

ISSN 0719-210X

R E V I S T A
TRIBUNA
INTERNACIONAL

Publicación del Departamento de
Derecho Internacional

Volumen 2 / N°3 / 2013

FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Rector de la Universidad de Chile

Víctor Pérez Vera
Av. Alameda Libertador Bernardo
O'Higgins 1058, Santiago

Representante legal

Roberto Nahum Anuch
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Chile

Director Responsable

Mario Ramírez Necochea

Editoras de Contenidos

Rita Lages
Claudia Sarmiento Ramírez

Comité Editorial

Gonzalo Aguilar
José Carlos Fernández Rosas
Claudio Grossman
Mattias Kumm
Hugo Llanos
Cecilia Medina
Elina Mereminskaya
Mónica Pinto

Comité de Árbitros

Sergio Alburquenque Lillo (Chile)
Paulina Astroza (Chile)
Carolina Belmar (Chile)
María Paz Canales (Chile)
Alberto Coddou (Chile)
Zoya Galarza (Bolivia)
Nadia Franco-Bazán Ó Laighín (Panamá)
Rodrigo Lledó Vásquez (Chile)
Andrea Lucas Garín (Argentina)
Ignacio Mujica Torres (Chile)
Gloria Ramos Fuentes (Chile)
Marcela Ruiz Calderón (Chile)
Christian Sommer (Argentina)
Carolina Stefoni (Chile)
Gustavo Tocopillán (Argentina)
Miguel Torres (Cuba)
Cecilia Urbina (Chile)
Gustavo Luiz Von Bahten (Brasil)

Revista Tribuna Internacional

Publicación del Departamento de Derecho
Internacional de la Facultad de Derecho de
la Universidad de Chile
Volumen 2 / N° 3 / 2013
www.tribunainternacional.uchile.cl
ISSN: 0719-210X

Diseño y producción:

Productora Gráfica Andros Ltda.
www.androsimpresores.cl
Impreso en Chile/ Printed in Chile

ÍNDICE

Artículos

- Matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero y sus efectos jurídicos en Chile. Análisis crítico del artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil 9
Pablo Andrés Cornejo Aguilera
- La responsabilidad en el derecho penal internacional: una aproximación desde la filosofía de John Searle. Reflexiones a partir del caso Lubanga 33
Rodrigo A. González Fernández y M. Soledad Krause Muñoz
- Effectiveness of REDD programs in the protection of *sui generis* indigenous rights 55
Paloma Infante M.
- Los usos. Si las inversiones y operaciones comerciales en diversos sectores implican diversos riesgos y oportunidades, ¿por qué no se invocan adecuadamente “los usos” en el procedimiento arbitral? 83
Hernany Veytia

Comentarios de jurisprudencia

- La Orden de Medidas Provisionales del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el caso del buque de guerra ARA Libertad 113
Martín Cabrera Mirassou
- A Case of Equitable Maritime Delimitation: Nicaragua and Colombia in the Western Caribbean Sea 129
Paul S. Reichler

Recensiones

- “Guerra de las Malvinas. Noticia en desarrollo 1982-2012” 163
(Editorial *El Mercurio*, Santiago, 2012), de José RODRÍGUEZ ELIZONDO,
por Juan Emilio Cheyre
- “La Convención sobre Derechos del niño. Instrumento de progresividad
en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” 169
(Editorial Dykinson, Madrid, 2011), de María del Rosario CARMONA LUQUE,
por Lucía Rizik Mulet

La Orden de Medidas Provisionales del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el caso del buque de guerra ARA Libertad¹

The Order of Provisional Measures of the International Tribunal for the Law of the Sea in the ARA Libertad warship case

Martín Cabrera Mirassou

martin.cmirassou@gmail.com

Abogado (UNLP, Argentina), Escribano (UNLP, Argentina), candidato a Magíster en Relaciones Internacionales (UNLP, Argentina), exbecario de la OEA y exbecario de investigación de la Universidad Nacional de la Plata (Argentina).

Resumen: El presente comentario tiene por finalidad describir la reciente orden de medidas provisionales emitida por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el caso relativo a la detención de la Fragata ARA Libertad. La controversia contiene un complejo trasfondo político, económico y jurídico, en el cual se destaca el alcance de la inmunidad de los buques de guerra, el funcionamiento del sistema de solución de controversias de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y, en particular, la competencia del Tribunal. Con la finalidad de lograr un entendimiento más profundo de su jurisprudencia se abordan los principales aspectos que permitan comprender el valor de la decisión para los actores del régimen de los océanos.

Palabras clave: medidas provisionales, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, inmunidad de buques de guerra, solución de controversias.

Abstract: *The purpose of this commentary is to describe the recent Order of provisional measures issued by the International Tribunal for the Law of the Sea, in the case regarding the detention of the ARA Libertad Frigate. The dispute responds to a complex political, economical and juridical background, in which attention is called to the scope of the immunity of warships, the performance of the dispute settlement system of the United Nations Convention for the Law of the Sea and, in particular, the jurisdiction of ITLOS.*

¹ Fecha de recepción: 14.03.2013 y fecha de aceptación: 15.04.2013.

With the aim of achieving a deeper understanding of its jurisprudence, the commentary deals with the main aspects of the decision, allowing to comprehend the value for the ocean regime and its actors.

Keywords: *provisional measures, International Tribunal for the Law of the Sea, warship immunity, dispute settlement*

I. Introducción

El día 15 de diciembre de 2012, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (el Tribunal) dictó una orden de medidas provisionales tras una solicitud efectuada por la República Argentina, con relación a la controversia mantenida con la República de Ghana por la detención y retención del buque de guerra “ARA Libertad”. El Tribunal prescribió que el buque sea liberado de inmediato y pueda abandonar las zonas marítimas bajo jurisdicción de Ghana sin condicionamiento alguno. El “ARA Libertad” es un buque de guerra de la Armada Argentina, que es utilizado como buque de entrenamiento para cadetes, los cuales recorren el mundo en viajes oficiales con el objetivo de consolidar y profundizar las relaciones de amistad con diversos países. Fue durante uno de estos viajes, y mientras la fragata se encontraba amarrada en el puerto de Tema, en el país africano, que un juez ghanés decretó embargar el buque, tras el pedido de la compañía NML, la cual persigue el cobro de bonos de deuda emitidos por Argentina. El buque contaba al momento de la detención con 289 marinos argentinos, junto con 23 graduados de Uruguay y de Chile y 13 invitados especiales de las fuerzas navales de Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú, Sudáfrica, Surinam, Venezuela y Uruguay.

El inusitado nivel de atención y cobertura de los medios de comunicación² sobre la controversia responde a que, lejos de ser exclusivamente un caso donde se discuten cuestiones específicas sobre derecho del mar, se vincula directamente con la soberanía,

² Entre otros artículos y coberturas periodísticas: BARON, A. 2012. *Fallo contra la Argentina: la Fragata seguirá en Ghana*. [en línea] *Clarín*. 12 de octubre, 2012. http://www.clarin.com/politica/Fallo-Argentina-Fragata-seguira-Ghana_0_790720951.html [consulta: 5 enero 2013]. DE VEDIA, M. 2012. *Chispazos entre Defensa y Cancillería por la Fragata*. [en línea] *La Nación*. 13 de octubre, 2012. <http://www.lanacion.com.ar/1516924-chispazos-entre-defensa-y-cancilleria-por-la-fragata> [consulta: 15 diciembre 2012]. PEREGIL, F. 2012. *El Tribunal del Mar ordena a Ghana liberar la fragata argentina ‘Libertad’*. [en línea] *El País*. 15 de diciembre 2012 http://internacional.elpais.com/internacional/2012/12/15/actualidad/1355590118_811273.html [consulta: 22 diciembre 2012]. FORD, L. 2012. *Maritime tribunal orders Ghana to set Argentina’s Libertad frigate free*. [en

intereses y símbolos de un Estado. Además, cobra valor el diferendo, ya que refleja la interacción entre los mecanismos de solución de controversias que existen en el derecho internacional. Por otro lado, significa la primera intervención en un caso contencioso de ambos países ante el Tribunal, siendo también escasos los antecedentes en la arena internacional sobre detenciones de buques de guerra.

Las visiones y estudios contemporáneos rescatan que la multiplicación de cortes y tribunales internacionales responde al cambiante contexto internacional. En este sentido, ya no es suficiente que un órgano jurisdiccional sea analizado exclusivamente desde su capacidad para solucionar controversias, sino que debe procurarse su estudio desde la multifuncionalidad que ostentan. Así, la mayoría de las cortes internacionales son creadas para avanzar en determinadas metas, como lo son el promover cumplimiento con las normas internacionales, resolver y prevenir controversias internacionales y contribuir al manejo de instituciones políticas relacionadas y con los regímenes de cooperación. Los tribunales internacionales son creados y fundamentan su existencia en, ya sea proteger y ser un instrumento de la soberanía estatal, para proteger los valores de la comunidad internacional, o como administradores del régimen dentro del cual operan³.

El Tribunal, como institución creada por la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (la Convención), debe respetar y hacer cumplir las disposiciones y propósitos de esta, en el marco de la finalidad y metas atribuidas por los actores del régimen. Una de las grandes metas a cargo del mismo consiste en mantener el balance de los intereses de los Estados, principalmente de los ribereños con aquellos de los Estados del pabellón, y entre Estados que tengan algún espacio marítimo colindante. Al interpretar la Convención, debe recordar que no solo los derechos y obligaciones de los Estados están en juego, sino que también su responsabilidad en asegurar el mantenimiento del balance entre los diferentes actores, como institución judicial de un régimen basado, en gran parte, en dicho compromiso.

línea] *The Guardian*. 17 de diciembre 2012. <http://www.guardian.co.uk/global-development/2012/dec/17/maritime-tribunal-ghana-argentina-libertad> [consulta: 10 marzo 2013].

³ Véase al respecto, SHANY, Y. 2012. *Compliance with Decisions of International Courts as Indicative of their Effectiveness: A Goal-Based Analysis*. [en línea] Hebrew University of Jerusalem Faculty of Law Research Paper Nº 04-10 <http://papers.ssrn.com> [consulta: 01 marzo 2012]. Y también BODANSKY, A. y VENZKE, I. 2012. *On the Functions of International Courts: an Appraisal in Light of their Burgeoning Public Authority*. [en línea] Amsterdam Center for International Law Nº 2012-10 <http://papers.ssrn.com> [consulta: 20 junio 2012].

En el presente comentario, luego del relato de los hechos que dieron origen a la Orden del Tribunal, se describe la competencia del mismo en la controversia, en particular el porqué no se invocó el procedimiento de pronta liberación de buques y sus tripulaciones, y se enfoca en la posibilidad de decretar medidas provisionales con las que cuenta el Tribunal. Se continúa con la relación entre los diferentes mecanismos donde la controversia pudo haber sido sometida. Luego, se mencionan las pretensiones de las partes, para llegar a la decisión de los jueces en el caso, finalizando con un breve análisis y conclusiones. El comentario tiene por objetivo difundir la creciente jurisprudencia del Tribunal, y a su vez, determinar su valor con relación a la multifuncionalidad de la jurisdicción internacional.

II. Antecedentes fácticos

Los antecedentes de la controversia se relacionan con una serie de casos iniciados por NML, una compañía bajo la legislación de las Islas Caimán, subsidiaria de una compañía de Estados Unidos de administración de inversiones, en los sistemas judiciales de Estados Unidos de América y el Reino Unido contra Argentina. En estos casos se reclaman sumas supuestamente adeudadas a NML bajo dos series de bonos emitidos por el país sudamericano en 1994. En diciembre de 2006, un tribunal de Nueva York falló a favor de NML por un monto de aproximadamente US\$ 284 millones, la empresa consecuentemente buscó ejecutar la sentencia. El 1 de octubre de 2012, la Fragata ARA Libertad ingresó al puerto de Tema en visita oficial acordada con el Gobierno de Ghana, el buque fue retenido el 2 de octubre de dicho año por una orden judicial del Juez Comercial de primera instancia de Accra, que hizo lugar a un reclamo de NML. La Corte Comercial de Accra fijó una fianza de US\$ 20 millones, del total de US\$ 370 millones exigidos por NML a la Argentina, rechazando el argumento de inmunidad del buque⁴.

Ante esta situación, autoridades del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina emprendieron una gestión bilateral ante el gobierno de Ghana, comenzando la etapa de negociación. Se remarcó que si tales gestiones no tuvieran una solución favorable, se continuarían con las diferentes opciones con las

⁴ RISVAS, M. 2012. *Argentina's Sovereign Debt Default Cases: Some Recent Developments in a Continuing Saga*. [en línea] <http://www.ejiltalk.org/> [consulta: 09 noviembre 2012].

que cuenta el derecho internacional. También se confirmó que Argentina iba a agotar las instancias judiciales de Ghana y de los tribunales internacionales en defensa de su soberanía⁵. El 3 de octubre de 2012, el Canciller argentino mantuvo una conversación telefónica con su par ghanés, expresando la preocupación del Gobierno por el embargo decretado contra un buque de guerra de la Armada y solicitándole su intervención para la liberación inmediata del mismo. Al día siguiente, la Cancillería envió una nota oficial al Canciller ghanés, reiterando los conceptos vertidos. Asimismo, se presentó un pedido de levantamiento del embargo trabado sobre el buque, que fue rechazado por el juez. Esto verifica el rechazo inmediato, claro, expreso de las autoridades argentinas a las acciones ghanesas.

Entre el 16 y el 19 de octubre tuvo lugar la Misión a Accra del Vicecanciller y del Secretario de Asuntos Internacionales del Ministerio de Defensa argentino. Ambos mantuvieron entrevistas con el Canciller, Ministro de Defensa, Ministro del Interior y con el Fiscal General, así como con asesores del Presidente y otros funcionarios ghaneses. El 22 de octubre, las máximas autoridades de la Cancillería mantuvieron en las Naciones Unidas reuniones con el Presidente del Consejo de Seguridad, el Presidente de la Asamblea General, el Secretario General y la Consejera Legal de la Organización.

La falta de acuerdo o solución entre ambos países provocó el agotamiento de la etapa de negociación, por lo que Argentina decidió poner en funcionamiento los mecanismos jurisdiccionales previstos en la Convención. Para ello, el 30 de octubre notificó al Gobierno de Ghana del sometimiento de la controversia al procedimiento de arbitraje, de conformidad con el Artículo 1 del Anexo VII de la Convención. En la misma comunicación le solicitó a Ghana que adoptara la medida provisional consistente en permitir sin condiciones el reabastecimiento y salida de la Fragata de sus aguas jurisdiccionales. El día 14 de noviembre se notificó al Tribunal de la solicitud de medidas provisionales⁶. Las audiencias ante los jueces se llevaron a cabo los días 29 y 30 de noviembre de 2012.

⁵ DE VEDIA, M. 2012. *Chispazos entre Defensa y Cancillería por la Fragata*. [en línea]. *La Nación*, 13 de octubre, 2012. <http://www.lanacion.com.ar/1516924-chispazos-entre-defensa-y-cancilleria-por-la-fragata> [consulta: 15 diciembre 2012].

⁶ Párrafos 30, 31 y 32 de la Orden.

III. La competencia del Tribunal para entender en el caso

El artículo 287 de la Convención enumera los cuatro mecanismos existentes para someter las controversias relativas a la interpretación y aplicación de este tratado internacional. Los Estados Partes de la Convención pueden elegir entre: a) El Tribunal Internacional del Derecho del Mar; b) La Corte Internacional de Justicia; c) Un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII; d) Un tribunal arbitral especial, constituido de conformidad con el Anexo VIII, para una o varias de las categorías de controversias que en él se especifican. Es la prerrogativa de cada Estado elegir cuál de estos procedimientos está dispuesto a aceptar para resolver la controversia en la cual puede estar involucrado. Se pueden elegir uno o varios de ellos, y es la opción de cada Estado otorgarle prioridad a uno en particular. Pero es necesario que se elija aunque sea uno, de lo contrario se considera que es competente el arbitraje del Anexo VII para entender en la controversia. Si las partes en una disputa aceptaron el mismo procedimiento para su solución, solo podrá ser sometida a ese, de lo contrario, el diferendo solamente podrá ser sometido al arbitraje mencionado.

El Tribunal no tiene jurisdicción automática sobre todas las controversias relativas a la interpretación y aplicación de la Convención. Excepto en casos específicamente previstos, todas las partes en una controversia deben haberlo aceptado como el fuero al cual recurrir⁷. Pero sí cuenta con jurisdicción residual en determinados supuestos. Por un lado, el Tribunal puede decretar, modificar o revocar medidas provisionales a falta de constitución del tribunal arbitral al cual se le sometió una controversia, si estima *prima facie* que el tribunal a constituirse sería competente y la urgencia de la situación lo amerita. El otro supuesto se refiere a la pronta liberación de buques y sus tripulaciones, en el cual a falta de acuerdo de las partes sobre el fuero al cual someterlo, el Tribunal puede intervenir y decidir en dicho procedimiento. Sin perjuicio de ello, las partes son libres de acordar en cualquier momento a qué fuero recurrir, incluso si ambas hubieran elegido al Tribunal, pueden una vez surgida la controversia elegir un fuero diferente.⁸

⁷ MENSAH T. 2001. *The Place of the International Tribunal for the Law of the Sea in the International System for the Peaceful Settlement of Disputes*. En RAO, C. y KHAN, R. (Eds.). *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practice*. La Haya, Kluwer Law International. 24 p.

⁸ De acuerdo al Art. 287, inc. 5 de la Convención.

La República Argentina⁹ al momento de elegir la prioridad de fueros en base al artículo 287 de la Convención se inclinó por el Tribunal como primera opción y luego por el tribunal del Anexo VIII como segunda opción. Asimismo, realizó una declaración sobre las controversias que excluyó del arreglo judicial, la cual retiró el 26 de octubre de 2012, relativa a actividades militares de buques y aeronaves gubernamentales que realizan servicios no comerciales, de acuerdo con el artículo 298, párrafo 1 (a), (b) y (c). Por su parte, la República de Ghana no realizó una declaración basándose en el Artículo 287, pero excluyó las controversias mencionadas en el artículo 298, párrafo 1 (a), relativas a delimitaciones marítimas, el 15 de diciembre de 2009.

A. ¿Se pudo haber recurrido a la Corte o a un arbitraje?

La decisión del Tribunal debe ser analizada y apreciada en consonancia con el contexto en el cual está enmarcado el órgano judicial. Tanto la Corte como el arbitraje pueden ser una opción para este tipo de controversias. Sólo luego del análisis de las ventajas y desventajas de cada fuero en particular, los Estados se inclinan por uno de ellos. Son dos las clases de arbitraje contemplados en la Convención, conocidos por el Anexo que regula a cada uno de ellos. Existe aquel que puede funcionar como mecanismo independiente o subsidiario a la falta de acuerdo de las partes en la elección de un fuero, o por defecto si las partes lo han elegido como primera opción, detallado en el Anexo VII. A su vez, se crea un arbitraje especial por su competencia en razón de la materia, limitada a cuestiones específicas, regulado en el Anexo VIII¹⁰.

Es interesante resaltar que, a pesar de los acuerdos firmados por las partes para someter sus controversias a un arbitraje, con posterioridad decidieron recurrir al Tribunal en

⁹ Argentina firma la Convención el 5 de octubre de 1984 y la ratifica el 1 de diciembre de 1995, Ghana, por su parte, firma el tratado el 10 de diciembre de 1982 y lo ratifica el 7 de junio de 1983.

¹⁰ Hasta la fecha se han iniciado ocho procedimientos arbitrales, todos ellos en el marco del Anexo VII. Estos son: Caso del Atún de Aleta Azul del Sur (Nueva Zelanda v. Japón, Australia v. Japón), Caso del Estrecho de Johor (Malasia v. Singapur), Delimitación Marítima (Barbados v. Trinidad y Tobago), Delimitación Marítima (Guyana y Surinam), Caso de la Planta de MOX (Irlanda v. Reino Unido), Delimitación Marítima (Bangladesh v. India), controversia por el 'Área Marina Protegida' (Mauricio v. Reino Unido), Jurisdicción en el '*South China Sea*' (Filipinas v. China), caso del ARA Libertad (Argentina v. Ghana).

detrimento de un tribunal arbitral¹¹. El caso *Saiga 2* fue inicialmente sometido a un arbitraje por San Vicente y las Granadinas, pero luego de un acuerdo con Guinea se transfirió al Tribunal. De manera similar sucedió con el caso de la *Conservación del Pez Espada*, en el cual Chile sometió su disputa con la entonces denominada Comunidad Europea a un arbitraje bajo el Anexo VII, pero luego de negociaciones, el caso se transfirió a una sala del Tribunal. Tomó nota de esto Bangladesh, cuando inició el procedimiento arbitral bajo el Anexo VII contra Myanmar, pero al mismo tiempo notificó al Tribunal sobre las declaraciones de ambos Estados aceptando su competencia.

Las respuestas de los tribunales arbitrales tampoco fueron destacables en términos jurídicos o eficaces, en muchos casos no se dio una solución a la controversia que le fue sometida. En los asuntos del *Atún de Aleta Azul del Sur*, el fondo del asunto es sometido a un tribunal arbitral, que se declara sin jurisdicción para entender en el mismo, por ende, no dando una solución a la controversia. Es por negociaciones impulsadas por el Tribunal que las partes llegan a un acuerdo para sus diferencias. En el caso del *Estrecho Johor*, las partes, a pesar de que la controversia estaba sometida a un arbitraje, adoptaron un tratado que puso fin, en base a lo señalado por el Tribunal, a la controversia que había suscitado el inicio de los procedimientos. En el caso de la *Planta de MOX* intervienen, además del Tribunal, la CEJ y dos tribunales arbitrales. Uno de estos no se pronuncia sobre el fondo por deferencia hacia la CEJ, suspendiendo los procedimientos, a lo cual las partes tuvieron que negociar y avanzar en sus relaciones con los lineamientos provistos por el Tribunal.

B. La pronta liberación de buques y sus tripulaciones

De acuerdo con el artículo 292 de la Convención, cuando las autoridades de un Estado retengan a un buque que enarbole el pabellón de otro Estado y este alegue que en la retención no se observaron las disposiciones de la Convención respecto de la pronta liberación del buque o de su tripulación una vez constituida fianza razonable u otra garantía financiera, la cuestión puede ser sometida a la corte o tribunal que las partes designen o, a falta de acuerdo en un plazo de 10 días desde el momento de la retención, a la corte o tribunal que el Estado que haya procedido a la retención haya aceptado o

¹¹ Aquí se manifiesta el problema de que solo 45 de los 162 Estados Partes de la Convención hayan realizado la declaración de elección de fuero, 33 de ellos eligiendo al Tribunal.

al Tribunal. Una vez constituida la fianza u otra garantía financiera determinada por la corte o tribunal, las autoridades del Estado que haya procedido a la retención cumplirán sin demora la decisión relativa a la liberación.

El procedimiento del artículo 292 se puede aplicar solo cuando expresamente se dispone en la Convención, y no para cualquier caso donde un buque es retenido. Estos artículos son el 73, inciso segundo, cuando establece que los buques apresados y sus tripulaciones serán liberados con prontitud, previa constitución de una fianza razonable u otra garantía. El artículo 226, inciso primero, en caso de que la liberación haya sido denegada, el Estado del pabellón podrá procurar la liberación del buque de conformidad con lo dispuesto en la Parte XV. Y, hasta cierto punto, por no mencionar expresamente la fianza razonable, el artículo 220, inciso sexto, cuando exista prueba de que un buque que navega en la ZEE o en el mar territorial de un Estado ha cometido, en la ZEE, una infracción que amenace causar graves daños a las costas o los intereses del Estado ribereño, o a los recursos marinos, ese Estado podrá iniciar un procedimiento que incluya la retención del buque¹².

La parte demandante no invocó este procedimiento, *a fortiori* más idóneo, ya que el mismo está diseñado para liberar al buque y su tripulación de una detención prolongada por la imposición de fianzas irrazonables en las jurisdicciones internas, o la falta de legislación interna que disponga la liberación luego de la constitución de una fianza razonable, infligiendo pérdidas evitables al dueño del buque y otras personas. Igualmente, protege los intereses del Estado ribereño al disponer la liberación solo bajo la constitución de una fianza razonable u otra garantía financiera y en casos expresamente determinados¹³. La otra razón para no invocar este procedimiento es que si Argentina lo hacía, estaba reconociendo el pago de una fianza, ya que justamente, la fianza es para este procedimiento ínsito. La política y estrategia de no pagar a los bonistas *holdouts* y el de sostener que el buque nunca tuvo que ser detenido, es totalmente inconsistente con este procedimiento.

¹² OXMAN B. 1998. [Case Note] The M/V “Saiga” (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea) ITLOS Case Nº 1. American Journal of International Law 92 (2): 279-280, para el autor solo procede en dos casos, aquellos de los art. 73 y 226. Ver casos *Camouco*, párr. 59, *Monte Confurco*, párr. 63, y *Volga*, párr. 59. Por su parte, ROSENNE S. 1995. Establishing the International Tribunal for the Law of the Sea. American Journal of International Law 89 (4): 813, solo considera que los art. 73 y 220 permitirían iniciar el procedimiento. CAMINOS, H. 2006. “The International Tribunal for the Law of the Sea: An Overview of its Jurisdictional Procedure”. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 5 (1): 16.

¹³ Caso *Camouco* (Panamá v. Francia), pronta liberación, sentencia del 7 de febrero de 2000, párr. 57 y Caso *Monte Confurco* (Seychelles v. Francia), pronta liberación, 18 de diciembre de 2000, párr. 70.

C. El remedio de las medidas provisionales

El Tribunal puede decretar medidas provisionales basándose en dos supuestos, de acuerdo con el artículo 290 de la Convención, incisos primero y quinto. El primero se presenta cuando una controversia le es sometida y, en principio, se estima competente, entonces el Tribunal puede decretar las medidas provisionales que estime apropiadas con arreglo a las circunstancias para preservar los derechos respectivos de las partes en la controversia o para impedir que se causen daños graves al medio marino, en espera de que se adopte la decisión definitiva. El segundo supuesto establece que hasta que se constituya el tribunal arbitral al que se someta una controversia, cualquier corte o tribunal designado de común acuerdo por las partes o, a falta de tal acuerdo en el plazo de dos semanas contado desde la fecha de la solicitud de medidas provisionales, el Tribunal puede decretarlas, modificarlas o revocarlas si estima, en principio, que el tribunal que se constituya será competente y que la urgencia de la situación así lo requiere. Esta última fue la opción que utilizó Argentina en el caso. A su vez, es necesario que alguna de las partes solicite el dictado de medidas provisionales, el Tribunal no puede hacerlo *motu proprio*. Pero sí es de fundamental importancia la posibilidad otorgada al Tribunal de decretar medidas que sean diferentes, en todo o en parte, de las requeridas por las partes, indicando a estas qué deben hacer para cumplir con cada medida¹⁴.

IV. La Orden de medidas provisionales

Argentina sostuvo que el buque fue detenido por la orden judicial de una corte ghanesa en violación al derecho internacional y, en particular, a las inmunidades de que gozan los buques de guerra¹⁵. La medida provisional solicitada fue que “*Ghana unconditionally enable*

¹⁴ Reglamento del Tribunal, art. 89, inc. 5.

¹⁵ Artículo 29 de la Convención: “Definición de buques de guerra: Para los efectos de esta Convención se entiende por “buques de guerra” todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares”. Y el artículo 32 de la Convención: “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”.

*the Argentine warship Frigate ARA Libertad to leave the Tema port and the jurisdictional waters of Ghana and to be resupplied to that end*¹⁶. El principal fundamento era que las acciones de Ghana estaban produciendo un daño irreparable a los derechos argentinos, esto es la inmunidad del buque, el derecho a dejar las aguas territoriales de Ghana y a la libertad de navegación, uno de los principios indiscutibles y fundamentales del derecho del mar y las relaciones internacionales.

En el fondo de la disputa, sometida al tribunal arbitral, Argentina solicitó que se declare que Ghana¹⁷ violó las obligaciones internacionales de inmunidad de jurisdicción y ejecución que tienen los buques. Que no permitió el ejercicio al derecho de navegar fuera de las aguas jurisdiccionales del Estado ribereño y el derecho a la libertad de navegación. Asimismo, solicitó a los árbitros que Ghana cese inmediatamente la violación a las normas internacionales mencionadas, abone al país una compensación adecuada por los daños materiales, ofrezca un saludo solemne a la bandera como satisfacción por el daño moral causado por la detención ilegal del buque insignia de la Armada, al impedir que la misma logre sus actividades planeadas y por ordenar que entregue documentación y el ‘*flag locker*’ a la autoridad portuaria de Tema, y, a su vez, que Ghana imponga sanciones disciplinarias a los oficiales que sean directamente responsables de las decisiones por las cuales el país incurrió en violaciones a las obligaciones internacionales mencionadas *ut supra*.

Ghana en su contestación a la solicitud argentina, basó su estrategia en tres puntos: el Tribunal arbitral del Anexo VII a constituirse no tiene competencia en la controversia; las medidas provisionales solicitadas no son necesarias ni apropiadas para preservar los derechos de las partes; y no hay urgencia que justifique la imposición de medidas en el período pendiente a que se constituya el tribunal arbitral.

El 15 de diciembre de 2012, el Tribunal emitió la Orden de medidas provisionales en el caso¹⁸. En esta expresó que no necesita establecer definitivamente la existencia de los derechos alegados por Argentina, pero aún así, antes de prescribir medidas provisionales,

¹⁶ Request for the Prescription of Provisional Measures under Article 290, Paragraph 5, of the United Nations Convention on the Law of the Sea submitted by Argentina. 14 de noviembre de 2012. [en línea] www.itlos.org.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 31.

¹⁸ The “ARA Libertad” case (Argentina v. Ghana). Request for the prescription of provisional measures, Orden, 15 de diciembre de 2012.

debía satisfacerse a sí mismo de que las disposiciones invocadas por el demandante, *prima facie* otorgaran competencia al tribunal arbitral del Anexo VII, o sea, que se encontrara debidamente fundada. Para ello, comenzó expresando que el Artículo 18, párrafo 1 b), de la Convención sobre el concepto de paso inocente por el mar territorial y los artículos 87 y 90 sobre derechos de libertad de navegación en el alta mar no se relacionan con la inmunidad de los buques de guerra en aguas internas y, por lo tanto, no parecen proveer de competencia al tribunal arbitral del Anexo VII¹⁹.

Continuó sosteniendo que el artículo 32 de la Convención no especifica el alcance geográfico de su ámbito de aplicación²⁰, y aunque está ubicado en el título Parte II sobre mar territorial y zona contigua, y la mayoría de las disposiciones se relacionan con el mar territorial, algunas de estas pueden ser aplicables a todas las zonas marítimas, como el caso de la definición de buque de guerra del Artículo 29²¹. Concluye a este respecto el Tribunal, que la controversia existe sobre la interpretación y aplicación del Artículo 32 de la Convención²², y este artículo es el que aporta la base de competencia *prima facie* del tribunal arbitral del Anexo VII²³.

El Tribunal afirmó que los buques de guerra son la expresión de soberanía del Estado del pabellón²⁴ y, de acuerdo con el derecho internacional general, gozan de inmunidad, incluso en las aguas interiores de los Estados²⁵. Y cualquier acto que previene por la fuerza a un buque de guerra de realizar su misión y deberes es una fuente de conflicto que puede perjudicar las relaciones de amistad entre los Estados²⁶. En este sentido, las acciones de las autoridades ghanesas que prevenían al ARA Libertad de lo mencionado, afectaba la inmunidad que goza bajo el derecho consuetudinario²⁷.

¹⁹ Párr. 60 y 61 de la Orden.

²⁰ *Ibidem*, párr. 63.

²¹ Párr. 64 de la Orden.

²² Párr. 65 de la Orden.

²³ *Ibidem*, párr. 66 y 67.

²⁴ Párr. 94 de la Orden.

²⁵ *Ibidem*, párr. 95.

²⁶ Párr. 97 de la Orden.

²⁷ *Ibidem*, párr. 98.

Así, los intentos de las autoridades ghanesas de abordar el buque y moverlo por la fuerza sin la autorización del Comandante, y la posibilidad de que esas acciones se repitieran, demostraron la gravedad de la situación y la necesidad de medidas urgentes hasta que se constituyera el tribunal arbitral²⁸. La urgencia de la situación requirió que el Tribunal prescribiera medidas provisionales que aseguraran el total cumplimiento de las normas de derecho internacional aplicables, preservando los derechos de las partes²⁹. Ambas partes debían asegurarse que ninguna acción que se tomara pudiera agravar o extender la controversia³⁰.

Por unanimidad, el Tribunal decidió que Ghana debía liberar sin condiciones a la fragata ARA Libertad, asegurar que la misma, su capitán y tripulación pudieran dejar el puerto de Tema y las zonas marítimas bajo su jurisdicción, y que fuera reabastecida para tal fin³¹. Además, tanto Argentina como Ghana debían presentar un informe a no más tardar el 22 de diciembre de 2012 al Tribunal, y el Presidente mantuvo la facultad de solicitar la información que considerara pertinente. El buque fue liberado sin objeciones ni impedimentos por parte de Ghana cuando Argentina lo requirió³².

V. Consideraciones finales

Nuevamente, en un caso sometido al Tribunal se presenta con claridad la interdependencia de las relaciones jurídicas internacionales, donde los actos de los Estados como sujetos de derecho internacional, por regla general, no son acciones aisladas, sino que tienen efectos en diversas áreas de las relaciones internacionales. Como fundamento de la Orden, los jueces entendieron que los intentos de las autoridades ghanesas de abordar el buque y moverlo por la fuerza, sin la autorización del comandante, y la posibilidad de que esas acciones se repitieran, demostraban la gravedad de la situación y la necesidad

²⁸ Párr. 99 de la Orden.

²⁹ Párr. 100 de la Orden.

³⁰ Párr. 101 de la Orden.

³¹ Párrafo 108 de la Orden.

³² BAVIER, J. 2012. *Detained Argentine naval ship leaves Ghana*. [en línea] Reuters. 19 de diciembre 2012. <http://www.reuters.com/article/2012/12/19/us-ghana-argentina-ship-idUSBRE8BI1AF20121219> [consulta: 5 febrero 2013].

de medidas urgentes hasta que se constituyera el tribunal arbitral³³. Por ello, decidió que Ghana debía liberar sin condiciones a la fragata ARA Libertad, asegurarse que la misma, su capitán y tripulación pudieran dejar el puerto de Tema y las zonas marítimas bajo jurisdicción de Ghana y que fuera reabastecida para tal fin³⁴.

Se plantea un debate sobre qué efectos tendrá la Orden en el futuro del tribunal arbitral. Por un lado, Argentina vio satisfecha su principal pretensión, en una suerte de medida autosatisfactiva. El tratamiento del fondo de la disputa, aun cuando el tribunal arbitral ya esté constituido, puede llegar a ser abstracto por un lado, y por el otro, puede llegar a no emitirse un laudo, considerando que las partes intenten llegar a un acuerdo para evitar mayores dispendios. Además, en caso de que los árbitros deban expedirse, tendrán que enfrentarse a categóricas afirmaciones del Tribunal respecto de las inmunidades de los buques de guerra, y la decisión unánime de que el buque debía ser liberado. No será una tarea sencilla apartarse de lo establecido por el Tribunal. La prudencia y el respeto que existen entre las instituciones judiciales internacionales es un factor que influirá en los árbitros.

En el caso del ARA Libertad, el TIDM actuó como un eficaz difusor de las diferencias de las partes. La interacción y aplicación de la Parte XV de la Convención se aprecia también de manera positiva. En especial, durante la etapa de negociación, y ante el no avance de la misma, una de las partes consideró agotada la posibilidad de llegar a un acuerdo, por lo que decidió utilizar un medio jurisdiccional para hacer valer sus derechos. En su entendimiento, la espera en que se constituyera un tribunal arbitral y se encontrara en condiciones de dictar medidas provisionales, perjudicaba de manera irremediable sus derechos. Aquí aparece el Tribunal, con su competencia residual, como un fuero disponible y capaz de resolver una situación urgente, que podía llegar a devenir en un indeseado distanciamiento entre dos Estados. Asimismo, la controversia resulta en un interesante ejemplo de cómo cualquier órgano estatal puede, mediante su acción u omisión, hacer responsable a nivel internacional al Estado. Esto es, las decisiones de los jueces de Ghana, como órganos del Estado, comprometieron la responsabilidad internacional de su país al infringir normas de derecho internacional.

³³ Caso del *ARA Libertad*, párr. 99 de la Orden de medidas provisionales.

³⁴ *Ibidem*, párrafo 108.

Si bien, en principio, el respeto a la soberanía estatal parece ser el fundamento o postura en la cual se sustenta exclusivamente la decisión del Tribunal, debe remarcar también la protección del régimen que llevan a cabo los jueces. Esto es así, ya que las normas alegadas como vulneradas durante el procedimiento, son de fundamental importancia para el sostenimiento del régimen de los océanos, tal como destaca el Juez Paik en el párrafo 2 de su Declaración adjunta a la Orden: “... *This right is clearly established in international law, and, in fact, constitutes one of the most important pillars of the ordre public of the oceans*”. Queda claro que la *raison d'être* del Tribunal excede el análisis meramente cuantitativo de ciertos elementos del mismo, y solo una perspectiva multifuncional permite comprender la profundidad y complejidad detrás de una institución judicial internacional.

Una de las razones que existen para que los Estados acaten las decisiones de tribunales internacionales se refiere a la consistencia, autoridad y legitimidad de la decisión a cumplir. Aquellas sentencias que se fundan cabalmente en derecho, donde su decisorio es acorde a la resolución de la controversia, que tiene en cuenta los intereses de las partes y el contexto en el cual se encuentra, no va a ser desoída o ignorada por las partes³⁵. El Tribunal ha logrado este complejo cúmulo, aplicándolo a sus decisiones. El Tribunal se ha basado en los compromisos adoptados por las partes y en sus declaraciones en alguna de las etapas de los procedimientos, al momento de dictar una decisión u ordenar determinado comportamiento a los Estados. Y el mérito del Tribunal es que su flexibilidad tiene un reflejo directo en las sentencias, donde el contexto de la controversia se valora, y las soluciones propuestas para los puntos conflictivos claramente tienen los aportes de las partes³⁶. La Orden aquí comentada es un excelente ejemplo de ello.

³⁵ Cf. GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. 2004. *Las medidas provisionales en Derecho Internacional ante las cortes y tribunales internacionales*. Buenos Aires, La Ley. 215 p.

³⁶ Caso *Saiga*, orden de medidas provisionales, párr. 39, Casos del *Atún de Aleta Azul del Sur*, párr. 83, Caso del *Estrecho de Johor*, párr. 81, Caso de la *Planta de MOX*, párr. 80, caso del *Juno Trader*, párr. 79.

