internacional es una realidad indiscutible sobre bases discutidísimas, y tan pronto se le presenta como el débil reflejo de unas circunstancias sociales determinadas, como una ciencia basada quizá en raíces más hondas y más puras que el resto de las ramas del Derecho, quizá porque, a través del Derecho de Gentes, en su acepción común, presenta un lazo de parentesco inmediato con el Derecho Natural. De aquí que cualquier cuestión jurídica, en los aspectos de su establecimiento y aplicación, por reducido que sea su alcance, originó el encadenamiento de problemas de todo orden hasta remontarse a las cuestiones de principios. Los conceptos de comunidad internacional, sus proyectos concretos de realización, la soberanía, los Estados, los principios políticos, salen a relucir junto con los de norma, coactividad, fuerza, justicia y seguridad, ante cualquier problema; y es constante la agonía del Derecho Internacional que quiere ser una disciplina rigurosa-

---

<sup>13</sup> Situación que aparece en el proceso internacional a consecuencia del art. 41 del Estatuto del Tribunal y 61 del Reglamento, conteniendo el primero un poder general cautelar y el segundo estableciendo un procedimiento abreviado en él que concurren, en resumen, los mismos principios que regulan el proceso principal.

mente positiva, con sus propias bases que se pierden en las más intrincadas especulaciones.

De todas formas, es evidente que la noción de cautela jurídica, en el orden internacional, no es una institución extraña; más bien podría decirse que tal institución es una de las ideas rectoras del Derecho Internacional, que, a través de sus manifestaciones, ha mantenido la tendencia constante de la prevención de conflictos entre los sujetos. Por eso, en las concreciones históricas de tentativas de fijación de relaciones entre los Estados, siempre se ha concedido una especial importancia a las medidas preventivas, enderezadas a evitar, en su origen, los mismos conflictos, o a disminuir, en lo posible, sus consecuencias.

GUGGENHEIM<sup>14</sup> ha estudiado las medidas cautelares en los distintos organismos internacionales, en los convenios entre las naciones y su posible repercusión en los principios que dominan la materia, señalando incluso los posibles peligros de su aplicación, aun cuando la realidad demuestra que tales medidas han seguido aplicándose y han venido plasmándose en las distintas esferas de actuación de los nuevos organismos internacionales creados por la Organización de las Naciones Unidas.<sup>15</sup>

#### LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA INTERNACIONAL

El Tribunal Internacional de Justicia, órgano de las Naciones Unidas, proclamado como tal, en el art. 7 de la Carta de las Naciones Unidas, con carácter judicial (art. 92), capaz de emitir resoluciones que han de ser aca-

---

<sup>14</sup> GUGGENHEIM, obra citada, dedica apartados distintos a la aplicación de medidas por tribunales arbitrales (cap. II), en las convenciones americanas (cap. III), en el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (cap. IV), en los tratados de reglamentación judicial y arbitraje (cap. V), en el desarrollo de la Sociedad de Naciones (cap. VI), en el Pacto de Asistencia Mutua, Protocolo de Ginebra (cap. VII); en el memorándum de Brouckère y Comité del Consejo (cap. VIII), en los trabajos del Comité de Arbitraje y Seguridad (cap. X) y en el Pacto Kellogg (cap. XI).

<sup>15</sup> Es, en el orden de reglamentación de las Naciones Unidas, principio, el de la posibilidad de aplicar medidas cautelares en las relaciones internacionales, y no solamente a través del proceso, sino del desarrollo de la actividad general. Así se desprende de la declaración que precede a la Carta de las Naciones Unidas y apartado 1 del artículo primero; en consecuencia, a través principalmente del Consejo de Seguridad (arts. 36, 37, 38, 39, 40...), cabe el ejercicio de medidas de seguridad, provisionales, cautelares pues, no debiendo olvidarse que, a través del art. 14, la Asamblea puede llamar la atención del Consejo sobre cualquier punto.

tadas y, en su caso, ejecutadas forzosamente (art. 94); participa, en su actuación, de los designios creadores de todas las instituciones en que se concreta el último ensayo de sociedad de naciones, siguiendo precedentes de la organización inmediatamente anterior y tratando, por ello, de ordenar en sus intervenciones lo necesario a que los principios puedan desarrollarse para la eficaz protección de los intereses que se trata de salvaguardar en la O. N. U., y por ello la actividad cautelar viene claramente conferida en el correspondiente Estatuto (art. 41), y desarrollada en forma clara, con una amplitud extraordinaria, en el Reglamento (art. 61). Sin embargo, la cuestión de la cautela procesal en el proceso internacional, medio de actuación de la jurisdicción internacional, presenta ciertas dificultades, aun cuando existe, sin duda, base suficiente para el desarrollo de una teoría completa.

Debemos aceptar lo anteriormente expuesto como manifestaciones de la existencia de un proceso internacional, no solamente por la dicción clara de los artículos citados, que confieren al Tribunal un rango judicial, que equivale a jurisdiccional, sino porque lo que ante este Tribunal se desarrolla es el conocimiento de una pretensión, en forma que se cumplen todos los presupuestos y diferentes requisitos de un verdadero proceso; o, por lo menos, tal es la tendencia, aunque los resultados puedan ser otros, puesto que, al fin y al cabo, lo que importa, al estudiar las instituciones, es la idea que les da vida; bien entendido que, de todos modos, ha de advertirse que las discusiones acerca de las bases de la jurisdicción no se pueden dar por finalizadas, puesto que, en primer lugar, el mismo concepto de jurisdicción se revisa constantemente, aunque hay que reconocer que, hoy día, se concibe a la jurisdicción como una de las funciones estatales, directamente emanadas de la soberanía. A partir de esta realidad, los autores acatan en general el principio de que los Estados no tienen ni pueden reconocer una autoridad superior a ellos mismos (WITENBERG, SCERNI),<sup>16</sup> ni tal autoridad puede dimanar de una comunidad internacional, que nunca ha tenido realidad histórica (MONACO),<sup>17</sup> no existiendo poder, órgano ni voluntad que sea distinta a

<sup>16</sup> WITENBERG, *L'Organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales*; colab., Jacques Desrioux. Paris. 1937. Ed. Pedone (pág. 4). SCERNI, *La procédure de la Cour Permanente de Justice Internationale*. Rec. de Cours. Acad. Droit Int. 1938. III, 65, pág. 568.

<sup>17</sup> MONACO, *Manuale di Diritto Internazionale pubblico e privato*. Ed. Torinense. Turín. 1949. Pág. 395.

las partes que intervienen en el proceso. BOS<sup>18</sup> considera tal jurisdicción emanada de poder distinto, como posible, pero no en tanto la comunidad internacional se ciña a la actual realidad de comunidad mundial, porque en ella el poder que se atribuye para actuar (para juzgar) no se recibe de la comunidad, sino de un tratado.

De modo que los autores tienden a negar la jurisdicción internacional si ha de tomar base en la existencia de un poder superior a los Estados; aunque, en definitiva, le buscan otras explicaciones, tales como la de que la jurisdicción se manifiesta por la aceptación de las partes y que, en todo caso, difiere de las consecuencias de un simple arbitraje, sin olvidar tampoco que existe un organismo —las Naciones Unidas— que tiene una personalidad distinta y que, a través del Tribunal Internacional, se desarrolla, por su contenido, una actividad que es procesal, en cuanto tiende a concretar la regla abstracta en un punto de controversia y sucede delante del Juez, para servir a la idea de realización del Derecho en tal punto, por un poder que el proceso presupone —la jurisdicción— dimanante de la fuerza de la comunidad, cualquiera que sea la forma en que se pueda concretar.<sup>19</sup>

En conclusión, puede establecerse que, si bien no es claro el fundamento de la jurisdicción internacional si se aplica un criterio tradicional sobre instituciones pensadas en derecho interno, tampoco es claro que tales bases de la jurisdicción sean las doctrinalmente correctas cuando existe un conjunto de acuerdos en que se reconoce llanamente esta función y cuando esta función se desempeña como realidad. De modo que, en el plano de las realidades, existe. Y, en el plano de la teoría, es posible que exista, y, aún más, que no se haya juzgado la cuestión con el método apropiado.

Por la razón misma de tantas discusiones sobre la jurisdicción internacional, se ha advertido que las medidas provisionales, cuya tendencia es de extensión de la jurisdicción, presentan numerosos peligros, entre los que apunta GUGGENHEIM<sup>20</sup> que, así como el proceso internacional impone siempre un sacrificio a un Estado, que puede ir preparando la opinión, con las

<sup>18</sup> BOS, *Les conditions du procès en droit international public*. Leiden, Holanda. 1957. Biblioteca Visseriana. XXXVI, pág. 22.

<sup>19</sup> Bos, ob. cit., págs. 13, 22, 11. SCERNI, ob. cit.: pág. 569, diferencias con arbitraje; pág. 579, personalidad de la Sociedad de Naciones. WITENBERG, ob. cit., pág. 6, evolución concepto arbitraje al arbitraje forzoso y de éste a jurisdicción.

<sup>20</sup> GUGGENHEIM, ob. cit., págs. 1, 2, 5, 6, 7 y 11.

## LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO INTERNACIONAL

medidas cautelares se le impone más de un sacrificio e igualmente se contra- viene el principio de no intervención, así como el procesal de contradicción faltando límites precisos de la actuación del Tribunal en materia cautelar, por lo que se produce o se puede producir la desigualdad entre las partes, la introducción de elementos extraños en el Estado, con la consiguiente merma en la confianza que debe inspirar a los ciudadanos, y asimismo concurre el temor a que se introduzcan subrepticamente demandas cautelares de contenido distinto, que se produzcan por este camino exclusiones de asuntos que debieran ser materia de proceso completo y que se coarte a las partes con el temor de una guerra.

Ninguno de estos peligros apuntados por el autor citado tiene base procesal. Se trata de cuestiones de política jurídica internacional, hoy día completamente abocada al principio de intervención y con tendencia a mayores intervenciones; y si tal forma de actuar es principio en la concreción actual de comunidad de Estados, nada de particular tiene que lo sea de uno de sus órganos, puesto que la jurisdicción es función investida de las mismas orientaciones en las que tiene su origen, y los peligros de intervención de las Naciones Unidas serán más o menos exactos, pero no son especialmente vitandos para ninguno de sus órganos en especial, cuando son poderes, mediales a su función final. Por otra parte, los peligros de errónea aplicación solamente pueden llevar al ánimo de los jueces la cautela y equidad, con la que deben obrar; pero, estando en sí misma justificada la institución de la cautela, concretado el concepto de medidas cautelares y con las garantías correspondientes a un proceso, tales peligros, inherentes a la función jurisdiccional, tampoco pueden justificar la obstaculización de su desarrollo.

### EL PROCESO CAUTELAR INTERNACIONAL

Como en la teoría general del proceso cautelar se indicaba, el proceso cautelar internacional se encuentra establecido sobre los mismos principios del que tiende a asegurar, y ello se manifiesta a través del examen de sus presupuestos, procedimiento y efectos.

En cuanto a los presupuestos personales, que afectan al Tribunal, examinada la cuestión de la jurisdicción, se plantea la de la competencia, con la circunstancia de que tal concepto no es admitido por todos los tratadistas,

puesto que MERIGNHAC<sup>21</sup> entiende que el concepto de competencia es inaplicable al proceso internacional, en donde se encuentra embebido en la cuestión de la jurisdicción, puesto que el Tribunal Internacional de Justicia no compete con nadie de su rango jurisdiccional en el conocimiento de los asuntos: de modo que si tiene jurisdicción para el caso es competente, y si no la tiene no es competente. Tal problema es extraordinariamente espinoso, dado el concepto corriente de competencia, que, evidentemente, está encaminado a deslindar la esfera de acción de organismos iguales en jurisdicción, aun cuando los criterios por razón de la materia y por razón de las personas, invocados por BOS,<sup>22</sup> puedan servir a la distinción, con la reserva de que tales puntos de vista puedan afectar también a lo que se llama ámbito de la jurisdicción. WITENBERG<sup>23</sup> entiende que entre las cuestiones propiamente de competencia debe tratarse de los diversos medios de acceso de la cuestión al Tribunal (cuestiones de sumisión o de extensión de los convenios), y estudia asimismo los problemas que afectan a litispendencia y conexión. Así comprendido y, en ciertas circunstancias, cuando haya un principio de sumisión o de conexión en virtud del que el Tribunal esté conociendo un asunto, las determinaciones del alcance del conocimiento del Tribunal son cuestiones de competencia, pero igualmente son cuestiones de jurisdicción cuando afectan a la aceptación.

Más interés tiene sobre la cuestión la afirmación de que, en todo caso, el Tribunal debe examinar su competencia, con efectos vinculantes; en contra de la opinión que mantiene que, dudándose de la competencia, ya debe el Tribunal abstenerse de actuar, ante la posición que adopta la parte que interpreta sus propios actos, con lo que aparece que incluso se ha debatido sobre si el Tribunal tiene competencia para determinar sobre su competencia. Hoy día no ofrece duda que sí que la tiene, ya que le está atribuido al Tribunal el conocimiento de un número de cuestiones sobre cuyos extremos, como es lógico, totalmente, ha de extenderse su función. En lo que se refiere a medidas cautelares, la única regla de competencia es que se dirijan las

<sup>21</sup> MERIGNHAC, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international*. París. 1895. Pág. 254. Citado por WITENBERG, ob. cit., pág. 102, en que cita igualmente a MAX HUBER, I. D. I., I, 77. (Anuario del Instituto D. I.)

<sup>22</sup> BOS, ob. cit., págs. 49, 90 y 106. WITENBERG, ob. cit., págs. 102, 103, 104, 107, 108 y 136.

<sup>23</sup> WITENBERG, ob. cit.: 102, posibilidad de competencia; 103, condiciones; 104, cuestiones de interpretación de los tratados en tal extremo; 107, sumisión; 108, competencia para determinar sobre ella; 136, litispendencia y conexidad.

peticiones o resoluciones a la resolución final de un asunto sometido a la decisión del Tribunal, y no obsta a la aplicación de la medida, previa su normal tramitación, el hecho de que el proceso principal ofrezca dudas en cuanto a la competencia del Tribunal. Ha quedado clara la cuestión en las decisiones del Tribunal en los asuntos "Interhandel"<sup>24</sup> y en "Anglo-Iranian Oil Co."<sup>25</sup>

La composición del Tribunal para adoptar estas medidas no difiere de la general sino en cuanto, por aplicación del propio art. 61 del Reglamento, se atribuyan facultades excepcionales al Presidente, para que las pueda disponer, aun cuando no se haya reunido el Tribunal; por lo que el requisito de la aptitud de las personas que sirven el órgano se interpreta en el amplio sentido que impone la institución. Queda fuera de toda duda que no puede basarse ninguna reclamación en el hecho de que no exista juez nacional de alguna de las partes que intervienen en el objeto del proceso.

Las partes en el proceso cautelar son, en principio, las mismas que en el proceso principal; claro está que como, según el art. 61, núm. 1, del Reglamento, las medidas pueden pedirse o manifestarse su oportunidad en cualquier momento de su curso, no es preciso que la parte que deba sufrirlas haya comparecido y aceptado su carácter de tal para que el Tribunal, si lo estima oportuno, dicte la medida correspondiente, con tal de que, conforme al número 8 del citado precepto, se le haya dado oportunidad de manifestar sus observaciones en el caso, use o no use de este derecho (art. 53 del Estatuto). A ello se refiere la opinión disidente en el asunto de la "Anglo-Iranian Oil Co."<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> "...Considerando que la demanda de medidas cautelares debe ser examinada conforme al procedimiento fijado por el art. 61... Considerando que la decisión en tal proceso no prejuzga en nada la cuestión de competencia del Tribunal para conocer el fondo del asunto y deja intacto el derecho del demandado para hacer valer sus medios para discutir esta competencia..." *Vid.* Bos, ob. cit., en la misma opinión, página 316.

<sup>25</sup> "Considerando que la indicación de las medidas no prejuzga en nada la competencia del Tribunal para conocer el fondo del asunto y deja intacto el derecho del demandado para hacer valer sus medios al efecto de discutirla."

<sup>26</sup> Opinión de WINIARSKI y BADAWI PASHA, basada en que la dureza y el carácter excepcional de las medidas de seguridad deben orientar al Juez a la abstención cuando el caso no sea extraordinariamente claro, debiendo examinar minuciosamente la competencia, sobre todo en los casos de sumisión, puesto que si el demandado no quiere ser tenido por parte, no acepta en absoluto el poder del Tribunal, no puede verse perjudicado por una medida que se le impone sin atender su voluntad de no reconocer la legitimidad del proceso ni querer tomar parte en el mismo.

Lo más importante en este tipo de proceso es lo referente a su requisito objetivo concretado en la pretensión cautelar y su contenido. En cuanto a la primera, debe advertirse que puede no producirse, ya que el Tribunal tiene facultad para acordar de oficio medidas conservatorias (art. 61, núm. 6, Rglto.), como también puede producirse en un sentido, sin que al Tribunal le vincule para nada, puesto que puede adoptar medidas diferentes a las solicitadas (art. 61, núm. 4, Rglto.), como también puede suceder que, acogida la pretensión, se varíe de oficio posteriormente la naturaleza de las medidas a adoptar (art. 61, núm. 7, Rglto), por lo que debe concluirse que la pretensión, como requisito objetivo, carece de la relevancia y fijeza que en otros tipos procesales, pese a que, si se formula, ha de estar suficientemente razonada y concretada.<sup>27</sup> De modo que, en principio, la pretensión viene en este punto a representar para las partes el ejercicio de un derecho potestativo que puede tener como fin el que se acoja la pretensión como otra cualquiera o, si concurren méritos suficientes, poner eventualmente en acción las potestades que al Tribunal corresponden de oficio. En todo caso, la pretensión debe indicar el asunto principal y qué medidas son aquellas que se estiman adecuadas al caso.

Ni el art. 41 del Estatuto, ni el art. 61 del Reglamento, indican sino en términos de gran vaguedad las condiciones que se refieren al contenido de la pretensión cautelar, es decir, a las medidas cautelares, pues en el Estatuto se dice que se adoptarán medidas “si las circunstancias lo exigen”, y el art. 61 del Reglamento se refiere a que se enuncie cuál es el derecho que se trata de asegurar (para comprobar si existe una relación eficaz entre la medida

---

<sup>27</sup> Esta fue la causa de que no se adoptaran medidas de seguridad en el asunto de la reforma agraria, ya que, al parecer, la demanda de medidas de cautela pretendía más allá de la demanda principal, que solamente enunciaba violación de un tratado de minorías, sin indicar las personas concretamente perjudicadas, y la correspondiente demanda de medidas cautelares hubiera tenido que ser aplicada individualmente al efecto de detener las expropiaciones para ciertas personas; al Tribunal le pareció que la petición implicaba detener la reforma agraria y que no era, en realidad, cautelar; existiendo opiniones disidentes, señaladamente la de ANZILOTTI, que entendía que, de haber existido mayor precisión en los derechos que se trataba de garantizar, el supuesto era apropiado para la adopción de medidas cautelares, de modo que quedaba al Gobierno alemán vía para presentar nueva demanda principal más precisa, y consecuentemente otra de medidas cautelares. Por ello BECKETT obtiene la conclusión de la precisión del derecho a proteger. (BECKETT, *Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice International*. Recueil des Cours. A. D. I, 1934. IV, 50, pág. 293.)

y el mantenimiento del derecho), y se refiere igualmente a que se tomarán las que parezcan necesarias con el fin de poder proveer en forma útil.

Por ello, para establecer las condiciones que deben reunir las peticiones de medidas de seguridad debe recurrirse a la teoría general del proceso sobre la materia, y con esta base cita GUGGENHEIM a GOLDSCHMIDT,<sup>28</sup> para indicar que los problemas planteados por las medidas cautelares están en relación con las condiciones en que se pueden admitir, su naturaleza, procedimiento y ejecución, para establecer respecto al primer problema que se exige la concurrencia de una relación provisoria, es decir, que exista una cuestión relativa a un derecho principal a cuyo servicio y mantenimiento deba establecerse una medida provisional y las razones en las que se apoya la relación entre la medida y el derecho, concluyendo<sup>29</sup> que deben exponerse las medidas acreditando: a) peligro irreparable; b) concreción; extremos que en todo caso se refieren a la petición. Por el propio texto de los arts. 41 del Estatuto y 61 del Reglamento, que dotan a estas cuestiones de carácter urgente y con rango de prioridad sobre otras cuestiones, puede deducirse también que deben referirse a un peligro urgente y real, cuando menos, que no pueda ser evitado con el proceso principal, y que han de ser adecuadas al caso y oportunas, puesto que pueden modificarse y pueden al propio tiempo rechazarse, sin que ello implique que no puedan volverse a pedir éstas u otras si los hechos cambian. Por su parte, la escasa jurisprudencia relativa a la cuestión indica, en primer lugar, que las medidas, sean propiamente cautelares, no de ejecución provisional o de otra naturaleza parecida pero distinta al propio ámbito de lo cautelar dentro del proceso.<sup>30</sup> Así se pronunció el tribunal en el asunto de la reclamación alemana por la fábrica Chorzow. Han de pedirse en forma concreta al caso discutido en el asunto principal, como el Tribunal manifestó al desestimar la demanda alemana en el asunto de la reforma agraria polaca. Y ha de existir un peligro cierto para la pérdida del derecho que se trata de conservar, como el Tribunal estableció en los asuntos de "Interhandel" y de "Anglo-Iranian", así como anteriormente en el de Dinamarca y Noruega sobre Groenlandia, en el que

<sup>28</sup> GUGGENHEIM, ob. cit., pág. 8, nota. GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*. Berlín, 1929, pág. 319.

<sup>29</sup> GUGGENHEIM, ob. cit., págs. 61-62.

<sup>30</sup> WITENBERG, ob. cit., págs. 387 y ss. GUGGENHEIM, ob. cit., págs. 54 y ss. Asimismo CALAMANDREI, ob. cit., págs. 91 y ss, ocupa el capítulo IV de su obra en distinguir las medidas cautelares, de instituciones afines (acciones posesorias, ejecución provisional, condena genérica de daños, etc.).

además se enunció que no se trataba sino de prevenir violaciones jurídicas, no incidencias desagradables de otro carácter.

Por otra parte, y no estando establecida limitación alguna, siempre que se refieran a asuntos que por razón de la materia correspondan al Tribunal (art. 36 del Estatuto), éste puede, juzgando conforme a sus fuentes (art. 38 del Estatuto), adoptar las medidas que estime convenientes, de naturaleza varia, según la interpretación del tratado que se discuta, el punto de derecho internacional de cualquier orden, la violación de un convenio o la reparación debida por tal razón.

Se apunta también doctrinalmente<sup>31</sup> la necesidad del examen, por el Tribunal, de la competencia, siquiera sea de una forma también provisional, para evitar que se tomen medidas cautelares en casos de manifiesta incompetencia; e igualmente que se trate de evitar con la intervención el agravar más que aclarar la situación; razones éstas que no difieren de las expuestas ya, puesto que, en el fondo, son razones de oportunidad.

Los requisitos de la actividad no ofrecen particularidades relevantes, puesto que el lugar es el común a todas las actuaciones: ordinariamente, La Haya; extraordinariamente, cualquier otro lugar (art. 22 del Estatuto); el tiempo hábil para la petición de medidas conservatorias es, según el núm. 1 del art. 61 del Reglamento, cualquiera en el curso del proceso, predominando la forma escrita.

El procedimiento es elemental, siguiendo las orientaciones de los principios procesales de elasticidad, oficialidad, contradicción y libertad que señala SCERNI,<sup>32</sup> producto de una síntesis del derecho procesal continental y el anglo-americano que, según LALIVE,<sup>33</sup> está tan bien hecha que a todos les parece que se han tomado más elementos extraños que propios. En resumen, tiene una fase de iniciación, que puede ser de oficio o a consecuencia de una demanda, comunicándose su contenido a ambas partes y citándolas para que tenga lugar el único trámite forzoso —la audiencia establecida en el art. 61, núm. 8, del Reglamento—, sin perjuicio de que, si se estima conveniente, se haga alguna comprobación, aun cuando sobre ello no haya nada

<sup>31</sup> Opiniones disidentes en el asunto de "Interhandel" (WELLINGTON KOO, KLAES-TAD, LAUTERPACHT) y "Anglo-Iranian Oil Co." (WINIARSKI y BADAWI PASHA).

<sup>32</sup> SCERNI, ob. cit., pág. 632.

<sup>33</sup> LALIVE, *Quelques remarques sur la preuve, devant la Cour Permanente et la Cour International de Justice*. Anuario Suizo de Derecho Internacional. Zürich. Vol. VII, año 1950, pág. 79.

preceptuado, pero se desprende de los poderes habituales del Tribunal y se dicta la resolución correspondiente, motivada, acogiendo, rechazando o modificando la pretensión. No existe fase de impugnación prevista especialmente, ni estaría justificada, por razón de la materia, ya que, si añadimos a la irrecurribilidad de las decisiones del Tribunal el que las providencias cautelares caducan con el proceso principal a su terminación, y además el que la decisión sobre ellas no crea una situación comparable a la cosa juzgada, se entiende el recurso impropio para situaciones que pueden modificarse no solamente a instancia de parte, sino también de oficio.

La ejecución de las medidas de seguridad adoptadas por acuerdos del Tribunal, o de su Presidente, en su caso, corresponde, en primer lugar, a la conformidad de las partes establecida en el art. 94, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas, y, en caso de que una de las partes no se avenga a cumplir una disposición del Tribunal, la otra recurrirá, si lo estima oportuno, al Consejo de Seguridad, quien, si lo estima necesario —cuestión de política internacional— y dentro de las posibilidades de su funcionamiento, puede hacer las recomendaciones al caso o decidir las medidas a tomar hasta lograr la ejecución de la resolución (art. citado, párrafo 2); por ello dispone al art. 41 del Estatuto en su núm. 2, que, dispuesta la medida, el Tribunal la notificará a las partes y al Consejo de Seguridad. Hay, como se puede apreciar, una fase indeterminable, margen de confianza en la buena voluntad de las partes, y otra, coactiva, a petición de la agraviada, para llevar a efecto el acuerdo con medios adecuados según el caso y las circunstancias. Y tal relación entre el Tribunal y el Consejo de Seguridad, resultante de la idea aceptada en el bloque normativo de las Naciones Unidas de que la ejecución es función administrativa y no judicial, aclara alguna cuestión de las que suelen introducirse en los procesos internacionales, como es la de que la actividad del Tribunal puede, en lugar de suavizar las relaciones, agravarlas. Constando, como consta, que en todo caso el Consejo de Seguridad puede decidir, si lo estima necesario, la actividad coactiva, única que puede agravar las cosas, es claro que el Tribunal, al juzgar, puede hacerlo con entera independencia, examinando libremente la cuestión jurídica, con la amplitud necesaria, puesto que el hecho de que sus decisiones sean o no oportunas, según la situación, ya concierne al Consejo de Seguridad. Las partes están en libertad para convenir por convenios diplomáticos lo que estimen conveniente; pero entretanto, la ejecución de las medidas que establece el Tribunal pueden ser ejecutadas en la misma forma establecida que, no constando otra cosa,

forman un cuerpo normativo, no modificable por las partes. Esto se estableció en las medidas acordadas en el asunto de la violación del tratado chino-belga, lo que, evidentemente, se dirige a que los poderes de disposición de las partes no afectan a la cosa juzgada.

Los efectos procesales de las medidas de seguridad adoptadas por el Tribunal son el de producir una resolución que no afecta para nada a lo que es objeto de la cuestión principal, ni en sus presupuestos, ni en su contenido, guardando siempre la relación instrumental propia de la institución, subordinada a la decisión por naturaleza, incapaz de subsistir por sí misma, aun cuando, como resolución procesal, adquiera firmeza y sea ejecutable; y, por otra parte, a tal firmeza y ejecutabilidad no corresponde la imposibilidad de modificación, cuando las circunstancias que han aconsejado la medida desaparecen o cambian, para imponer la adopción de otra distinta o la supresión de la anterior, o su simple modificación.

En relación a los derechos que trata de tutelar, quedan afectados por la resolución, en los límites de su propio dictado, en tanto la situación de hecho o la fundamentación jurídica no cambie o se altere, bien entendido que al derecho en sí, en cuanto a su consistencia, no le afecta, pero evidentemente afecta a su eficacia.

EXPOSICIÓN INDICATIVA DE ALGUNOS CASOS DE APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POR EL TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL Y POR EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA

*Asunto chino-belga.*<sup>34</sup> Los antecedentes consisten en la reclamación presentada por Bélgica ante el Tribunal, por violación, por parte de China, de un tratado de comercio y navegación concertado entre ambos países. El Tribunal, en 8 de enero de 1927, dictó una resolución disponiendo medidas de seguridad con arreglo a unas bases normativas, no modificables por las partes en su aplicación, que debieran regir las relaciones durante el proceso, si bien

---

<sup>34</sup> Todas las referencias a este asunto, directamente de GUGGENHEIM, ob. cit., pág. 60; WITENBERG, ob. cit., págs. 387 y 393, y BECKETT, *Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale*. Recueil des Cours. Academia de Derecho Internacional. 1932. I, 39, págs. 252-253.

tales medidas no llegaron a aplicarse porque las partes, finalmente, concluyeron un nuevo tratado.

*Asunto Chorzow.*<sup>35</sup> Consistente, en cuanto al proceso principal, en una reclamación de cantidad presentada por el Estado alemán y en la que, a título de medida cautelar, pretendía que se llevase a efecto la ejecución provisional. El Tribunal, en resolución de 21 de noviembre de 1927, denegó la medida cautelar solicitada, por entender que no se trataba propiamente de una medida cautelar, sino de una ejecución provisional, que tiene una naturaleza procesal diferente.

*Asunto Alemania-Polonia de la reforma agraria polaca.*<sup>36</sup> En el que el asunto principal concernía a la protección de súbditos de origen alemán que parecían injustamente afectados por la reforma agraria, en contradicción con lo pactado entre ambos Estados y en desigualdad de trato con los súbditos polacos. En resolución de 3 de mayo de 1933, el Tribunal denegó las medidas de seguridad que solicitó Alemania, consistentes en que el Gobierno polaco suspendiese toda actividad en la que, con ocasión de la reforma agraria, resultarían perjudicados súbditos de origen alemán. Se estimó la existencia del peligro a la indemnidad final de los perjudicados, pero se dijo que con la medida de seguridad quedaba afectada toda la reforma agraria correctamente dispuesta en principio por el Gobierno polaco, y que, por lo tanto, la demanda carecía de la necesaria concreción propia de toda petición de medidas provisionales. Se discutió esta resolución en el seno del mismo Tribunal, entendiéndose que, apareciendo claramente el peligro a la indemnidad final de los perjudicados, debió haberse adoptado la medida, ya que la concreción era suficiente o, en todo caso, podría haber sido sustituida por la actividad del Tribunal, o, cuando menos, parece que se indicó que, al rechazarse la medida, debió haberse acogido el Tribunal a una fundamentación diferente.

*Asunto Noruega-Dinamarca.*<sup>37</sup> Sobre actos de soberanía indebidamente ejercidos por Noruega en Groenlandia. La demanda de medidas cautelares se dirigía a evitar los desagradables incidentes que durante el pleito se pudieran producir. El Tribunal, en virtud de resolución de fecha 3 de agosto

<sup>35</sup> Las referencias a este asunto, en los lugares citados en la nota anterior.

<sup>36</sup> Referencias: WITENBERG, ob. cit., pág. 393, y BECKETT, *Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale*. Rec. 1934. IV, 50, págs. 285 y ss.

<sup>37</sup> Iguales referencias que en la nota anterior.

de 1932, entendió que las medidas cautelares estaban dispuestas para casos en los que apareciera un peligro cierto y real, no para prevenir posibles desagradables incidentes que todavía no se habían producido ni era de temer que se produjeran.

*Asunto Anglo-Iranian Co.*<sup>38</sup> Sobre la nacionalización del petróleo en el Irán, contraviniendo lo contraído por tal Gobierno con la empresa citada, concesionaria de tal explotación y cuya actividad se desarrollaba normalmente hasta la nacionalización. Las medidas de seguridad se dirigían a que el Gobierno iraní no entorpeciera las prospecciones y demás trabajos, ni expropiara bienes, ni actuara sobre las acciones correspondientes a la empresa en vista de los graves perjuicios que con tales actos podrían causarse de forma irreparable. A lo que se opuso el Gobierno del Irán, entendiendo que la cuestión se trataba de su exclusiva competencia, por razones de soberanía, por lo que ni en este ni en ningún otro extremo de la cuestión reconocía la jurisdicción del Tribunal, ni pensaba ante el mismo mostrarse parte. En resolución de 5 de julio de 1951 el Tribunal accedió a dictar medidas de seguridad, si bien no se atemperó a la pretensión, sino que fijó obligaciones para ambas partes, nombrando una comisión que vigilara durante el proceso la marcha de la sociedad, cuyas actividades continuarían constatando sus rendimientos y resultados.

La opinión conjunta disidente de los jueces WINIARSKI y BADAWI PASHA rechaza el criterio adoptado por el Tribunal, entendiendo que si en Derecho Interno, en el que se pone especial atención a la competencia, siempre, en definitiva, resulta que algún Tribunal es el competente, en Derecho Internacional, en el que la jurisdicción es producto convencional, cuando una parte se ha manifestado contraria a ligarse como tal en el proceso y no reconoce tal jurisdicción, no puede examinarse la competencia partiendo de una presunción de competencia, sino de incompetencia; por lo que, de no aparecer muy clara, siquiera sea sumariamente, debe abstenerse de toda intervención. Tal argumentación no es convincente, puesto que la eficacia de la institución no puede, en rigor, verse mermada por una actitud rebelde.

*Asunto de "Interhandel"*<sup>39</sup> Reclamación suiza para que el Gobierno de U. S. A. se abstuviera de tomar medidas sobre bienes objeto del proceso de

<sup>38</sup> *Affaire de l' "Anglo-Iranian Oil Co."*. Ordonnance du 5 juillet 1951. C. I. J. Recueil 1951, pág. 89.

<sup>39</sup> *Affaire de l' "Interhandel"* (Mesures conservatoires), Ordonnance du 24 octobre 1957. C. I. J. Recueil 1957, pág. 105.

## LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO INTERNACIONAL

propiedad suiza de la sociedad indicada, vender acciones de una de las entidades comprendidas y, en general, abstenerse de todo acto que pudiera perjudicar la ejecución de la sentencia que se pretendía obtener finalmente, favorable al reconocimiento de los derechos suizos con todas sus consecuencias. Se opuso a lo alegado, en previsión de una eficaz ejecución, que el Gobierno americano había considerado como de su exclusiva atribución de soberanía lo relativo a sociedades comprendidas en la reclamación, condicionando a tal reserva la aceptación de la jurisdicción, alegando además que el asunto se estaba conociendo en tribunales nacionales sin haberse agotado la vía judicial interna, no teniendo por tanto previsto ni fijado el supuesto de las ventas que se trataba de cortar. La resolución de 24 de octubre de 1957 denegó las medidas, porque no se había acreditado el peligro, ya que U. S. A. había manifestado que no se tenía pensada la enajenación de bienes ni acciones.

Tal resolución originó diversas opiniones disidentes. Así, WELLINGTON KOO indicó que, con la reserva sobre competencia indicada por los Estados Unidos, el Tribunal debía haberse abstenido de dictar medidas, pero no por falta de peligro, sino de competencia. KLAESTAD, en general, manifiesta la misma opinión, y LAUTERPACHT entiende que, producida la reserva, debió el Tribunal haber rechazado la medida por falta de competencia clara, sin entrar en la cuestión del peligro, sino examinando su competencia primero para, de un modo provisional, haber dado valor a tal reserva, que, en realidad, era nula, anulando la propia aceptación. Las razones son igualmente débiles, partiendo de un principio de presumida incompetencia que no hay por qué admitir y que contraviene la propia esencia del acto cautelar.

## CONCLUSIÓN

Puede advertirse cómo el Tribunal Internacional ha atendido en todo momento solamente al examen de las circunstancias que han de concurrir, en la naturaleza de la medida —que sea realmente una medida cautelar— y en la del peligro a los derechos que pueda originar el que tales medidas no se adopten, manteniendo, con un procedimiento sencillo, la imposición de medidas, examinando el proceso cautelar con entera independencia del principal, a fin de no producir prejuicios sobre aquél, dada su naturaleza provisoria, en la que se basa un criterio doctrinal muy extenso, aun cuando sea parco en aplicaciones, manteniendo la corriente doctrinal favorable a las

medidas cautelares, que pueden, de raíz, eliminar males irreparables o difícilmente reparables. Esto se consigue a través de la propia indeterminación de las medidas, de la sencillez del procedimiento y de la libertad de actuación dentro del proceso cautelar, en donde su provisionalidad permite entrar, también provisionalmente, en todas las cuestiones que puedan surgir, de cualquier género.

Tal criterio es de perfecta conformidad con la institución, siendo de apreciar el valor doctrinal de esa libertad de acción y de su mira finalista.

---