El caso Fragata “ARA Libertad”

Por Favio Farinella[1]

Abstract

El artículo analiza la decisión del Tribunal Internacional del Mar por la que se concedió la medida cautelar solicitada por Argentina respecto del buque “ARA Libertad” retenido en el puerto de Ghana a fin de cumplir con una sentencia dictada por Tribunales de Nueva York.
Diversas cuestiones son referidas: (i) la jurisdicción del tribunal en un caso que a-priori versa sobre derecho internacional general; (ii) la inmunidad de los buques de guerra y el fondo de la cuestión; y (iii) las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno Ghanés, que se vió enfrentado a un dilema con consecuencias negativas en ambos sentidos.

SUMARIO

Sección 1. Hechos Sección 2. Jurisdicción y Ley Aplicable Sección 3. Fundamento de la medida precautoria Sección 4. Cuestiones finales

1) Profesor e Investigador Universidad Abierta Interamericana, Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina. Doctorando Universidad de Buenos Aires. www.faviofarinella.weebly.com

Sección 1. Hechos

El día 29 de Octubre de 2012 Argentina solicitó la constitución de un tribunal Arbitral con fundamento en el Anexo VII de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar[2] -CNUDM de aquí en mas-, a fin de declarar en primer lugar que la República de Ghana, al detener al buque de guerra "ARA Fragata Libertad", mantenerlo luego detenido, no permitirle recargar combustible y adoptar diversas medidas judiciales en su contra, violó su obligación internacional de respetar las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de las que goza dicho buque conforme el Artículo 32 -CNUDM- y el Artículo 3 de la Convención de 1926 para la Unificación de Ciertas Reglas relativas a la inmunidad de buques de propiedad del estado, así como otras reglas de derecho internacional general o consuetudinario fuertemente establecidas al respecto.
En segundo lugar, Argentina solicitó al Tribunal que declarase que Ghana había impedido el ejercicio del derecho a salir de las aguas jurisdiccionales del estado costero y el derecho de libertad de navegación del que gozaba la Fragata ARA Libertad junto con su tripulación.[3]

Argentina solicitó al Tribunal Internacional del Mar que afirmara la responsabilidad internacional de Ghana requiriéndole que ordenara a este estado cesar inmediatamente las violaciones referidas; pagar una compensación adecuada y ofrecer un saludo solemne a la bandera Argentina como satisfacción por el daño moral causado. Tres días antes -esto es, el 26/10/2012- Argentina había modificado su declaración de ratificación de la CNUDM, retirando con efecto inmediato la excepción opcional sobre la aplicabilidad de la sección 2 de la parte XV de la Convención provista en tal artículo[4] y relativa a las "actividades

2) Ver la Notificación y afirmación de los reclamos de fecha 29 de Octubre de 2012.
3) Conforme los Artículos 18, para. 1(b); 87, para. 1(a); y 90 de la CNUDM.
4) Expuesta en su declaración de 18/10/1995, esto claro con la obvia intención de producir los

militares de buques y aeronaves estatales ocupados en servicios no comerciales."

Finalmente, el 14 de Noviembre de 2012 Argentina solicitó el dictado de una medida provisoria consistente en ordenar al estado de Ghana que permitiera de forma incondicional al buque "ARA Fragata Libertad" dejar el puerto de Tema y las aguas jurisdiccionales y que fuera reabastecido a tal fin.

Desde lo normativo, Argentina argumentó que el conflicto se relacionaba particularmente con la interpretación y aplicación de los Artículos 18, parágrafo 1 (b); 32; 87, parágrafo 1 (a); y 90 de la CNUDM. En su respuesta, Ghana requirió del Tribunal el rechazo del pedido de medidas precautorias, a la vez que se ordenara a Argentina el pago de todos los gastos incurridos en conexión con su solicitud.

Sección 2. Jurisdicción y Ley aplicable

El Tribunal del Mar es un tribunal internacional específico y de carácter temático. Entiende sólo en cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar conforme sus provisiones[5] y eventualmente, de acuerdos internacionales relacionados con los propósitos de la Convención.[6]

efectos de la aplicación del Anexo II y la solicitud de medida cautelar ante el Tribunal del mar.

5) A saber Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, Artículo 288, párrafo 1 y Estatuto del Tribunal del Mar, Artículo 21; Artículo 297, y declaraciones realizadas conforme el Artículo 298.

6) Al momento existen diez acuerdos multilaterales que confieren jurisdicción al Tribunal del Mar. Entre ellos (i) Agreement relating to the implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea; y (ii) The United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly

En relación con el derecho aplicable, el Artículo 293 dispone que “La corte o tribunal competente en virtud de esta sección aplicará esta Convención y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella.”

La piedra de toque del pedido Argentino de medidas precautorias ha sido el Artículo 32 de la Convención que afirma la inmunidad de los buques de guerra que ejercen el derecho de paso inocente por el mar territorial del estado costero: “Con las excepciones previstas en la subsección A y en los artículos 30 y 31, ninguna disposición de esta Convención afectará a las inmunidades de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales.” El otro Artículo de la CNUDM de importancia en este punto es el Artículo 95 que dice: “Los buques de guerra en la alta mar gozan de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su pabellón.”

Ahora bien, aquí surge un punto interesante. La inmunidad de los buques de guerra, ¿ es una regla de derecho internacional general o una norma específica del derecho del mar ?. Si lo primero fuera correcto el Tribunal del Mar hubiera carecido de jurisdicción. Pero claro, la otra opción internacional, esto es, la Corte Internacional de Justicia, tenía un antecedente reciente desfavorable para Argentina en lo que hace al pedido de medidas precautorias -caso de las Papeleras en el Río Uruguay-.

El Artículo 32 de la CNUDM puede ser interpretado como una regla especial relativa a la inmunidad de los buques de guerra, en una suerte de reenvío a otras convenciones[7], o bien su inclusión podía deberse a la intención de reiterar que una regla básica del derecho internacional general -la inmunidad de los

Migratory Fish Stocks.

7) Como lo decidido por el ITLOS en el caso MOX Plant, Sentencia, 02/07/2003, párrafo 85. Así lo afirma Michail Risvas, en “The Saga continues: Argentina's request for provisional measures v. Ghana before the ITLOS”, 20/11/2012, European Journal of International Law. Ver www.ejiltalk.org

buques de guerra-, no se encuentra afectada por la CNUDM.
Ghana argumentó en este sentido. Respondió que conforme el Artículo 288 de la Convención, aún cuando no negaba la existencia de una disputa entre ambos países, la misma concernía al derecho internacional general, antes que a la interpretación o aplicación de la CNUDM.

El Tribunal Internacional del Mar elucida este punto en favor de la Argentina en tanto acepta su jurisdicción basado en la necesidad de interpretar si se ha violado el Artículo mencionado, considerándolo tácitamente una regla de la Convención de Derecho del Mar antes que una norma de derecho internacional general, que por supuesto, también lo es.
El tribunal interpretó que el Artículo 32 tal cual se encuentra formulado se aplica de manera general y no se limita al mar territorial. Afirmó: "Alguna de las provisiones -p.e. el Artículo 32- pueden ser aplicables a todas las áreas marítimas".[8] El Tribunal consideró que aún cuando la cuestión fuera de derecho internacional general, por tratarse de un pedido de medidas precautorias, la jurisdicción se justificaba en la posibilidad de poner en peligro las relaciones amistosas entre Ghana y Argentina, meritando sobre todo el incidente ocurrido el 7 de Noviembre de 2012, cuando personal portuario de Tema intentó forzar al buque a desplazarse a otra zona del puerto, cortando los suministros de agua y electricidad, respondiendo la tripulación Argentina con las armas en cubierta.
Waibel[9] se expresa en contra de esta ampliación de la jurisdicción, citando a las opiniones disidentes de los jueces Cot y Wolfrum, basados en que toda ampliación de los poderes jurisdiccionales del Tribunal es contraria a la filosofía que gobierna el sistema de solución de controversias de la Convención que se basa en un sistema *obligatorio* pero *acotado* a la misma convención.

8) Decisión del TIDM relativa al pedido de medidas cautelares The "ARA Libertad" Case (Argentina v. Ghana), Order of 15 December 2012, para. 64. Ver sitio www.itlos.org/

9) Waibel Michael, ITLOS order Ghana to release Argentine navy ship, European Journal of International Law, EJIL Talk!, p. 1., 17/12/2012. Ver www.ejiltalk.org/itlos-order-ghana-to-release-argentine-navy-ship/

Sección 3. Fundamento de la medida precautoria

La decisión favorable a Argentina contiene rasgos particulares. La amenaza de hacer peligrar las relaciones amistosas entre ambos estados fue la justificación del dictado de la medida precautoria solicitada.

En este punto, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia se muestra dividida. En Burkina Faso v. Mali (orden provisional)[10] la CIJ opinó que el Artículo 41 del Estatuto le brinda el poder de indicar medidas provisionales a fin de prevenir la agravación o extensión de la disputa siempre y cuando considere que las circunstancias así lo requieren.

Igual fundamento de prevenir el quiebre de relaciones amistosas fue invocado y resuelto de manera positiva habilitando lo pedido en los casos Georgia v. Federación Rusa[11] y Costa Rica v. Nicaragua[12], ordenando a los estados abstenerse de realizar actos de discriminación racial y de enviar o mantener en el territorio en disputa todo tipo de personal, respectivamente.

Sin embargo, como ya mencionamos, frente a una posibilidad similar de ver agravado el conflicto, la CIJ negó la posibilidad de dictar medidas cautelares en el caso Papeleras en el Río Uruguay[13].

---

10) CIJ, Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Orden provisional del 10/01/1986. Ver http://www.icj-cij.org/docket/files/69/6441.pdf

11) CIJ, caso relativo a la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (Georgia v. Federación de Rusia), indicación de medidas conservatorias, 15/10/2008. Ver www.icj-cij.org/docket/files/140/14801.pdf

12) CIJ, caso relativo a ciertas actividades desarrolladas por Nicaragua en el area de frontera (Costa Rica v. Nicaragua), pedido para la indicación de medidas provisionales, 08/03/2011. Ver www.icj-cij.org/docket/files/150/16324.pdf

13) CIJ, caso relativo a las fabricas de pasta de papel sobre el rio Uruguay, Argentina v. Uruguay, Orden Provisional de 23/01/2007. Ver www.icj-cij.org/docket/files/135/13615.pdf

No obstante, aún cuando la jurisdicción del Tribunal Internacional del Mar no hubiera descansado en la inmunidad de los buques de guerra -Artículos 32 y 95-, de todas formas hubiera existido jurisdicción en función del principio del estoppel. En efecto, durante la época crítica, se produjo en Ghana una contradicción entre su poder Ejecutivo y su Poder Judicial basada en un conflicto de jerarquía interna entre el derecho internacional y el derecho doméstico.

Primero, Ghana brindó garantías internacionales para la entrada y permanencia de la fragata en el puerto de Ghana, con lo cual no podría luego objetar el recurso al derecho internacional para resguardar tales garantías.[14] El propio Tribunal resaltó en su decisión que la visita de la fragata al puerto de Tema desde el 1 al 4 de Octubre de 2012 había sido motivo de un intercambio de notas diplomáticas entre las partes y que las autoridades Ghanesas concedieron tal pedido.

Segundo, el propio gobierno Ghanés avaló la posición Argentina dentro del procedimiento interno Ghanés en relación a que la fragata gozaba de inmunidad de ejecución. No obstante esto, la Corte emitió una orden de detención del buque. Ante el Tribunal Internacional del Mar Ghana argumentó que no podía desoír una orden emitida por su propia Corte ya que lo contrario equivaldría a violar la separación de poderes y socavar el estado de Derecho. Bajo la visión del derecho internacional, Ghana -como cualquier otro estado- es responsable por las acciones u omisiones de cualquiera de sus agencias estatales.

Argentina no hizo mención a este punto.

14) TIDM, supra nota 8, para. 58.

Sección 4. Cuestiones finales

Aún cuando el Tribunal Internacional del Mar haya sólo decidido una medida precautoria y no de fondo, en la resolución se evidencia una línea muy delgada entre la preservación de los derechos de las partes -finalidad de la medida precautoria- y la decisión final sobre el fondo del asunto que se espera sea resuelto por el Tribunal Arbitral conforme el Anexo VII de la CNUDM.
La liberación incondicional ordenada por el Tribunal del Mar se asemeja mucho a decidir la cuestión de fondo. Sin embargo, el fallo afirma no afectar los derechos de las partes -Ghana y Argentina- ya que ambos estados acuerdan en que los buques de guerra poseen inmunidad. No obstante, los derechos de terceros privados -el fondo NML- sí se ven afectados dentro de los procedimientos domésticos en curso tanto en Estados Unidos como en Ghana.

Y aquí llegamos al punto mas interesante por desafiante.
NML Capital es un fondo de inversión constituido en las Islas Caymán, cuya propiedad pertenece a Elliot Associates -un fondo de riesgos Estadounidense-. Este fondo había obtenido una orden de la Corte Superior de Justicia de Ghana (División Comercial) a fin de mantener a la fragata amarrada en el puerto de Tema con el objeto de satisfacer el cumplimiento de una decisión judicial emitida por una Corte de Distrito de Estados Unidos relativa al pago de bonos defaulteados por Argentina.

La naturaleza del conflicto examinado no es la existencia de inmunidad respecto de los buques de guerra, sino si tal inmunidad no ha sido renunciada por Argentina -al formular el canje de la deuda y someterse a tribunales extranjeros- y si eventualmente, tal renuncia a efectos de su validez debe ser especial o basta con la renuncia general existente.

Como es fácil entender, nuevos pedidos de los acreedores privados serán presentados en cualquiera de los cerca de docientos estados que existen en el mundo, solicitando nuevos embargos.

El éxito jurídico Argentino en el pedido formulado ante el Tribunal del Mar debe ser mesuradamente recibido. Hasta tanto se resuelva la interpretación del pari-passu en los tribunales de Nueva York dentro de la disputa que el fondo NML mantiene con el estado Argentino, cualquier otro bien Argentino en el mundo será pasible de ser embargado frente al apetito de cobro de los holdouts.

Favio Farinella
Enero 2013