

CASO COSTA RICA VS. NICARAGUA. DISPUTA RELATIVA A LOS DERECHOS DE NAVEGACIÓN Y OTROS RELACIONADOS

Manuel BECERRA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *El Tratado de Límites de 1858*. IV. *Controversia*. V. *¿El río San Juan es río internacional?; ¿se aplica el derecho consuetudinario?* VI. *La extensión del derecho de libre navegación atribuido a Costa Rica. La interpretación de “libre navegación... con objetos de comercio”*. VII. *Las limitaciones de la soberanía de un Estado sobre su territorio no se deben presumir*. VIII. *Interpretación de la palabra “objetos”*. IX. *El significado de la palabra “comercio”. ¿El significado de cuando se negoció el Tratado de 1858 o el significado actual?* X. *Las actividades comprendidas en el derecho de libre navegación que pertenecen a Costa Rica*. XI. *La facultad reglamentaria de Nicaragua respecto del uso, por parte de Costa Rica, del río San Juan*. XII. *Origen de la obligación de notificar*. XIII. *La licitud de las medidas nicaragüenses específicas impugnadas por Costa Rica. Las facultades soberanas sobre el río*. XIV. *Pesca de subsistencia. ¿Existe una costumbre bilateral?* XV. *Votación final de los jueces*. XVI. *Conclusiones*. XVII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El 29 de septiembre de 2005, la República de Costa Rica presentó a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) una demanda contra la República de Nicaragua en relación con la disputa relativa a los derechos de navegación y conexos de Costa Rica sobre el río San Juan.

El asunto que Costa Rica llevó a la CIJ tiene que ver con lo insuficientes que fueron los límites marcados después del fin de dominio colonial de España en esta zona del continente. En parte, en la disputa hay un fondo político regional marcado por la guerra fría, primero, y por la importancia geoestratégica que tiene el río San Juan como potencial lecho de construc-

ción de un canal interoceánico, lo cual es de una gran trascendencia para los dos Estados en contienda.

La sentencia de la CIJ tiene cierta importancia para el derecho internacional, especialmente por el manejo de la teoría de las fuentes de derecho internacional, en concreto la costumbre, en varios aspectos:

- Rechaza que el río San Juan es un río internacional, con lo cual se rechaza la aplicación del derecho consuetudinario que pudiera regularlo.
- Reafirma el carácter consuetudinario de las reglas de interpretación contenidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.
- Hace un polémico reconocimiento de una costumbre internacional en el caso de la pesca de subsistencia para los ribereños de la orilla derecha.¹

Y, por otro lado, el derecho convencional, particularmente en la interpretación de los tratados internacionales. Hay una parte polémica en lo que se refiere a la interpretación de términos genéricos en el tiempo. Otro aspecto interesante es el concepto de soberanía y su contenido, tanto para Nicaragua como para Costa Rica. Aquí se parte de la base de que el Tratado sobre Límites del 15 de abril de 1958 entre Nicaragua y Costa Rica reconoce el dominio soberano sobre las aguas del río San Juan para Nicaragua y al mismo tiempo los derechos de navegación de Costa Rica. Lo interesante es ver hasta dónde quedan los derechos de cada uno.

II. ANTECEDENTES

La frontera entre los dos países centroamericanos, Costa Rica y Nicaragua, está compuesta de límites naturales, de líneas rectas, geométricas. Precisamente, la sección que es motivo de controversia va desde la desembocadura del río San Juan hasta tres millas antes del Castillo Viejo.² Actualmente, el

¹ Grossman, Nienke, “Introductory Note to Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua) International Court of Justice, Judgment of 13 July 2009”, 48 I.L.M. 1180, 2009.

² Pignataro, Adrián, “Caso Costa Rica vs. Nicaragua en la Corte Internacional de Justicia”, *Boletín*, núm. 10, marzo-abril de 2009, Universidad de Costa Rica, disponible en: <https://opi.ucr.ac.cr/node/273> (fecha de consulta: 14 de febrero de 2020).

río San Juan, que sirve de frontera a Costa Rica y Nicaragua, tiene una gran importancia geoestratégica, pues sus aproximados 205 kilómetros desde el Lago Nicaragua hasta el mar Caribe son usados para navegación y pesca. En una parte de su recorrido, entre Lago Nicaragua y Castillo Viejo, el río corre totalmente a través del territorio nicaragüense.

Tanto Costa Rica como Nicaragua adquirieron su independencia de España en 1821, y después se unieron, junto con El Salvador, Honduras y Guatemala, en lo que se denominó la República Federal de Centro América. Desde sus inicios como Estados independientes, la relación entre Costa Rica y Nicaragua está marcada por conflictos territoriales entre ellas.

En 1824, la población del distrito de Nicoya, dentro del territorio de Nicaragua en la costa del Pacífico, mediante un plebiscito, decidió ser parte de Costa Rica. Esto se legalizó en 1825, cuando el Congreso Federal de Centro América aprobó un decreto el 9 de diciembre, mediante el cual se estableció que Nicoya pertenecía a Costa Rica.

En 1839 se disolvió la República Federal de Centro América, y Nicoya se mantiene como parte del territorio de Costa Rica, con la oposición de Nicaragua.

A mediados de la década de los cincuenta del siglo XIX, Nicaragua sufrió conflictos internos causados por los “filibusteros” comandados por William Walker, a quienes una facción política interna permitió entrar. Precisamente, el grupo “los democráticos” se opusieron al gobierno de Fruto Chamorro Pérez y crearon un gobierno provisional, a la cabeza del cual estaba Francisco Castellón Sanabria. Los “democráticos”, buscando fortalecer su fuerza militar, hicieron un acuerdo con el estadounidense Byron Cole en 1854; con esa base, en 1855 ingresó a Nicaragua un grupo de 55 soldados filibusteros denominado “Falange Democrática”, capitaneados por William Walker. Éste no tenía la intención de actuar bajo el mando de ningún centroamericano, sino traía su propio plan para hacerse del gobierno, establecer un Estado esclavista en Nicaragua y dar vida al plan de construir un paso interoceánico aprovechando el río San Juan.³

En efecto, la situación geográfica de Centroamérica, y en particular del río San Juan, era muy atractiva para los intereses estadounidenses y de Inglaterra, quienes se disputaban el control de la región. Cornelius Vanderbilt (un empresario estadounidense que amasó una enorme fortuna con la transportación en barcos) tenía una concesión del gobierno local de trans-

³ “Guerra Civil (1854-1856)”, *Historias de Nicaragua*, 13 de marzo de 2018, disponible en: <https://historiasdenicaragua.wordpress.com/2018/03/13/guerra-civil-1854-1856/> (fecha de consulta: 15 de febrero de 2020).

porte en el río, que no era bien vista por Inglaterra, potencia marítima que no estaba dispuesta a perder su hegemonía en los mares.

Los filibusteros, con Walker a la cabeza, tomaron el poder en Nicaragua, y sólo con la colaboración de Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Honduras pudieron ser vencidos; Walker capituló en 1857 y abandonó el territorio nicaragüense.

Sin embargo, la paz no llegó a la región, pues se inició una guerra entre Costa Rica y Nicaragua, al final de la cual ambos Estados iniciaron una negociación, en que aparte de establecer la paz entre las dos naciones, fijaron la frontera y el régimen de navegación del río San Juan, y también la posibilidad de construir un canal interoceánico a través del istmo de Centroamérica.

III. EL TRATADO DE LÍMITES DE 1858

Antes de la firma del tratado de 1858 entre Costa Rica y Nicaragua se intentaron dos tratados en 1857. El primero, el Tratado sobre Límites del 6 de julio, que no fue ratificado por Costa Rica, y el 8 de diciembre un tratado de Paz que fue firmado por ambos Estados, pero no ratificado. Sin embargo, con la mediación del gobierno de El Salvador, ambos Estados alcanzaron un acuerdo para celebrar el Tratado sobre Límites, del 15 de abril de 1958, mediante el cual se fijaban los límites entre Nicaragua y Costa Rica desde el océano Pacífico hasta el mar Caribe, encontrándose en esta frontera a Nicoya dentro del territorio de Costa Rica. También el tratado estableció la frontera del banco derecho del río San Juan. El tratado de 1858 tiene doce artículos, y en él se establece, entre otros puntos, el dominio soberano sobre las aguas del río San Juan y al mismo tiempo los derechos de navegación de Costa Rica. Al respecto, es importante reproducir aquí el artículo VI, cuya interpretación fue objeto de litigio entre los dos Estados:

Artículo VI. La República de Nicaragua tendrá exclusivamente el dominio y sumo imperio sobre las aguas del Río San Juan, desde su salida del Lago hasta su desembocadura en el Atlántico, pero la República de Costa Rica tendrá en dichas aguas los derechos perpetuos de libre navegación, desde la expresada desembocadura, hasta tres millas inglesas antes de llegar al Castillo Viejo con objetos de comercio ya sea con Nicaragua o al interior de Costa Rica, por los Ríos de San Carlos o Sarapiquí, o cualquiera otra vía procedente de la parte que en la ribera del San Juan se establece corresponder a esta República. Las embarcaciones de uno u otro país podrán indistintamente atracar en las

riberas del río, en la parte en que la navegación es común, sin cobrarse ninguna clase de impuestos, a no ser que se establezcan de acuerdo entre ambos Gobiernos.

Como se ve, a Nicaragua se le concede la soberanía sobre las aguas del río San Juan, y, en cambio, a Costa Rica, “los derechos perpetuos de libre navegación, desde la expresada desembocadura, hasta tres millas inglesas antes de llegar al Castillo Viejo con objetos de comercio ya sea con Nicaragua o al interior de Costa Rica...”. Además, “las embarcaciones de uno u otro país podrán indistintamente atracar en las riberas del río, en la parte en que la navegación es común, sin cobrarse ninguna clase de impuestos, a no ser que se establezcan de acuerdo entre ambos Gobiernos”.

El tratado establece otros derechos y obligaciones para ambas partes, incluyendo, *inter alia*, la obligación de contribuir a la defensa de las bahías comunes de San Juan del Norte y la de Salinas, así como la defensa del río San Juan en caso de agresión externa (artículo IV); una obligación a cargo de Nicaragua de consultar con Costa Rica antes de entrar a cualquier canalización o acuerdos de tránsito relativos a río San Juan (artículo VIII), y una obligación de no cometer actos de hostilidad entre ellos (artículo IX).

El tratado fue ratificado por Costa Rica el 16 de abril, y por Nicaragua, el 26 de abril de 1958; sin embargo, no estuvo ajeno a impugnaciones. Nicaragua cuestionó la validez del Tratado en varias ocasiones; por esta razón, se sometió al arbitraje del presidente de los Estados Unidos, Stephen Grover Cleveland.

El arbitraje del presidente Cleveland debía pronunciarse sobre la validez del tratado y sobre si Costa Rica podría navegar con naves de guerra o del servicio fiscal sobre el río San Juan y sobre las costas. En su laudo, dictado el 22 de marzo de 1888 (laudo Cleveland), el presidente estadounidense estableció que era válido el tratado de 1958, y que de acuerdo con el artículo VI, Costa Rica no tenía el derecho de navegación sobre el río San Juan con naves de guerra, pero sí podría navegar con naves del servicio fiscal, así como podría ser conectada a la navegación por “el propósito de comercio”.

Además, después del laudo Cleveland se estableció una comisión de límites para determinar las líneas fronterizas, y se encargó a un ingeniero para resolver cualquier controversia sobre la materia. Posteriormente, el 5 de agosto de 1914, Nicaragua y Estados Unidos celebraron un tratado, mediante el cual se le concedieron a Estados Unidos, derechos exclusivos y perpetuos de propiedad para la construcción y mantenimiento de un canal

interoceánico a través del río San Juan. Este tratado fue impugnado por Costa Rica, pues en 1916 este país demandó ante la Corte Centroamericana a Nicaragua, por considerar que ésta había violado el tratado por no consultarla antes de convenir con Estados Unidos, de conformidad con la cláusula VIII del Tratado de 1958.⁴ La Corte dictó su sentencia el 30 de septiembre de 1916; dijo que al no consultar a Costa Rica, Nicaragua había violado en perjuicio de Costa Rica sus derechos garantizados en el Tratado de Límites de 1858 y el laudo de 1888.

Más adelante, el 9 de enero de 1956, Costa Rica y Nicaragua concluyeron el acuerdo denominado Fournier-Sevilla, mediante el cual las partes acordaron facilitar y dragar el tráfico, particularmente a través del río San Juan, y estuvieron de acuerdo en cooperar para salvaguardar la frontera común.

En el marco del conflicto armado nicaragüense, en la década de los ochenta, Nicaragua introdujo restricciones, en la forma de medidas excepcionales en la navegación de Costa Rica, sobre el río San Juan, que consideró como temporales, con la finalidad de proteger la seguridad nacional de Nicaragua. Algunas de ellas se suspendieron cuando Costa Rica protestó. A mediados de los años noventa, nuevas medidas fueron introducidas por Nicaragua; entre ellas se impuso un cobro para los pasajeros que navegaran en barcos costarricenses en el río San Juan; además, el requerimiento para dichos barcos de detenerse ante los puestos marinos de guerra nicaragüenses a lo largo del río.

Poco después, el 8 de septiembre de 1995, se firmó un comunicado conjunto denominado Cuadra-Castro, entre el comandante en jefe de la armada nicaragüense y el ministro de Seguridad Pública de Costa Rica, mediante el cual se establecía una cooperación binacional en la frontera contra el tráfico ilegal de personal, vehículos y contrabando.

A finales del siglo pasado, concretamente en 1998, hubo una serie de encuentros y desencuentros en la relación entre los dos Estados. Por ejemplo, el 14 de julio, Nicaragua prohibió la navegación de los barcos de Costa Rica

⁴ “Si los contratos de canalización o de tránsito celebrados antes de tener el Gobierno de Nicaragua conocimiento de este convenio, llegaren a quedar insubsistentes por cualquiera causa, Nicaragua se compromete a no concluir otro sobre los expresados objetos, sin oír antes la opinión del Gobierno de Costa Rica acerca de los inconvenientes que el negocio pueda tener para los dos países, con tal que esta opinión se emita dentro de treinta días después de recibida la consulta, caso que el de Nicaragua manifieste ser urgente la resolución; y no dañándose en el negocio los derechos naturales de Costa Rica, este voto solo será consultivo”. Artículo VIII, Tratado de Límites entre Nicaragua y Costa Rica celebrado el 15 de abril de 1858, disponible en: https://sajurin.enriquebolanos.org/docs/22_Jerez_canas_Version_Nic.pdf (fecha de consulta: 15 de febrero de 2020).

que transportaban a los miembros de la policía costarricense, y más tarde, el 30 de julio, se celebró el comunicado conjunto (Cuadra-Lizano) entre el ministro de defensa de Nicaragua y el ministro de Seguridad Pública de Costa Rica, mediante el cual se permitió a las barcos de la policía armada de Costa Rica navegar sobre el río con motivos de transporte, dando aviso a las autoridades de Nicaragua, que decidirían si debían ser escoltadas por fuerzas nicaragüenses. Sin embargo, este comunicado conjunto tuvo una vida breve, pues el 11 de agosto fue declarado nulo por Nicaragua.

Las diferencias entre los dos Estados centroamericanos se mantuvieron a principio de este siglo, por lo cual Costa Rica decidió acudir a la Corte Internacional de Justicia para zanjar sus diferencias; por parte de Nicaragua no hubo objeción alguna.

IV. CONTROVERSIA

La controversia jurídica entre Costa Rica y Nicaragua gira en torno a la interpretación del Tratado de 1858 y a los derechos que cada uno de los Estados tiene sobre el río San Juan. Para eso, la CIJ recurre a las reglas de interpretación, fundamentalmente en materia de tratados que existen en el derecho consuetudinario internacional, ya que Nicaragua no es parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Viena 69), además de que se trata de la interpretación de un tratado que fue celebrado casi un siglo antes de la entrada en vigor de Viena 69. Así, la Corte recurre al sistema de fuentes que reconoce el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a los tratados, a la jurisprudencia (el laudo Cleveland) y a la costumbre internacional, de una manera que se presta a la polémica, como lo veremos más adelante.

En principio, es útil primero referirse a la materia a resolver por parte de la CIJ. En concreto, la CIJ debió resolver varias situaciones:

Primero: hasta qué punto Costa Rica tiene derecho de libre navegación sobre el río San Juan.

Segundo: de acuerdo con eso, ¿cuáles son los límites de la soberanía de Nicaragua para regular la circulación de los barcos de Costa Rica en el río y si las medidas dictadas por el son legales?

Tercero: los derechos de pesca de la población costarricense de las costas del río San Juan.⁵

⁵ CIJ, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fondo, fallo, 13 de julio de 2009; traducción de la sentencia en Abello Galvis, Ricardo y Caro Ferneyes,

Por su parte, Nicaragua rechaza las demandas de Costa Rica bajo las siguientes bases:

- 1) ya sea porque no se infrinjan las disposiciones del Tratado del 15 de abril de 1858 sobre los hechos;
- 2) o, en su caso, porque el incumplimiento de la obligación no está incluido en las disposiciones del Tratado del 15 de abril de 1858.

Además, se pide a la Corte que formule una declaración formal sobre las cuestiones planteadas por Nicaragua en la sección 2 del capítulo 7.⁶

V. ¿EL RÍO SAN JUAN ES RÍO INTERNACIONAL?;
¿SE APLICA EL DERECHO CONSUETUDINARIO?

La CIJ parte de la base de que las partes están de acuerdo en que Costa Rica posee un derecho de libre navegación sobre el río San Juan, de acuerdo con el Tratado de Límites Jerez-Cañaz de 1858. En donde las partes no están de acuerdo es en la naturaleza jurídica o en las bases legales del derecho de libertad de navegación que tiene Costa Rica. De acuerdo con este país,⁷ el derecho de libre navegación sobre parte del río San Juan deriva de dos fuentes: primero, del tratado de límites de 1858; después, de las normas generales del derecho internacional que se aplican aún en la ausencia de las normas convencionales; es decir, el derecho consuetudinario que se aplica a los ríos internacionales, ya que al río San Juan corresponde la categoría de río internacional.

Por parte de Nicaragua, el río San Juan no es un “río internacional”, ya que dicho afluente corre totalmente dentro del territorio de un solo Estado, de conformidad con el Tratado de 1858, aunque tiene un aspecto internacional, y aun en el supuesto de que existiera un derecho consuetudinario aplicable, en primer término, se aplicarían las disposiciones del Tratado de 1858,⁸ que es el marco jurídico convenido para regular los derechos de las partes.

María Carolina, “Traducción de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el diferendo relativo a los derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua) Decisión sobre el fondo”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, vol. 3, Bogotá, 2010, pp. 195-270, para. 12.

⁶ *Ibidem*, para. 13.

⁷ *Ibidem*, para. 32.

⁸ *Ibidem*, para. 33.

La CIJ evade las razones por las cuales no considera que se deba hablar de si es o no río internacional el San Juan, y si se aplica el derecho consuetudinario internacional,⁹ y, además, considera que ya existe un derecho convencional, que es la base para solucionar el problema.¹⁰

36. Este es precisamente el caso en cuestión. El Tratado de Límites de 1858 define completamente las reglas aplicables a la sección del río San Juan que está en disputa en relación con la navegación. Interpretado a la luz de las otras disposiciones convencionales en vigor entre las Partes, y de conformidad con las decisiones arbitrales o judiciales emitidas a este respecto, el Tratado es suficiente para resolver la cuestión de la extensión del derecho de Costa Rica a la libre navegación, sometido ahora ante la Corte. Consecuentemente, la Corte no necesita considerar si, en caso de que estas disposiciones no existieran, Costa Rica hubiera podido, sin embargo, utilizar las reglas derivadas de la costumbre internacional, universal o regional.

Sin mencionarlo, la CIJ se acoge al principio general de derecho *lex specialis*, ya que el centro de su decisión jurídica es la Convención de 1858, y admite otros cuerpos jurídicos, como el Acuerdo Fournier-Sevilla y el laudo emitido por el presidente Cleveland en 1888 y la decisión de la Corte Centroamericana de Justicia del 30 de septiembre de 1916. Aunque estas dos decisiones son importantes como intérpretes del Tratado de 1858, en realidad no tocan la materia que la CIJ resuelve.

En nuestra opinión, es incorrecto que la CIJ haya dejado de calificar al río San Juan como internacional, pues si vemos en la definición que la doctrina da sobre río internacional “definido por dos elementos: primero ser una vía apta para la navegación; y, segundo, formar frontera entre dos o más países o atravesar su territorio”.¹¹ Como vimos anteriormente, el río San Juan, en un tramo de su trayecto, sirve de frontera entre los dos Estados en conflicto. Además, si hay una controversia entre dos Estados sobre un río ¿no se convierte aquél inmediatamente en un río internacional, y, en consecuencia, debe ser regulado por el derecho consensual bilateral, pero también por la costumbre internacional? Ahora bien, la CIJ, al evadir la calificación o no del río San Juan como río internacional, niega la aplicación del derecho consuetudinario, que puede existir sobre la materia, como, por ejemplo, los principios de la utilización inocente, la participación equitativa y razonable, la obligación de debida diligencia, responsabilidad por utili-

⁹ *Ibidem*, para. 34.

¹⁰ *Ibidem*, para. 35.

¹¹ Remiro Brotons, Antonio, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 570.

zación dañina que se haga del río, entre otros principios, que ya han sido codificados por la Comisión de Derecho Internacional, ante la ausencia de un sistema convencional multilateral.

Además, la postura de la CIJ de poner en el centro de la solución del conflicto el derecho convencional, y concretamente el Tratado de 1858, no parece adecuada, pues no va de acuerdo con el sistema de fuentes que se aplican en el derecho internacional. Actualmente, además de las contempladas en el artículo 38-1 del Estatuto Internacional de Justicia, hay otras fuentes que se pudieron aplicar. Por ejemplo, los *gentlemen's agreements*, que fueron invocados por Costa Rica (comunicados conjuntos de 1995 y 1998).¹²

En efecto, la CIJ olvida que tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario concurren al mismo tiempo; no se puede jerarquizar la aplicación de uno u otro. Lo que sí puede suceder es que los dos derechos se contradigan, que choquen entre sí; entonces la CIJ tiene el recurso de los principios generales del derecho, que pueden solventar el problema.

Recordemos que los derechos convencional y consuetudinario, al ser sistemas jurídicos que corren en paralelo, ejercen influencia recíproca. Esto lo olvida la CIJ, de ahí que al no analizar si el río San Juan es internacional o no, deja el asunto jurídico inconcluso, al inaplicar un acervo de normas consuetudinarias que regulan los ríos internacionales.

VI. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO DE LIBRE NAVEGACIÓN ATRIBUIDO A COSTA RICA. LA INTERPRETACIÓN DE “LIBRE NAVEGACIÓN... CON OBJETOS DE COMERCIO”

Las partes en el litigio tienen diferencias en la interpretación de la frase “libre navegación... con objetos de comercio” contenida en el artículo VI del Tratado de Límites de 1858. Las diferencias en la interpretación tienen que ver con el esclarecimiento de las actividades cubiertas por la frase “libre navegación con objetos de comercio”, que es un derecho a favor de Costa Rica.

Así, para Nicaragua, en la expresión “con objeto de comercio”, los “objetos” en cuestión son objetos en el sentido concreto y material del término. En consecuencia, la libertad de navegación garantizada a Costa Rica por el

¹² Cassela, Sarah, “Rééquilibrer les effets inéquitables d’une délimitation territoriale: l’arrêt de la Cour Internationale de Justice du 13 juillet 2009 dans l’affaire du différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)”, *Annuaire Français de Droit International*, LV 2009, disponible en: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2009_num_55_1_4071 (fecha de consulta: 28 de febrero de 2020).

artículo VI se refiere solamente al transporte de bienes que tratan de venderse en un intercambio comercial.

Sin embargo, para Costa Rica, la frase “los objetos” tiene un significado más amplio; en el texto original son objetos en el sentido abstracto de los fines y propósitos. En consecuencia, de acuerdo con Costa Rica, a la libertad de navegación que se concede por el Tratado debe atribuirse un sentido lo más amplio posible y, por ejemplo, comprende no sólo el transporte de bienes, sino también el transporte de pasajeros, incluyendo a los turistas.

Para resolver la contradicción, la CIJ invoca la costumbre, pero ahora con una diferente perspectiva. En efecto, la Corte recurre a lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (Viena 69),¹³ en el entendido de que ambas disposiciones tienen un origen consuetudinario, por lo que se pueden aplicar aun cuando Nicaragua no sea parte de dicha convención, y, por otro lado, se toma en cuenta que el objeto de interpretación, el Tratado de 1858, obviamente anteceda a Viena 69.

Aquí, la CIJ no se ocupa de argumentar sobre el carácter consuetudinario de los artículos 31 y 32 de Viena 69, asumiendo tal como un hecho.

¹³ “31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

VII. LAS LIMITACIONES DE LA SOBERANÍA DE UN ESTADO SOBRE SU TERRITORIO NO SE DEBEN PRESUMIR

Por otra parte, la Corte reconoce que “las limitaciones de la soberanía de un Estado sobre su territorio no se deben de presumir”;¹⁴ asimismo, la CIJ considera, de la simple lectura del artículo VI del Tratado, que las partes no intentan establecer ninguna jerarquía entre la soberanía de Nicaragua sobre el río y el derecho de libre navegación de Costa Rica, que es perpetuo. La soberanía de Nicaragua tiene su límite hasta donde no perjudique el derecho de libre navegación de Costa Rica, y al mismo tiempo el derecho de libre navegación perpetua a favor de Costa Rica se garantiza sólo en condiciones que no perjudiquen las prerrogativas de la soberanía territorial de Nicaragua.

Aquí encontramos una contradicción de la CIJ, pues por una parte se reconoce que Nicaragua tiene derechos soberanos sobre el río San Juan, lo que implicaría un dominio absoluto sobre el afluente, pero en realidad son derechos que comparte con Costa Rica, ya que en esencia es un río internacional que la Corte no quiso reconocer.

En efecto, si se habla de soberanía de un Estado, en este caso Nicaragua, entonces estamos hablando del concepto de soberanía, que si bien ha evolucionado, todavía implica un poder sobre el territorio (en sentido amplio) que excluye al poder de otros Estados.¹⁵ Pero, como vemos en este caso, la soberanía de Nicaragua está acotada por los derechos de Costa Rica sobre el río.

VIII. INTERPRETACIÓN DE LA PALABRA “OBJETOS”

En suma, la CIJ está consciente de que la palabra “objetos” en español tiene varios significados, dependiendo de su contexto, y que el significado que le da Nicaragua no es el adecuado, no es coherente con el texto del tratado interpretado en su conjunto; en cambio, la interpretación que hace Costa Rica de la palabra “con objetos” permite a toda la oración darle coherencia, pues

¹⁴ CIJ, “Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)”, *op. cit.*, para. 48.

¹⁵ Müller Uhlenbrock, Klaus Theodor, “El significado de la soberanía en el sistema internacional de Estados. Origen, tipos y Estados de la estatalización”, en Müller, K.T. y Becerra Ramírez, Manuel, *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, FES Acatlán-UNAM, 2010, pp. 1-54.

si la frase significa “para propósitos de comercio con Nicaragua”, entonces la frase tiene lógica y es comprensible.

La Corte apoya esta idea con tres argumentos:

Primero, la palabra “objetos” se usa en otro artículo del tratado de 1858, el artículo VIII: “Nicaragua se compromete a no concluir otro (contrato) sobre los expresados objetos...”. Por lo que de lo anterior se infiere que las partes tienden a entender la palabra “objetos” en su sentido abstracto, o por lo menos que este significado fue familiar a ellos en su práctica de los tratados.

Segundo, la CIJ toma en consideración el tratado de Paz “Cañas Martínez” de 1857, que, aunque nunca fue ratificado, fue un antecedente del Tratado de 1858, y que utiliza la expresión “artículos de comercio”, lo cual implica que cuando las partes se refieren a una propiedad física utilizan una palabra o expresión diferente a la de “objetos de comercio”, un concepto que tiene la desventaja de ser ambiguo.

Por último, también para la CIJ es relevante que cuando las partes tradujeron al inglés el Tratado de 1858 para el presidente Cleveland, ambas partes usaron la expresión en inglés *for the purposes of commerce*, para la expresión castellana “con objetos de comercio”.¹⁶

IX. EL SIGNIFICADO DE LA PALABRA “COMERCIO”.

¿EL SIGNIFICADO DE CUANDO SE NEGOCIÓ EL TRATADO DE 1858 O EL SIGNIFICADO ACTUAL?

Aquí también hay una diferencia en la interpretación, ya que para Nicaragua el concepto “comercio” cubre sólo la compraventa de mercaderías de bienes físicos, y excluye todo tipo de servicios, tales como transporte de pasajeros. En ese sentido, para Nicaragua es importante dar a las palabras usadas en el tratado el significado que tenían cuando se concluyó, no su significado actual, que puede ser diferente, porque es la única manera de mantenerse fiel a la voluntad de los que diseñaron el tratado, y eso es una de las funciones principales de la labor de interpretación.

Por su parte, Costa Rica sostiene que la palabra “comercio” se usa en el tratado para comprender cualquier actividad que persiga propósitos comerciales e incluye, *inter alia*, el transporte de pasajeros, entre ellos turistas, así como bienes; es decir, Costa Rica propone un concepto amplio, y para probarlo cita una edición del siglo XIX del *Diccionario de la lengua española*,

¹⁶ (*Costa Rica v. Nicaragua*), *cit.*, para. 56.

que le da a la palabra el siguiente significado: “comunicación y trato de unas gentes o pueblos con otros”; comercio incluye movimiento y contacto entre los habitantes de los pueblos sobre las orillas de Costa Rica sobre el río San Juan y el uso del río con el propósito de navegación de las autoridades costarricenses que proveen a la población de servicios esenciales en áreas como educación, salud y seguridad.¹⁷

Por su parte, la CIJ rechaza las dos interpretaciones, pues considera que cuando las partes en un tratado usan términos genéricos es posible que con el tiempo evolucionen, y, en ese sentido, las partes deben preverlo, y es precisamente el caso del término “comercio” usado en el artículo VI del Tratado de 1858, que es de carácter genérico, y tiene la intención de creación de un sistema legal caracterizado por su perpetuidad.

En ese sentido, la CIJ, en sus párrafos 70 y 71, emite su opinión sobre este aspecto. Para ella, los términos utilizados para definir el derecho de libre navegación, incluyendo en particular el término “comercio”, deben ser interpretados de acuerdo con el significado que tenga en el momento en que se aplica el tratado, y no en su significado original. Por lo tanto, para la CIJ se deben aplicar los conceptos actuales del Tratado de 1858.

En ese sentido, la CIJ considera que el derecho de libre navegación se aplica al transporte de personas, así como de bienes, y que las actividades de transporte de personas pueden ser de carácter comercial; en eso se incluye el transporte de turismo.

Asimismo, las actividades, fuera de las anteriores, no se pueden considerar por propósitos de comercio, como establece el artículo VI; tal es el caso de la navegación de embarcaciones usadas para la realización de actividades del gobierno o para proveer servicios públicos que no tienen una naturaleza comercial en esencia.

Esta parte de la sentencia es una de las más polémicas, pues desde nuestra perspectiva afecta el estado de derecho internacional. Aquí estamos hablando de seguridad jurídica y transparencia en el orden jurídico convencional. Uno de los valores del derecho es que da seguridad jurídica; en consecuencia, de acuerdo con la seguridad jurídica ¿es posible interpretar una disposición de un tratado celebrado en el siglo XIX de conformidad con el significado que poseía en sus orígenes o de conformidad con su significado actual? Algunos defienden la interpretación del tratado de acuerdo con el significado que poseían sus términos en el momento en que se negociaron (principio de contemporaneidad); otros defienden una interpretación dinámica, evolutiva.¹⁸

¹⁷ *Ibidem*, para. 59.

¹⁸ Tanaka, Yoshifumi, “Navigational Rights on the San Juan River: A Commentary on the Costa Rica v. Nicaragua Case”, *Hague Justice Journal*, vol. 4, núm. 3, 2009, pp. 213-223.

La contradicción entre contemporaneidad y evolución debe ser resuelta en el marco del estado de derecho internacional. Cuando las partes negocian un tratado son cuidadosas de lo que negocian, porque lo que resulte les dará seguridad jurídica y transparencia en la relación que se crea. Una interpretación posterior, “evolutiva”, puede ser una verdadera modificación de un tratado, que no se hace conforme al procedimiento que el derecho internacional establece, e inclusive en cuanto al proceso interno que los Estados determinan para la creación de un derecho convencional. Y aún más, una interpretación evolutiva como la que hizo la Corte puede haber sido hecha con defectos, al no agotar el análisis y probar que efectivamente hubo una evolución de los términos empleados.

Por ejemplo, Martin Dawidowicz considera que

[En atención a] la evidencia presentada por las partes, el Juez ad hoc Guillaume sostuvo que era dudoso que al momento de la conclusión del Tratado de Límites la navegación con propósitos de comercio en el río San Juan estuviera limitada al comercio de mercancías, dado que a mediados del XIX,... el San Juan era usado para transportar emigrantes... Además, el canal interoceánico... estaba destinado a facilitar el transporte comercial de ambos pasajeros y bienes... La conclusión de Guillaume es clara: “cuando los autores del Tratado de 1858 refirieron la navegación con [objetos] de comercio, pretendían abarcar al transporte comercial de ambos, personas y bienes”... Guillaume parece sugerir que, hablando estrictamente, en este caso *no había necesidad de una interpretación evolutiva*; el término “comercio” no había evolucionado... no al menos en un sentido relevante para la disputa¹⁹ (las cursivas son nuestras).

En otras palabras, la interpretación evolutiva, como lo hizo la CIJ, daña la seguridad jurídica y la transparencia en la creación de la normatividad internacional.

Por otra parte, también es un hecho que los conceptos mutan con el tiempo; pero para conciliar la seguridad jurídica con la necesidad de adecuarlos a las situaciones actuales es necesario salirse de la interpretación de los tratados. El derecho internacional cuenta con una variedad de fuentes, que pueden fundamentar la aplicación de una nueva disposición jurídica; por ejemplo, los actos unilaterales y la misma costumbre internacional. Para ello hay que observar la práctica de los Estados.

¹⁹ Dawidowicz, Martin, “The Effect of the Passage of Time on the Interpretation of Treaties: Some Reflections on Costa Rica v. Nicaragua”, *Leiden Journal of International Law*, Holanda, vol. 24, núm. 1, 2011, p. 211.

X. LAS ACTIVIDADES COMPRENDIDAS EN EL DERECHO DE LIBRE NAVEGACIÓN QUE PERTENECEN A COSTA RICA

En esta parte (párrafo 75), la CIJ hace una distinción entre navegación privada (navegación en embarcaciones pertenecientes a propietarios privados) y navegación pública u oficial (la que se realiza en embarcaciones que son propiedad de la República de Costa Rica, incluyendo sus autoridades).

1. *Navigaciones privadas*

La CIJ aquí realiza una interpretación amplia y armónica del Tratado de 1858, y toma en cuenta que cuando éste fue negociado ya existía una población que habitaba en las orillas del río San Juan y que utilizaba el afluente con motivos de transporte, para realizar actividades, como acudir a la escuela o al médico.²⁰

En ese sentido, la Corte considera que el Tratado de 1858 no tuvo, desde sus orígenes, la intención de privar a los habitantes de la ribera de Costa Rica de sus derechos de usar el río aun para actividades no comerciales, y esto en virtud de las características especiales de la topografía de la región. Por eso, la CIJ considera que el artículo VI no resuelve el problema, sino hay que recurrir a los artículos I y II.

2. *Navigaciones oficiales*

Para la CIJ es claro que el artículo VI del Tratado de 1858 no establece ningún régimen especial para las embarcaciones públicas. Por eso, la Corte interpreta el Tratado de 1858 tomando en consideración el laudo Cleveland; y así, considera que las embarcaciones de guerra no tienen derecho de navegar sobre el río San Juan, a diferencia de las embarcaciones con motivos fiscales, “siempre y cuando estuvieran relacionadas y conectadas con el disfrute de «objetos de comercio» otorgado a esta en dicho artículo [artículo VI] o pueda ser necesaria para la protección de dicho disfrute”.²¹

Entonces, de acuerdo con el laudo de 1888, como regla general, la CIJ considera que la navegación de las embarcaciones de Costa Rica, con el propósito de actividades de orden y los servicios públicos sin objeto de ga-

²⁰ (*Costa Rica v. Nicaragua*), cit., para. 56 y 78.

²¹ *Ibidem*, para. 82.

nancias financieras, particularmente las embarcaciones de policía se encuentran fuera del marco del artículo VI del tratado de 1858, con la excepción de los transportes con fines fiscales.²²

Al mismo tiempo, le impone a Costa Rica

...una obligación de “salvaguardar” el río desde su propio territorio. Igualmente, la Corte considera que, en cualquier caso, Costa Rica no ha probado su afirmación de que el transporte fluvial es el único medio para aprovisionar sus puestos de policía localizados a lo largo de la margen del río o a llevar a cabo el relevo del personal estacionado en ellos. Así mismo, los materiales en el expediente del caso muestran que los puestos en cuestión son accesibles, por ejemplo, usando los ríos costarricenses que comunican con el San Juan, a proximidad de los cuales están localizados. Finalmente, por las razones expuestas supra,²³ Costa Rica no puede invocar el Comunicado Conjunto “Cuadra-Lizano” del 30 de julio de 1998 para reivindicar un derecho de navegar con embarcaciones oficiales armadas o que transportan armas.²⁴

La CIJ, refiriéndose a la necesidad de prestar ciertos servicios oficiales por parte del gobierno de Costa Rica, considera que está garantizado este derecho, que sin embargo no deriva del artículo VI del Tratado de 1858, sino de una interpretación general del tratado, particularmente de la determinación de la frontera a lo largo de las costas del río.²⁵

XI. LA FACULTAD REGLAMENTARIA DE NICARAGUA RESPECTO DEL USO, POR PARTE DE COSTA RICA, DEL RÍO SAN JUAN

Las partes en el litigio tienen una diferencia en lo referente a la extensión del derecho de regular el uso del río San Juan que tiene Nicaragua; fundamentalmente donde las partes no se ponen de acuerdo es si Nicaragua está obligada a notificar a Costa Rica acerca de dichas regulaciones antes de que se aprueben éstas.

La CIJ considera que Nicaragua tiene el poder de reglamentar el ejercicio de Costa Rica de su libertad de navegación bajo el Tratado de 1858, pero este poder no es ilimitado, ya que se debe ejercer de acuerdo con las siguientes coordenadas:

²² *Ibidem*, para. 83.

²³ *Ibidem*, para. 40.

²⁴ *Ibidem*, para. 83.

²⁵ *Ibidem*, para. 84.

1) Debe solamente someter dicha actividad a ciertas reglas sin volver imposible o impedir sustancialmente el ejercicio del derecho de libre navegación.

2) Debe ser compatible con los términos del Tratado, por ejemplo, la prohibición de la imposición unilateral de ciertos impuestos contenidos en el artículo VI.

3) Debe tener un propósito legítimo, como la seguridad de navegación, la prevención de la criminalidad, la seguridad pública y el control de las fronteras.

4) No debe ser discriminatoria y, en cuestiones como los horarios de navegación, deben aplicarse a las embarcaciones de Nicaragua, si se aplican a las costarricenses.

5) No deben de ser irrazonables, lo que significa que su incidencia negativa sobre el ejercicio del derecho en cuestión no debe de ser manifiestamente excesiva en relación con el beneficio que presenta para alcanzar el objetivo buscado.²⁶

Además, en cuanto a la diferencia entre Costa Rica y Nicaragua en relación con las facultades que tiene este último país para regular en materia de medio ambiente, la CIJ no se pronuncia al respecto, pues considera que las partes no desarrollan sus argumentos.²⁷

XII. ORIGEN DE LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR

La CIJ no encuentra ninguna disposición en el Tratado de 1858 que se refiera a la fundamentación de la obligación de notificar que tiene Nicaragua; por lo tanto, tiene que salir de dicho tratado y buscar en actos posteriores a este (el Acuerdo de 1956), en la necesidad derivada del hecho de que se comparten derechos en un río, y finalmente de la necesidad de que la otra parte conozca la regulación para proceder a su cumplimiento.²⁸ Precisamente, aquí, al parecer, a la CIJ le faltó más técnica jurídica y congruencia en su argumentación, pues si

²⁶ *Ibidem*, para. 87.

²⁷ *Ibidem*, para. 89.

²⁸ Concretamente, la CIJ esgrime “tres elementos” que imponen conjuntamente la obligación de notificar las regulaciones:

“...La primera se encuentra en el Acuerdo de 1956, en virtud del cual las partes acuerdan lo siguiente: Las dos Partes, dentro del espíritu que debe animar a los integrantes de la familia centroamericana de naciones, colaborarán al máximo de sus posibilidades para llevar a cabo aquellas empresas y realizaciones que requieran el esfuerzo común de ambos Estados y sean de beneficio mutuo y en especial para facilitar y expeditar el tránsito en la Carretera Interamericana, así como en el río San Juan, dentro de los términos del Tratado del 15 de abril de 1858 y su interpretación arbitral del 22 de marzo de 1888, y facilitar también los servicios de transporte que puedan efectuar al territorio de una Parte las empresas que ostentan la nacionalidad de la otra.

parte de la base de que Nicaragua tiene soberanía sobre el río San Juan, en congruencia con eso debió explicar que una manifestación de los derechos soberanos de un Estado es su facultad reglamentaria, y que en un Estado de derecho es necesario dar a conocer las regulaciones que emita. Eso no necesariamente deriva de un tratado, sino que es una manifestación de la soberanía estatal.

Por otra parte, Costa Rica alega que la regulación de Nicaragua es irrazonable. Sin embargo, la Corte ahora sí reconoce que “en este caso el Estado que ostenta soberanía sobre el río, tiene la responsabilidad principal de apreciar la necesidad de reglamentar y de escoger, con base en su conocimiento de la situación, la medida que estime más apropiada para suplir esa necesidad”. Y, además, no consideró que Costa Rica había probado que la regulación de Nicaragua era irrazonable.²⁹

XIII. LA LICITUD DE LAS MEDIDAS NICARAGÜENSES ESPECÍFICAS IMPUGNADAS POR COSTA RICA. LAS FACULTADES SOBERANAS SOBRE EL RÍO

Costa Rica impugna ante la CIJ como ilegales los actos de Nicaragua en relación con el uso del río San Juan, tales como los siguientes: el requerimiento

Es difícil imaginar cómo podría ser respetada la obligación enunciada bajo los términos del Acuerdo de 1956 de colaborar para agilizar el tráfico por el San Juan y facilitar el servicio de transporte dado en el territorio de un país por los nacionales del otro, sin que Nicaragua notifique a Costa Rica las regulaciones relevantes que esta adopte (*ibidem*, para. 94).

El segundo factor indicativo de que Nicaragua está obligada a notificar la adopción de las regulaciones reside en el objeto mismo de estas: navegación de un río sobre el cual dos Estados tienen derechos, el primero como soberano, el otro con libertad de navegación. Esta obligación surge de las necesidades prácticas de navegación sobre dicho curso de agua. Si se pretende que los diferentes objetivos de navegación sean realizados, esta debe estar sometida a cierta disciplina, una disciplina que depende de la notificación debida de las regulaciones pertinentes (*ibidem*, para. 95).

El tercer factor reside en la naturaleza misma de la regulación. Si la regulación tiene por objeto sujetar la actividad en cuestión a las reglas, las personas que llevan a cabo esa actividad deben estar informadas de esas regulaciones. La notificación permitirá una mejor aplicación de la regulación y una realización más eficaz de sus objetivos. La notificación también permitirá a los sujetos de dichas regulaciones señalar a las autoridades competentes los elementos fácticos de los que tengan conocimiento, al igual que sugerir otras formas de perseguir y de cumplir con el propósito pertinente (*ibidem*, para. 96).

La Corte concluye que Nicaragua está bajo la responsabilidad de notificar a Costa Rica las regulaciones que tome relativas al régimen de navegación por el río San Juan. Esa obligación no se extiende a notificar o consultar con antelación a la adopción por Nicaragua de dichas regulaciones” (*ibidem*, para. 97).

²⁹ *Ibidem*, para. 101.

de detenerse e identificarse; el certificado de partida; la solicitud de visas y tarjetas turísticas; los cargos; el horario, y el uso de bandera.

1. *El requerimiento de detenerse e identificarse*

Ante la impugnación que hace Costa Rica del requerimiento de Nicaragua de detener las embarcaciones costarricenses para que sus pasajeros se identifiquen, la Corte no considera que sea ilegal, pues deriva de la facultad soberana de Nicaragua “de conocer la identidad de las personas que entran en su territorio y de saber que han salido de este. El poder de exigir la presentación de un pasaporte o un documento de identidad forma legítimamente parte de ese derecho”. Es legal que los miembros de la tripulación y los pasajeros se registren y porten un documento de identidad.³⁰

Además, como Estado soberano, “Nicaragua tiene también responsabilidades conexas en relación con el mantenimiento del orden y la protección del medio ambiente. En consecuencia, el requisito nicaragüense de que las embarcaciones se detengan al entrar el río y al salir de este, y que sean objeto de inspección es lícito”.³¹

2. *Certificado de partida (zarpe)*

Costa Rica impugna el certificado para navegar que solicita Nicaragua; sin embargo, la CIJ considera que tal certificado es legal y no constituye un impedimento legal al ejercicio de libertad de navegación.

3. *Visas y tarjetas turísticas*

Para la CIJ no hay duda de que el poder del Estado incluye la facultad de imponer visa o no; es una facultad discrecional. Sin embargo, tal poder no debe afectar el derecho de libre navegación de Costa Rica. En consecuencia, la Corte concluye que Nicaragua puede no requerir visa a las personas que viajan en las embarcaciones de Costa Rica, que ejerce su libertad de navegación sobre el río. Sería otra cosa si esas personas pretenden entrar

³⁰ *Ibidem*, para. 107.

³¹ *Ibidem*, para. 104.

al territorio firme de Nicaragua a través del río o viajar a través de éste hacia el lago de Nicaragua.³²

También la CIJ reconoce que Nicaragua puede impedir la entrada a personas por motivos de aplicación de la ley o de medio ambiente.³³

En suma, la CIJ concluye que Nicaragua puede no requerir visa a personas que viajan en las embarcaciones de Costa Rica, que ejercita su derecho de libertad de navegación, o bien comprar una tarjeta de turista.

Sin embargo, hay una crítica al criterio establecido por la CIJ, ya que no quedó claro por qué el requerimiento de obtener una visa... obstaculizaría la libertad de navegación. La crítica viene incluso desde la misma CIJ, con la opinión del juez Sepúlveda.³⁴

4. *Cargos*

Costa Rica, en su oportunidad, pidió a la Corte declarar que Nicaragua no tiene la facultad de imponer cargos o cuotas a las embarcaciones de Costa Rica ni a sus pasajeros. Por su parte, la Corte consideró que precisamente esos cobros son ilegales.

En opinión de la Corte, ese derecho sería en cualquier caso un aspecto del derecho soberano nicaragüense sobre el río. Pero esas medidas de policía que realiza el soberano no incluyen la prestación de ningún servicio a los operadores de botes. En relación con las embarcaciones costarricenses que ejercen el derecho de libertad de navegación por el río, el pago debe de ser visto como ilegal.³⁵

5. *El horario*

El horario de circulación por el río que Nicaragua señale puede convertirse en una restricción al derecho de navegación libre que Costa Rica

³² *Ibidem*, para. 117.

³³ *Ibidem*, para. 118.

³⁴ “It is clear that, in the light of what the Court has stated, these «concrete and specific facts» cannot lead to the conclusion that, by imposing a visa requirement, Nicaragua is rendering impossible or is substantially impeding the exercise of Costa Rica’s right of free navigation. The requirement serves a legitimate purpose, notably the purpose of border and immigration control, and it is not discriminatory. Costa Rica has not produced any evidence establishing the unreasonable or discriminatory character of Nicaragua’s visa requirement nor does the court rely on such evidence in the Judgement” (*Costa Rica v. Nicaragua*), *cit.*, opinión separada del juez Sepúlveda-Amor, para. 11.

³⁵ (*Costa Rica v. Nicaragua*), *cit.*, para. 123.

posee. Sin embargo, la CIJ toma en cuenta las necesidades de seguridad de la navegación nocturna en el río, y considera que “la limitada interferencia con la libertad de Costa Rica para navegar no constituye, según la Corte, un impedimento ilegal a esa libertad, particularmente cuando los propósitos de la regulación son considerados”.³⁶

6. *Banderas*

En cuanto al uso de la bandera nicaragüense, la CIJ considera que requerir el uso de tal en embarcaciones costarricenses al navegar es una manifestación de la soberanía y del derecho consuetudinario. Así, la CIJ, para decidir este punto, toma dos parámetros: la soberanía de Nicaragua sobre el río y, por otro lado, el ejercicio de la libertad de navegación de las embarcaciones costarricenses. En consecuencia, considera que Nicaragua

...tiene soberanía sobre el río San Juan, puede, en el ejercicio de sus poderes soberanos, requerir que las embarcaciones costarricenses provistas de mástiles y torrotito naveguen en el río ondeando su bandera. Este requisito no puede en ningún caso ser considerado impedimento al ejercicio de la libertad de navegación de las embarcaciones costarricenses en virtud del Tratado de 1858.³⁷

XIV. PESCA DE SUBSISTENCIA. ¿EXISTE UNA COSTUMBRE BILATERAL?

Costa Rica también demandó un derecho de pesca para subsistencia. Para resolver sobre este punto, la CIJ recurre a la costumbre internacional. En efecto, en una de las partes más polémicas de la sentencia, la CIJ decide que hay un derecho consuetudinario a favor de Costa Rica, con un razonamiento que dista de ser contundente:

La Corte observa que la práctica, por su propia naturaleza, especialmente dado lo remoto del área y lo poco denso y escaso de la población no parece estar documentada de manera formal en archivos oficiales. Para la Corte, el hecho de que Nicaragua no haya negado la existencia de un derecho derivado de la práctica, que subsistió sin ser impedido ni cuestionado durante un largo período, es particularmente importante. La Corte concluye que Costa

³⁶ *Ibidem*, para. 126.

³⁷ *Ibidem*, para. 132.

Rica tiene un derecho consuetudinario. Ese derecho queda subordinado a todas las medidas de reglamentación en materia de pesca que Nicaragua pueda tomar con fines legítimos, sobre todo para la protección de los recursos naturales y el medio ambiente.³⁸

Como se puede observar, en el fragmento anterior hay una contradicción, pues la CIJ observa que la práctica de pesca por los habitantes de la ribera costarricense no está documentada, y, por otra parte, manifiesta que dicha práctica no fue impedida ni cuestionada por Nicaragua. Y a pesar de esta contradicción, declara que Costa Rica tiene un derecho consuetudinario, que no se extiende a la pesca desde embarcaciones en el río.³⁹

Por otro lado, aparte de tal contradicción, la decisión de la Corte es muy cuestionable, por diferentes razones. Primera, la decisión de la Corte rompe con el concepto clásico de costumbre, expresado en el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.⁴⁰ Como vemos, la costumbre tiene dos elementos: la práctica (elemento objetivo) y la *opinio jure* (elemento subjetivo). Ahora bien, la práctica debe ser “general”, y estamos hablando de la práctica estatal, o, para decirlo en sentido amplio, de los sujetos de derecho internacional.

Sin embargo, en el caso concreto, sobre el diferendo relativo a los derechos de navegación y derechos conexos, “la práctica” no es general, sino bilateral, y no es estatal, sino de la población, que por cierto es muy reducida (se habla de aproximadamente 450 personas); además, como se vio anteriormente, ésta no se halla documentada. Se podría aducir que la CIJ consideró la práctica del Estado a través de la práctica de la población, es decir, el Estado asume la práctica de su población. En otra perspectiva, quizá cuando la CIJ habla de costumbre se refiere a aquella que establece que el Estado debe respetar los derechos tradicionales de las poblaciones locales.⁴¹ Pero éstas son interpretaciones tortuosas de lo que la teoría entiende por práctica como elemento fundamental de la costumbre.

Con semejante ausencia de práctica y *opinio juris*, no es posible hablar de costumbre. Afirmar que la hay es un desatino (por eso algunos comenta-

³⁸ *Ibidem*, para. 141.

³⁹ *Ibidem*, para. 143.

⁴⁰ Artículo 38-1. b. del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁴¹ Lathrop, Coalter G., “Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)”, *The American Journal of International Law*, vol. 104, núm. 3, 2010, pp. 454-461.

ristas dicen que es la peor sentencia de la Corte);⁴² o bien hay quien afirma que es parte de la evolución del derecho internacional. En esta última corriente esta Luigi Crema, que hace un análisis de algunas sentencias de la CIJ (en principio, la sentencia en el caso *Asilo [1950]*, después, la sentencia en el caso *Right of Passage* de 1960, entre la India y Portugal, en donde por primera vez la Corte reconoció una costumbre particular) para ver en el fenómeno una forma de evolución del concepto de costumbre internacional.⁴³

En realidad, a nosotros nos parece que no es muy afortunada la sentencia en el manejo de la costumbre internacional. En principio, en el derecho de pesca para subsistencia como costumbre da un vuelco y es altamente contrastante con la sentencia de Mar del Norte (por poner un ejemplo), en donde la Corte hace gala de su rigor al analizar los elementos de la costumbre frente al caso concreto. La sentencia que comentamos es vaga, peca de imprecisa, pues no mide la práctica de los Estados, sino la práctica de la escasa población que habita las orillas del río San Juan.

Por eso, el juez Sepúlveda, en su opinión separada a la sentencia, opina que debería hablarse de lo que él llama “el principio de los derechos adquiridos” (*acquired or vested rights*), tal como ha sido aplicado en varias decisiones precedentes, o de acuerdo con la jurisprudencia relativa a los actos unilaterales, reconociendo el carácter obligatorio del vínculo jurídico asumido por Nicaragua ante la Corte durante el procedimiento oral, en donde sostuvieron que “en ningún momento han tenido la intención de impedirle a los residentes costarricenses la dedicación a la pesca de subsistencia (CR 2009/5, p. 27, para. 48)”.⁴⁴

Por eso asombra cómo estando ampliamente explorada la fuente de los actos unilaterales tanto en la teoría como en la práctica jurisprudencial,⁴⁵ en esta ocasión la CIJ no pudo resolver con mayor acierto. Por ejemplo, se pudo recurrir a la aquiescencia, o bien al *estoppel*.

⁴² Según el profesor Philippe Weckel, a cargo de la sección de “Jurisprudence Internationales” en *Revue Générale de Droit International Public*, citado por Boeglin, Nicolás, “El Fallo de la Corte Internacional de Justicia entre Costa Rica y Nicaragua: breves apuntes”, disponible en: <https://www.dipublica.org/103313/el-fallo-de-la-corte-internacional-de-justicia-entre-costa-rica-y-nicaragua-breves-apuntes/> (fecha de consulta: 8 de enero-2020).

⁴³ Crema, Luigi, “The «Right Mix» and «Ambiguities» in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case”, en Boschiero N. et al. (eds.), *International Courts and the Development of International Law*, T. M. C. Asser Press, La Haya, 2013.

⁴⁴ (*Costa Rica v. Nicaragua*), cit., opinión separada del juez Sepúlveda-Amor, para. 33.

⁴⁵ Becerra Ramírez, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 102-115.

XV. VOTACIÓN FINAL DE LOS JUECES

En general, los jueces de la CIJ votaron a favor por unanimidad; solamente lo hicieron por voto dividido en cinco puntos. El asunto más controvertido resultó ser el relativo a que “las personas que viajan por el río San Juan a bordo de embarcaciones costarricenses, ejerciendo el derecho de Costa Rica de libre navegación, no necesitan obtener visas nicaragüenses”. Quizá por una contradicción, ya que la CIJ reconoce la soberanía de Nicaragua sobre el río, y una manifestación clara de esa soberanía es precisamente la facultad de solicitar visas.

A continuación, transcribimos el resultado de la votación:

- 1) En lo que se refiere a los derechos de navegación de Costa Rica en el río San Juan, según el Tratado de 1858, en la parte en donde la navegación es común,
 - a) Por unanimidad, decide que Costa Rica tiene el derecho de libre navegación por el río San Juan con fines de comercio.
 - b) Por unanimidad, decide que el derecho de navegación con fines de comercio gozado por Costa Rica incluye el transporte de pasajeros.
 - c) Por unanimidad, decide que el derecho de navegación con fines de comercio que goza Costa Rica incluye el transporte de turistas.
 - d) Por nueve votos a cinco, decide que las personas que viajan por el río San Juan a bordo de embarcaciones costarricenses, ejerciendo el derecho de Costa Rica de libre navegación, no necesitan obtener visas nicaragüenses. *A favor:* presidente Owada; jueces Shi, Buergenthal, Abraham, Keith, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood. *En contra:* jueces Koroma, Al-Khasawneh, Sepúlveda Amor, Skotnikov; juez *ad hoc* Guillaume.
 - e) Por unanimidad, decide que las personas que viajan por el río San Juan a bordo de embarcaciones costarricenses, ejerciendo el derecho de libre navegación de Costa Rica, no necesitan comprar tarjetas turísticas nicaragüenses.
 - f) Por trece votos contra uno, decide que los habitantes asentados en la margen costarricense del río San Juan tienen el derecho de navegar por el río entre las comunidades ribereñas para fines de necesidades esenciales de la vida diaria que requieren el

- transporte expedito. *A favor*: presidente Owada; jueces Shi, Koroma, Al-Khasawneh, Buergenthal, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood. *En contra*: juez *ad hoc* Guillaume.
- g) Por doce votos contra dos, decide que Costa Rica tiene el derecho de navegación por el río San Juan con embarcaciones oficiales utilizadas únicamente en situaciones específicas, a fin de brindar servicios esenciales a los habitantes de las áreas ribereñas donde el transporte expedito es una condición para satisfacer las necesidades de sus habitantes. *A favor*: presidente Owada; jueces Shi, Koroma, Al-Khasawneh, Buergenthal, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood. *En contra*: juez Skotnikov, juez *ad hoc* Guillaume.
- h) Por unanimidad, decide que Costa Rica no tiene derecho de navegación sobre el río San Juan con embarcaciones que ejerzan funciones de policía.
- i) Por unanimidad, decide que Costa Rica no tiene el derecho de navegación por el río San Juan con fines de relevo de personal en puestos de policía fronteriza a lo largo de la margen derecha del río y del avituallamiento de estos puestos, con el equipamiento oficial, incluyendo armas de servicio y municiones.
- 2) En lo que se refiere al derecho de Nicaragua de regular en el río San Juan, en la parte en donde la navegación es común,
- a) Por unanimidad, decide que Nicaragua tiene el derecho de requerir a las embarcaciones costarricenses y a sus pasajeros que se detengan en el primer y en el último puesto nicaragüense en sus rutas a lo largo del río San Juan.
- b) Por unanimidad, decide que Nicaragua tiene el derecho de requerir a las personas que viajan por el río San Juan, portar un pasaporte o un documento de identidad.
- c) Por unanimidad, decide que Nicaragua tiene el derecho de emitir certificados de zarpe para embarcaciones costarricenses que ejerzan el derecho de libre navegación de Costa Rica, pero no tiene el derecho de solicitar el pago de un arancel para la emisión de dichos certificados.
- d) Por unanimidad, decide que Nicaragua tiene el derecho de imponer un horario para la navegación en embarcaciones que navegan por el río San Juan.

- e) Por unanimidad, decide que Nicaragua tiene el derecho de requerir a embarcaciones costarricenses provistas de mástiles o torrecillas, enarbolando la bandera nicaragüense.
- 3) En cuanto a la pesca de subsistencia,

Por trece votos contra uno, decide que la pesca con fines de subsistencia, hecha por los habitantes de la margen costarricense del río San Juan, debe ser respetada por Nicaragua como un derecho consuetudinario. *A favor*: presidente Owada; jueces Shi, Koroma, Al-Khasawneh, Buergenthal, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood; juez *ad hoc* Guillaume. *En contra*: Sepúlveda-Amor.
 - 4) En cuanto al cumplimiento de Nicaragua de sus obligaciones internacionales derivadas del Tratado de 1858,
 - a) Por nueve votos a cinco, decide que Nicaragua no está actuando conforme a sus obligaciones derivadas del Tratado de 1858, cuando exige que obtengan visas nicaragüenses a las personas que viajan por el río San Juan a bordo de embarcaciones costarricenses que ejercen el derecho de Costa Rica a la libre navegación.

A favor: presidente Owada; jueces Shi, Buergenthal, Abraham, Keith, Bennouna, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood. *En contra*: jueces Koroma, Al-Khasawneh, Sepúlveda Amor, Skotnikov; juez *ad hoc* Guillaume.
 - b) Por unanimidad, decide que Nicaragua no está actuando de acuerdo con sus obligaciones derivadas del Tratado de 1858, cuando requiere la adquisición de tarjetas turísticas nicaragüenses a personas que viajan por el río San Juan a bordo de embarcaciones que ejercen el derecho de Costa Rica de libre navegación.
 - c) Por unanimidad, decide que Nicaragua no está actuando conforme a sus obligaciones derivadas del Tratado de 1858, cuando exige a los operadores de embarcaciones costarricenses que ejercen el derecho de Costa Rica de la libre navegación el pago de aranceles para la emisión de certificados de zarpe.

Por unanimidad, deniega todas las otras peticiones presentadas por Costa Rica y Nicaragua.

XVI. CONCLUSIONES

La parte central de la sentencia de la CIJ tiene que ver con el manejo de las fuentes del derecho internacional, los tratados y la costumbre internacional. Precisamente, al centrarse en estas dos fuentes en forma exclusiva, creemos que es una debilidad de la sentencia, pues le falta mayor destreza en el manejo de las fuentes, dentro de las posibilidades que el *jus gentium* contemporáneo presenta. En efecto, en lo que se refiere a la interpretación, no se utilizan la gran variedad de principios generales del derecho o bien a los actos unilaterales, antes de recurrir a una interpretación evolutiva de los tratados, que pone en riesgo el estado de derecho internacional, concretamente a la seguridad jurídica.

También es altamente cuestionable la decisión de la CIJ referente a la costumbre internacional bilateral y al hecho de tomar como elemento de la práctica a la población. Hay que hacer malabarismos mentales para aceptar que estamos frente a la costumbre internacional, cuando la CIJ sabe muy bien que puede recurrir a otras fuentes, como los actos unilaterales. Pero no, la CIJ toma el camino más tortuoso para llegar a la conclusión de que la pesca con fines de subsistencia hecha por los habitantes de la margen costarricense del río San Juan es una costumbre internacional.

De cualquier manera, la decisión de la CIJ es muy importante, pues es una base para la construcción de la paz en una región de grandes riquezas e importancia geoestratégica indudable.

XVII. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLO GALVIS, Ricardo y CARO FERNEYNES, María Carolina, “Traducción de la sentencia, Corte Internacional de Justicia sobre el diferendo relativo a los derechos de navegación y derechos conexos (*Costa Rica v. Nicaragua*) Decisión sobre el fondo”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, Bogotá, vol. 3.
- BECCERRA RAMÍREZ, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- BOEGLIN, Nicolás, “El fallo de la Corte Internacional de Justicia entre Costa Rica y Nicaragua: breves apuntes”, disponible en: <https://www.dipublico.org/>

103313/el-fallo-de-la-Corte-Internacional-de-Justicia-entre-Costa-Rica-y-Nicaragua-breves-apuntes/.

- CASSELLA, Sarah, “Rééquilibrer les effets inéquitables d’une délimitation territoriale: l’arrêt de la Cour Internationale de Justice du 13 juillet 2009 dans l’affaire du différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)”, *Annuaire Français de Droit International*, LV 2009, disponible en: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2009_num_55_1_4071.
- CREMA, Luigi, “The «Right Mix» and «Ambiguities» in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case”, en BOSCHIERO, N. *et al.* (eds), *International Courts and the Development of International Law*, T. M. C. Asser Press, La Haya, 2013.
- DAWIDOWICZ, Martin, “The Effect of the Passage of Time on the Interpretation of Treaties: Some Reflections on Costa Rica v. Nicaragua”, *Leiden Journal of International Law*, La Haya, vol. 24, núm. 1, 2011.
- GROSSMAN, Nienke, “Introductory Note to Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua) International Court of Justice, Judgment of 13 July 2009”, 48 *I. L. M.* 1180, 2009.
- LATHROP, Coalter G., “Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)”, *The American Journal of International Law*, vol. 104, núm. 3, 2010.
- MÜELLER UHLENBROCK, Klaus Theodor, “El significado de la soberanía en el sistema internacional de Estados. Origen, tipos y Estados de la estatalización”, en MÜELLER, K. T. y BECERRA RAMÍREZ, Manuel, México, UNAM, FES Acatlán, 2010.
- PIGNATARO, Adrián, “Caso Costa Rica vs. Nicaragua en la Corte Internacional de Justicia”, *Boletín*, núm. 10, marzo-abril de 2009, disponible en: <https://opi.ucr.ac.cr/node/273>.
- REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- TANAKA, Yoshifumi, “Navigational Rights on the San Juan River: A Commentary on the Costa Rica v. Nicaragua Case”, *Hague Justice Journal*, vol. 4, núm. 3, 2009.