

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN, NUEVOS DERECHOS Y LA NECESIDAD DE UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Enrique Napoleón Ulate Chacón
Editor



INSTITUTO
DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS


EDITORIAL
UCR

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
DOCTORADO EN DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

TOMO III

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS
DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN,
NUEVOS DERECHOS Y LA NECESIDAD
DE UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Enrique Napoleón Ulate Chacón

Editor

Enrique Napoleón Ulate Chacón	Marco A. Hernández Vargas
Álvaro Carballo Arce	Maykol Chavarría Martínez
Jorge Isaac Solano Aguilar	Sofía Cortés Mesén
Montserrat Gómez de la Fuente	Dixiela Madrigal Mora
Miguel Zamora Acevedo	Karol Baltodano Aguilar
Pablo Vargas Rojas	Jazmín Rodríguez Hernández
Natalia Gamboa Sánchez	Haideer Miranda Bonilla

341.48

U36c Ulate Chacón, Enrique Napoleón, 1968-

La constitucionalización de los derechos de tercera generación, nuevos derechos y la necesidad de una tutela judicial efectiva / Enrique Napoleón Ulate Chacón, editor; [autores] Enrique Napoleón Ulate Chacón [y otros trece]. – 1. edición – San José, C. R.: Editorial UCR, 2019. 671 páginas. – (Instituto de Investigaciones Jurídicas; tomo 3)

A la cabeza de la portada: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Doctorado en Derecho, Universidad de Costa Rica.

ISBN 978-9968-46-783-4

1. DERECHOS HUMANOS – DERECHO INTERNACIONAL. 2. DERECHOS HUMANOS – COSTA RICA. 3. DERECHO CONSTITUCIONAL. 4. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE. 5. DERECHO COMPARADO. 6. SEGURIDAD ALIMENTARIA. 7. DERECHO A MORIR. 8. EUTANASIA. I. Ulate Chacón, Enrique Napoleón, editor. II. Título. III. Serie.

CIP/ 3389

CC/SIBDI.UCR

Edición aprobada por la Comisión Editorial de la Universidad de Costa Rica.
Primera edición: 2019.

Editorial UCR es miembro del Sistema Editorial Universitario Centroamericano (SEUCA), perteneciente al Consejo Superior Universitario Centroamericano (CSUCA).

Corrección filológica: *María Villalobos Ch.* • Revisión de pruebas: *Ariana Alpizar L.*
Diseño de contenido y portada: *Walter Solano M.* y *Christian López D.* • Diagramación: *Daniela Hernández C.*
Montaje digital de portada y control de calidad: *Raquel Fernández C.*

© Editorial de la Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. San José, Costa Rica.
Prohibida la reproducción total o parcial. Todos los derechos reservados. Hecho el depósito de ley.

Impreso bajo demanda por encargo de la Editorial UCR. Fecha de aparición: noviembre, 2019.
Master Litho S.A. San José, Costa Rica.

Apdo.: 11501-2060 • Tel.: 2511 5310 • Fax: 2511 5257 • administracion.siedin@ucr.ac.cr • www.editorial.ucr.ac.cr

Contenido

ACRÓNIMOS Y SIGLAS	-21-
PRESENTACIÓN	-25-
PARTE GENERAL	
CAPÍTULO 1: Alternativas de constitucionalización de los derechos de tercera generación para una tutela efectiva. <i>Enrique Napoleón Ulate Chacón</i>	-31-
I. Introducción	-31-
II. La progresiva constitucionalización de los nuevos derechos. Casos más relevantes.....	-35-
III. La creación de tribunales internacionales, cuyo origen es el consenso y la aceptación de su jurisdicción, desde el principio de soberanía clásico	-37-
IV. Limitaciones de los tribunales existentes, para conocer casos relacionados con derechos de tercera generación. Las competencias limitadas de los tribunales internacionales y regionales convencionales	-39-
V. El acercamiento de la Comisión y de la Corte IDH a la tutela y protección medioambiental (subsistiendo las limitaciones apuntadas).....	-41-
VI. La Corte Internacional de Justicia (La Haya) y el Tribunal Internacional de Derechos del Mar, y su atribución para conocer casos recientes.....	-47-
VII. La peligrosa indiferencia e ineficacia de los tribunales internacionales existentes y reacciones de los países latinoamericanos	-50-
VIII. En la búsqueda de alternativas	-51-
A) El rol del juez nacional ordinario como garante del control de constitucionalidad, comunitario y de convencionalidad de los derechos humanos	-51-

B) La creación de secciones especializadas en materia de medio ambiente, cambio climático y seguridad alimentaria a nivel regional	-52-
C) Un tribunal voluntario, a propósito de la Corte Ambiental Internacional de Conciliación y Arbitraje.....	-53-
D) La propuesta de creación de un tribunal penal internacional ambiental.....	-54-
E) Un tribunal internacional supranacional, intergeneracional y pluricultural.....	-54-
IX. La experiencia nacional, en cuanto al control tridimensional, constitucional, comunitario y de convencionalidad	-55-
X. Conclusiones.....	-60-
Bibliografía	-61-

CAPÍTULO 2: El derecho humano a la seguridad alimentaria en Costa Rica: ¿existe una verdadera constitucionalización de este derecho? <i>Álvaro Carballo Arce</i>	-65-
--	------

I. Introducción	-65-
II. Desarrollo del derecho a la alimentación y el surgimiento del derecho a la seguridad alimentaria. Una perspectiva histórica.....	-67-
A) Plano internacional.....	-67-
B) Nivel regional.....	-68-
C) Las cumbres mundiales y su rol fundamental en el desarrollo de la seguridad alimentaria	-69-
D) La exigencia de constitucionalización de este derecho en los acuerdos internacionales.....	-74-
E) El reconocimiento del derecho a la alimentación en otros convenios internacionales que protegen grupos especiales	-75-
III. La seguridad alimentaria y nutricional: sus pilares fundamentales	-77-
A) Distinción de principio.....	-77-

B)	Algunas precisiones sobre el derecho a la alimentación ...	-78-
C)	Factores o dimensiones	-81-
D)	La vinculación entre el derecho a la alimentación en sentido amplio y otros derechos humanos	-82-
IV.	Marco normativo nacional relacionado con la seguridad alimentaria y nutricional.....	-83-
A)	Proyectos de Ley	-85-
V.	La constitucionalización del derecho humano a la seguridad alimentaria en Costa Rica	-87-
A)	Proyecto de reforma a la Constitución Política de Costa Rica	-89-
B)	La jurisprudencia de la Sala Constitucional respecto al derecho a la alimentación y al derecho a la seguridad alimentaria	-90-
VI.	Otro proceso de constitucionalización: el caso de Colombia	-101-
VII.	Conclusiones	-106-
	Bibliografía	-107-

CAPÍTULO 3: Constitucionalización de los elementos integradores del derecho humano al agua y saneamiento en Costa Rica: contribución de los foros mundiales del agua.

	<i>Jorge Isaac Solano Aguilar</i>	-111-
I.	Introducción	-111-
II.	Evolución de la conceptualización del derecho al agua y el saneamiento como derecho fundamental	-113-
A)	Fuentes normativas del derecho al agua y el saneamiento	-113-
B)	Antecedentes generales: de los primeros esfuerzos tendientes a visibilizar el problema y conceptualizar el derecho.....	-113-
C)	Incorporación de las fuentes de derecho internacional en materia hídrica en ordenamiento jurídico de Costa Rica.....	-123-

III. Elementos integradores del derecho al agua potable y saneamiento como derecho humano.....	-124-
A) De los elementos integradores.....	-124-
B) De la política hídrica nacional.....	-125-
C) Marco normativo relativo al agua potable y saneamiento en Costa Rica	-128-
D) De los elementos constitutivos del derecho humano al agua potable y saneamiento	-130-
E) Participación ciudadana	-142-
IV. Conclusiones.....	-145-
Bibliografía	-147-

CAPÍTULO 4: Constitucionalización del derecho humano de acceso al agua: caso de Costa Rica, El Salvador y Nicaragua.

<i>Ana María de Montserrat Gómez de la Fuente Quiñónez</i>	<i>-151-</i>
--	--------------

I. Introducción	-151-
II. Necesidad de una constitucionalización formal del derecho al agua.....	-156-
A) Constitucionalización formal	-157-
B) Constitucionalización material	-158-
III. Proceso de constitucionalización del derecho al agua en los países de estudio	-160-
IV. El formante jurisprudencial sobre el reconocimiento del derecho al agua.....	-163-
A) La jurisprudencia de Costa Rica	-163-
B) La jurisprudencia de El Salvador	-166-
C) La jurisprudencia de Nicaragua	-171-
V. Sobre la realización o efectivo cumplimiento de la garantía del acceso al agua	-174-
A) Costa Rica.....	-174-
B) El Salvador.....	-175-
C) Nicaragua	-177-
D) Posibles razones de analogías y diferencias	-180-

VI. Conclusiones.....	-181-
Bibliografía	-182-

CAPÍTULO 5: El derecho a la vivienda digna, su reconocimiento y justiciabilidad. <i>Miguel Zamora Acevedo</i>	-187-
---	-------

I. Introducción	-187-
II. El derecho a una vivienda digna: concepto, elementos y justiciabilidad.....	-192-
A) Concepto	-196-
B) Elementos.....	-200-
III. La justiciabilidad y reconocimiento constitucional e internacional del derecho a la vivienda	-209-
A) El derecho de la Constitución.....	-209-
B) Justiciabilidad de los DESC.....	-214-
IV. El derecho a la vivienda digna en el derecho comparado: Argentina, Colombia y España.....	-216-
A) Argentina.....	-216-
B) Colombia	-218-
C) España.....	-220-
V. Realidades del acceso a la vivienda digna: logros y desafíos	-222-
A) El mercado de la vivienda	-224-
B) La accesibilidad y ayuda social	-226-
VI. Conclusiones.....	-230-
VII. Una anotación final sobre la exigibilidad de los DESC.....	-233-
A) Corte IDH. Caso “Baena Ricardo y otros contra Panamá”	-234-
B) Corte IDH. Caso “Cinco Pensionistas contra Perú”. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 17 noviembre de 2004.....	-234-

C) Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N.º 112	-235-
Bibliografía	-238-

CAPÍTULO 6: El derecho de consulta de los pueblos indígenas desde la óptica internacional y su constitucionalización en el derecho interno. *Marco Antonio Hernández Vargas*..... -245-

I. Introducción	-245-
II. El derecho de los pueblos indígenas	-247-
III. El derecho de consulta.....	-252-
A) Conceptualización.....	-253-
B) Características del derecho de consulta a nivel internacional.....	-256-
IV. Regulación normativa y jurisprudencial sobre el derecho de consulta	-261-
A) Caso Colombia	-261-
B) Caso Costa Rica.....	-266-
V. Análisis de la Directriz Presidencial N.º 042-MP, “Construcción del mecanismo de consulta a Pueblos Indígenas”	-279-
VI. Conclusión	-285-
Bibliografía	-287-

CAPÍTULO 7: El derecho de consulta de los pueblos indígenas. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la materia. *Maikol Chavarría Martínez* -293-

I. Introducción	-293-
II. Análisis normativo de la consulta a los pueblos indígenas.....	-295-
III. Análisis de la jurisprudencia internacional y nacional	-298-
A) Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre temas indígenas.....	-298-

B) Jurisprudencia de tribunales jurisdiccionales costarricenses sobre temas indígenas	-302-
IV. Elementos esenciales de la consulta a los pueblos indígenas	-304-
V. Conclusiones	-313-
Bibliografía	-314-

CAPÍTULO 8: Manejo de cuencas hidrográficas compartidas en Centroamérica: controversias internacionales y efectos jurídicos. <i>Sofía Cortés Mesén</i>	-319-
--	-------

I. Introducción	-319-
II. Cuencas hidrográficas compartidas en Centroamérica: un potencial sistema de seguridad ambiental e integración regional	-320-
III. Conflictos transfronterizos en América Central: principales controversias por daños al ambiente y ecosistemas de las cuencas compartidas	-329-
IV. De la cooperación al ejercicio compartido de soberanía para garantizar la gestión integrada de las cuencas en la región: propuesta de un reglamento comunitario	-346-
A) Propuesta de Reglamento Comunitario para la Gestión de Cuencas Hidrográficas Transfronterizas en Centroamérica	-353-
V. Conclusiones	-359-
Bibliografía	-361-

PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO 9: Principio constitucional de coordinación interinstitucional y tratamiento adecuado de fenómenos migratorios (causas y consecuencias de la actual migración cubana en Costa Rica). <i>Dixiela Madrigal Mora</i>	-367-
---	-------

I. Introducción	-367-
II. Factores que originaron la problemática de los migrantes cubanos	-370-

III. Sobre el principio constitucional de coordinación interinstitucional y el fenómeno migratorio.....	-374-
IV. Consideraciones acerca del tratamiento del principio constitucional de coordinación interinstitucional en algunos países de América Latina.....	-378-
V. Acuerdos regionales en materia migratoria.....	-379-
VI. Orígenes y alcances del fenómeno migratorio	-382-
A) Antecedentes.....	-382-
B) Política migratoria nacional.....	-384-
C) Jurisprudencia constitucional en materia migratoria.....	-385-
VII. Doctrina del principio de coordinación interinstitucional	-388-
A) ¿Qué es un principio?	-388-
B) Función de los principios en el ordenamiento jurídico.....	-388-
C) Principio constitucional de coordinación interinstitucional.....	-389-
VIII. Normativa internacional aplicable para la protección de las personas migrantes.....	-391-
IX. Análisis de las resoluciones de la Sala Constitucional en materia de protección de los derechos de las personas migrantes	-395-
A) Los actuales fenómenos migratorios, el principio constitucional de coordinación interinstitucional y la soberanía del Estado	-395-
B) Derecho y acceso a la educación	-398-
C) Derecho y acceso a la salud.....	-398-
D) Plazos de detención y prohibición de detenciones colectivas	-399-
E) Detención de la deportación y plazo para regularizar la condición migratoria	-402-
X. Conclusiones.....	-406-
Bibliografía	-408-

CAPÍTULO 10: Constitucionalización del trabajo digno:
el trabajo forzoso u obligatorio y la explotación laboral
como nuevas formas de esclavitud. *Karol Baltodano Aguilar* -413-

I.	Introducción	-413-
II.	Algunas reflexiones sobre la constitucionalización de los derechos laborales.....	-414-
III.	Aspectos conceptuales sobre el trabajo forzoso y la trata de personas	-418-
	A) Trabajo forzoso u obligatorio	-419-
	B) Trata de personas con fines de explotación laboral	-423-
	C) Diferencia entre el trabajo forzoso u obligatorio y la trata de personas con fines de explotación laboral	-426-
	D) Vinculación del tema con las migraciones laborales.....	-427-
IV.	Análisis legal-comparativo del tema del trabajo forzoso u obligatorio y la trata de personas con fines de explotación laboral.....	-430-
	A) Costa Rica.....	-430-
	B) Colombia	-431-
	C) México	-432-
V.	Análisis jurisprudencial-comparativo del tema del trabajo forzoso u obligatorio y la trata de personas con fines de explotación laboral.....	-434-
	A) Costa Rica.....	-434-
	B) La experiencia de Colombia	-434-
	C) La experiencia de México.....	-439-
	D) Analogías y diferencias.....	-441-
VI.	Conclusiones.....	-441-
	Bibliografía	-442-

CAPÍTULO 11: La eutanasia o el derecho a una muerte digna:
estudio comparativo. *Pablo Vargas Rojas* -445-

I.	Introducción	-445-
II.	Definición de eutanasia: conceptos médicos.....	-447-

III. Valores y derechos humanos clave sobre los cuales se construye la discusión sobre la aprobación de la eutanasia.....	-453-
IV. Experiencia europea: análisis del caso “Lambert y otros contra Francia”	-463-
V. Experiencia colombiana en el tema de la eutanasia.....	-469-
VI. Jurisprudencia nacional sobre la muerte digna.....	-474-
VII. Semejanzas y diferencias: ¿cuál ha sido el mejor método de tutela efectiva y por qué?	-478-
VIII. Análisis del proyecto de ley sobre muerte digna para Costa Rica.....	-484-
IX. Conclusiones.....	-489-
Bibliografía	-492-

CAPÍTULO 12: El deber del Estado costarricense de tutelar el matrimonio y el derecho a formar una familia entre

personas del mismo sexo. *Natalia Gamboa Sánchez*..... -497-

I. Introducción	-497-
II. La normativa internacional de protección de los derechos humanos	-499-
III. La normativa nacional.....	-509-
A) Constituciones abiertas	-511-
B) Constituciones silentes	-511-
C) Constituciones explícitas.....	-512-
IV. La normativa en cuanto a las uniones entre personas del mismo sexo en el derecho comparado	-523-
V. Argumentos doctrinales a favor y en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo	-526-
A) Posición adversa al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo	-526-
B) Posición favorable al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo	-527-
C) Argumentos doctrinales adversos al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo	-528-

D) Argumentos doctrinales a favor del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo	-531-
VI. Debate constitucional	-534-
A) Modelo húngaro	-534-
B) Modelo portugués	-535-
C) Modelo norteamericano	-536-
VII. La perspectiva del TEDH	-537-
A) “I. contra Reino Unido” y “Christine Goodwin contra Reino Unido”	-538-
B) Schalk and Kopf contra Austria Judgement.....	-540-
C) “Oliari contra Italia”	-541-
VIII. La perspectiva de la Corte IDH.....	-543-
A) “Atala Riffo y niñas contra Chile”	-543-
B) “Duque contra Colombia”	-545-
IX. Conclusiones.....	-552-
Bibliografía	-557-

CAPÍTULO 13: La constitucionalización del derecho a una vida digna y algunas posibles implicaciones para el Derecho Penal en Costa Rica: consideraciones acerca del “derecho al buen vivir”, el “derecho a vivir bien” y el “derecho al mínimo vital”. <i>Jazmín Rodríguez Hernández</i>	
I. Introducción	-565-
II. Los alcances del derecho a la vida digna en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	-569-
III. El derecho a la vida digna como derecho humano emergente	-574-
IV. ¿Un derecho material o un derecho ideal?.....	-576-
V. El “buen vivir” en la Constitución ecuatoriana y el “vivir bien” de la Constitución de Bolivia	-577-
VI. El derecho al mínimo vital en la Corte Constitucional colombiana	-579-

VII. La posición de la Sala Constitucional costarricense.....	-580-
VIII. Derecho a la vida digna y derecho penal	-584-
A) Vida digna y estado de necesidad	-584-
B) Vida digna y el examen de la culpabilidad.....	-585-
C) Vida digna y criminalización de la pobreza.....	-586-
D) Vida digna, imposición y ejecución de la pena	-587-
IX. Conclusiones.....	-589-
Bibliografía	-591-

CAPÍTULO 14: Nuevos derechos en la jurisprudencia
constitucional. *Haideer Miranda Bonilla*..... -595-

I. Introducción	-595-
II. Derechos fundamentales y constitucionalismo multinivel.....	-596-
III. La influencia de los avances científicos y tecnológicos en los derechos fundamentales.....	-599-
IV. Los nuevos derechos	-600-
V. El reconocimiento de nuevos derechos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional	-607-
A) El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado	-607-
B) El derecho a la salud	-608-
C) El derecho al agua	-609-
D) El derecho al olvido.....	-611-
E) El derecho de acceso la información administrativa.....	-613-
F) El derecho a la paz.....	-615-
G) El acceso a internet	-625-
H) Derecho a la vivienda	-626-
VI. Conclusiones.....	-632-
Bibliografía	-635-

CAPÍTULO 15: Estado social y democrático de derecho
en Centroamérica y su constitucionalización.

<i>Enrique Napoleón Ulate Chacón</i>	-639-
I. Introducción	-639-
II. Estado democrático y pluralista	-641-
III. Estado pluricultural, multiétnico y plurilingüe.....	-645-
IV. Estado laico	-649-
V. Estado social, igualitario y solidario	-651-
VI. Estado de derecho, derechos humanos y acceso a la justicia...	-660-
VII. Conclusiones.....	-664-
Bibliografía	-665-
ACERCA DEL EDITOR	-671-

CAPÍTULO 1

Alternativas de constitucionalización de los derechos de tercera generación para una tutela efectiva

Enrique Napoleón Ulate Chacón

I. Introducción

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del 2 de mayo de 1948, contiene un catálogo de derechos civiles y políticos, y en sus artículos XI y XII también tutela los derechos económicos, sociales y culturales, la protección de la familia, la maternidad, la preservación de la salud y el bienestar, la educación, la cultura, el trabajo, la seguridad social y el acceso a la justicia: “XVIII. Toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

La Carta de la Organización de Estados Americanos incorporó en su preámbulo la defensa de la paz, la justicia y la solidaridad, postulados que también están contenidos en el artículo 52 de la Organización de Naciones Unidas. Las primeras resoluciones vinculadas con derechos humanos estaban orientadas a garantizar la libre asociación y libertad de expresión de las clases obreras, los derechos de la mujer, la persecución por motivos raciales y religiosos. Con la carta de la OEA,¹ se enuncian como propósitos de la cooperación regional, entre otros, según el artículo 2 que dicta “f) Promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural; g) Erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno

1 *Carta de la Organización de Estados Americanos*, suscrita el 30 de abril de 1948 y en vigor el 30 de diciembre de 1951.

desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio, y, h) Alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social”.

También se les da contenido a los principios de solidaridad (artículo 3, inciso d), considerando que “f) La eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción de la democracia representativa y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados americanos”.

Y se agrega, en lo que aquí interesa, que “j) La justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera (...). m) La unidad espiritual del Continente se basa en el respeto de la personalidad cultural de los países americanos (...). n) La educación de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz”.

En esos propósitos y principios, se podría encontrar el germen de los derechos humanos de tercera generación, porque aun cuando se pudiera pensar que ese no era el fin fundamental de la Organización, sí se pensó en la necesidad de promover un desarrollo integral (económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico), tema al cual dedica la Carta en el Capítulo VII (artículos del 30 al 52). En él, se reiteran los principios de solidaridad y justicia social internacional, la responsabilidad estatal en el desarrollo, garantizando la igualdad de oportunidades, eliminando la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, y la participación de los pueblos en los procesos de desarrollo integral.

Concretamente, el artículo 34 habla de desarrollo rural, régimen de uso y tenencia de la tierra, la estabilidad de los precios y la justicia social, las fuentes de empleo, la erradicación del analfabetismo, la seguridad alimentaria mediante una nutrición adecuada, la vivienda digna, obras de infraestructura, la inversión y el fomento de las exportaciones.

La Convención Americana de Derechos Humanos² alude en el primer párrafo de su preámbulo a la “justicia social”, el cual es replicado

2 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, “Pacto de San José de Costa Rica”, (suscrita en la *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, del 7 al 22 de noviembre de 1969).

en el Protocolo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³ Este se refiere a la garantía de un desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, en su artículo 26, el cual sería inútil, si no existen las garantías constitucionales, debidamente desarrolladas, de acceso a la justicia, especialmente de las poblaciones vulnerables, para hacer efectivos tales derechos.

Particularmente, en el Protocolo se regula el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a la alimentación, a la educación y a la cultura.⁴ Además, en este documento se suma la tutela de la familia, especialmente de la niñez, de los ancianos, de los minusválidos o discapacitados, como poblaciones vulnerables,⁵ que añade ulteriormente convenciones contra la tortura y la desaparición forzada de personas, la eliminación de discriminación por discapacidad, y contra la violencia femenina,⁶ hasta culminar más recientemente con las Reglas de Brasilia de 2008.

En la década de los 90, comenzó una corriente progresiva de desarrollo de los derechos humanos de tercera generación, también llamados derechos de solidaridad, porque están dirigidos a los pueblos y naciones del mundo, como poder supremo del origen de la democracia, y no solo a individuos o grupos de personas.

La misma Carta Democrática Interamericana de 2001⁷ vincula tres aspectos indisolubles en el Capítulo III “Democracia, Desarrollo Integral y Combate a la Pobreza”, al dictar en el artículo 13 que “la promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento

3 El preámbulo de ambos instrumentos indica: “Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos humanos esenciales del hombre”.

4 *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, “Protocolo de San Salvador”, adoptado el 17 de noviembre de 1988, artículos 9 a 14.

5 *Protocolo Adicional...*, artículos del 15 al 18.

6 *Convención Interamericana para prevenir, Erradicar y Sancionar toda forma de violencia contra la mujer, adoptada en Belém do Pará, en 1995.*

7 *Carta Democrática Interamericana* del 11 de setiembre de 2001.

económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del Hemisferio”. Agrega, posteriormente, los derechos intergeneracionales en el artículo 15, que “el ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente. Es esencial que los Estados del Hemisferio implementen políticas y estrategias de protección del medio ambiente, respetando los diversos tratados y convenciones, para lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras generaciones”.

Y culmina dicho capítulo con la protección contra la vulnerabilidad, a través de la garantía de acceso a la educación, planteada en el artículo 16 de la siguiente manera: “la educación es la clave para fortalecer las instituciones democráticas, promover el desarrollo del potencial humano y el alivio de la pobreza y fomentar un mayor entendimiento entre los pueblos. Para lograr estas metas, es esencial que una educación de calidad esté al alcance de todos, incluyendo a las niñas y las mujeres, los habitantes de las zonas rurales y las personas que pertenecen a las minorías”.

A ello debe sumarse que, a partir de la Cumbre de Río, en 1992, los Estados adoptan una serie de instrumentos internacionales, donde se desarrollan compromisos para la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible, el cambio climático, la protección forestal y, cada vez con mayor fuerza, la búsqueda de mayor seguridad alimentaria. A ello se suman los aspectos multiétnicos y de pluralismo jurídico y cultural.

Paralelamente, ocurren tres fenómenos que resultan sumamente importantes: 1) la consolidación en la mayoría de países de la jurisdicción constitucional; 2) la creación, entre otros, de tribunales agrarios o ambientales, el reconocimiento de tribunales consuetudinarios; y 3) la adopción de nuevos instrumentos regionales, que incluyen como presupuestos de todo proceso de integración la tutela de los derechos fundamentales y, en particular, el desarrollo sostenible, el combate a la pobreza y la pobreza extrema, como garantía de estabilidad democrática y la búsqueda de lograr una mejor calidad de vida, que reconozca los derechos de la madre tierra.

II. La progresiva constitucionalización de los nuevos derechos. Casos más relevantes

Aunado a todo lo anterior, existe un creciente proceso de constitucionalización de los derechos de la tercera generación, los cuales han llegado a alcanzar un rango incluso supraconstitucional, por jurisprudencia constitucional interna con criterios interpretativos sistemáticos y evolutivos –como ha ocurrido en los casos de Costa Rica y Colombia– o bien por disposición de las propias constituciones políticas renovadas recientemente, como ocurre en Ecuador, Bolivia, República Dominicana, México y, más recientemente, Costa Rica, que incorporan la dimensión pluriétnica y pluricultural.

En varios países de América Latina, por ejemplo, se podría asegurar la existencia de disposiciones constitucionales expresas en torno a los siguientes temas: pluralismo jurídico,⁸ patrimonio consuetudinario,⁹ derechos al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado y cambio climático,¹⁰ derecho al agua, a la alimentación

8 Sobre pluralismo jurídico, consúltese las normas en sus respectivos países: Costa Rica, en su artículo 1, reformado en el 2015; México, en su artículo 1, reformado en el 2012; República Dominicana, C. Política de 2010, artículo 26; la Constitución de Ecuador, en la reforma operada en el 2008, artículos 57 y 78; Bolivia, artículos 1, 13, 30, 190; Nicaragua, artículos 5, 9, 10, 89; Panamá, artículo 1 y 90.

9 Respecto al patrimonio consuetudinario y la justicia comunitaria indígena: México, en su artículo 27, reformado en 1992; Ecuador, artículos 57 y 58; Bolivia, artículos 190 y siguientes.

10 La tutela a un ambiente sano está regulado en México en su artículo 4, reformado en el 2012; Costa Rica, artículo 50; República Dominicana, reforma de 2010, artículos 15, 66, 67, y 75; Ecuador, artículos 73, 74, 396, artículo 3, y 395, 409 a 415; Bolivia, artículos 9, 30, 34, 300, 344; Nicaragua, artículo 60; Panamá, artículos 118-125.

y a la seguridad alimentaria,¹¹ derechos de la madre tierra o la naturaleza,¹² y justiciabilidad.¹³

Las constituciones de Centroamérica protegen –de modo expreso o implícito– tal derecho, vinculado al derecho a la vida, a la salud o, específicamente, a la protección de la calidad de los productos alimenticios o a las políticas alimentarias y nutricionales¹⁴ y, justamente, ponen a disposición del legislador nacional y regional principios

11 Sobre la seguridad alimentaria, nutricional y el acceso al agua, véase las constituciones respectivas: México, en su artículo 4, reformado en el 2013; República Dominicana, reforma de 2010, artículo 15 y 54; Ecuador, artículos 3, 12, 13 y 281, artículo 411 (sobre el acceso al agua); en Bolivia, los artículos 16 y 300, 373, 374 y 407; Nicaragua, artículo 105; Panamá, artículos 110.

12 En cuanto a los derechos de la madre tierra, o derechos de la naturaleza, ver la Constitución de Ecuador de 2008, en su preámbulo, párrafo tercero, artículos 72 y 73.

13 Sobre la justiciabilidad de los derechos constitucionales de tercera generación consultar en sus respectivas constituciones: México, artículos 1 y 17; República Dominicana, en su reforma de 2010, les da jerarquía constitucional en su artículo 74; Ecuador, artículo 417; Bolivia, artículo 34, 108 y 135, que regula la acción popular.

14 Entre otras normas constitucionales, las siguientes disposiciones constitucionales garantizan el derecho a la seguridad alimentaria: en Honduras, los artículos 65, 121, 123, 142, 145, 146 y 150, que dicen “el Poder ejecutivo fomentará los programas integrados para mejorar el estado nutricional de los hondureños”; en El Salvador, los artículos 2, 35, 37, 65 y 69 que disponen: “el Estado es el encargado de controlar la calidad de los productos alimenticios y las condiciones ambientales que afecten la salud”; en Nicaragua, los artículos 23, 57, 59, 61 y 63 que disponen: “es derecho de los nicaragüenses estar protegidos contra el hambre. El Estado promoverá programas que aseguren una adecuada disponibilidad de alimentos y una distribución equitativa de los mismos”; en Guatemala, los artículos 1, 3, 55, 93, 96 (deber del Estado de controlar la calidad de todos los productos alimenticios) y 99 que señala: “el Estado velará porque la alimentación y nutrición de la población reúna los requisitos mínimos de salud. Las instituciones especializadas del Estado deberán coordinar sus acciones (...) para lograr un sistema alimentario nacional efectivo”; en Panamá, los artículos 52, 105, 107 y 106 que reza: “corresponde al Estado desarrollar una política nacional de alimentación y nutrición que asegure un óptimo estado nutricional para toda la población, al promover la disponibilidad, el consumo y aprovechamiento biológico de los alimentos adecuados”; en República Dominicana, los artículos 8, 8.7; en Belice, el artículo 4; y en Costa Rica, los artículos 21, 50 y 73.

de derecho alimentario e instrumentos jurídicos agroalimentarios para que puedan hacer efectivos tales derechos.

III. La creación de tribunales internacionales, cuyo origen es el consenso y la aceptación de su jurisdicción, desde el principio de soberanía clásico

Los primeros tribunales internacionales del mundo nacen inmediatamente después de circunstancias bélicas o conflictos armados entre países y tienen como propósito fundamental alcanzar la paz. Dichos tribunales nacen de tratados internacionales clásicos, que plantean mecanismos de cooperación internacional, en los cuales cada Estado ejerce su soberanía y, por ello, requieren el consenso y la aceptación voluntaria de la jurisdicción y competencia para su conformación. Véanse tres ejemplos:

- a) La Corte de Cartago: Centroamérica intentó el establecimiento de tradiciones constitucionales comunes para alcanzar la paz. Históricamente, si se recuerda la primera década del s. XX, se encuentra el Tratado de Paz y Amistad de 1907, a partir del cual se crea la Corte de Justicia Centroamericana, concebida como el primer tribunal de justicia internacional permanente, con jurisdicción obligatoria y que permitió legitimar tanto a los Estados como a los particulares para la tutela de sus derechos fundamentales,¹⁵ condición absolutamente indispensable para alcanzar la paz regional,¹⁶ luego de las convulsas turbulencias políticas que habían vivido sus países desde finales del

15 Carlos José Gutiérrez, *La Corte de Cartago (Corte de Justicia Centroamericana)*, editado por Jorge R. Hernández Alcerro, (Managua: Corte Centroamericana de Justicia, 2009). En igual sentido, ver Roberto Herrera Cáceres, *La Corte Centroamericana de Justicia* (UNAH, Tegucigalpa, 1968).

16 El principio fundamental de la Corte fue establecido en el artículo I del Tratado de Paz y Amistad que dispuso: “las repúblicas de Centro América, consideran como el primordial de sus deberes, en sus relaciones mutuas, el mantenimiento de la paz y se obligan a observar siempre la más completa armonía y a resolver todo desacuerdo o dificultad que pueda sobrevenir entre ellas, de cualquier naturaleza que sea, por medio de la Corte de Justicia Centroamericana, creada por la Convención que han concluido al efecto en esta fecha”.

siglo XIX y principios del XX. La Corte estuvo en vigor por un decenio (1907-1917), en el cual se garantizó la paz y la seguridad en un clima de convivencia social.

- b) La Corte Internacional de Justicia (La Haya): nace originalmente como parte de los acuerdos de La Haya en materia de paz (1899 y 1907) y da origen, primero, al Tribunal Permanente de Justicia Internacional (1920), creado por Naciones Unidas como tribunal arbitral, el cual se instaura en la Convención de Naciones Unidas de 1945 después de la II Guerra Mundial, y la mayoría de países reformaron sus constituciones para permitir, en condiciones de reciprocidad, que los Estados pudieran suscribir tratados internacionales para garantizar la seguridad regional y mundial.

Bajo la salvedad de temas relacionados con lo económico, lo social o la seguridad y la paz, la Convención no contiene derechos de tercera generación. Pese a ello, en 1993 se creó una cámara en materia de medio ambiente, según el artículo 21-I del estatuto, pero que no ha tenido ninguna trascendencia práctica, por lo que en el 2006, la propia Corte decidió suspender los nombramientos anuales de miembros de dicha cámara.

Es la misma CIJ, obedeciendo siempre al sometimiento voluntario de los Estados, la que ha venido ampliando su rango de competencias, para conocer de manera muy tímida temas ambientales. Pero no es de esperarse que tenga una actitud de avanzada frente a problemas serios de tutela del ambiente, la seguridad alimentaria o el cambio climático.

- c) La Corte Interamericana de Derechos Humanos: también se origina en un tratado internacional convencional, de estructura clásica, intergubernamental, de cooperación regional, en la que se creó la Organización de Estados Americanos (OEA). El elenco de derechos como rango de tutela y de acción por parte de la Comisión IDH y de la Corte IDH es también limitado. Pese a ello, como se ha visto, se ha ido ampliado a partir de la adopción del Protocolo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en 1988).

Como se observa, tales tribunales fueron creados antes de la adopción, por parte de los Estados, de los nuevos compromisos de integración regional y de tratados internacionales de “nuevo cuño”, que crean relaciones obligacionales más fuertes para los Estados y, por tanto, crean derechos y obligaciones a favor de los particulares que exigen una mayor legitimación activa para demandar sus derechos, tanto a nivel interno como internacional. Es evidente que ni las organizaciones internacionales clásicas ni tampoco los tribunales producto de ellas están preparados para garantizar esa tutela, lo cual les ha impuesto la necesidad de irse transformando y adaptando progresivamente, pero de manera muy lenta, pues muchos Estados no tienen interés en hacer cumplir tales instrumentos.

IV. Limitaciones de los tribunales existentes, para conocer casos relacionados con derechos de tercera generación. Las competencias limitadas de los tribunales internacionales y regionales convencionales

En la doctrina, resulta evidente que la proliferación de tribunales internacionales, con competencias reducidas, limitaciones a la legitimación, falta de efectividad y ejecutoriedad de los fallos, se convierten en una barrera importante que conduce a la fragmentación¹⁷ y no a la adecuada tutela de los derechos de solidaridad.

17 “La fragmentación derivada de la existencia de múltiples regímenes especializados es generadora de conflictos. Se produce, se indica en las conclusiones (...), el tránsito de un mundo fragmentado en Estados soberanos a un mundo fragmentado en regímenes especializados (...). Se ha producido en la sociedad internacional, como también en el Estado moderno, un fenómeno de complejidad creciente que afecta a una homogeneidad absoluta del orden jurídico que produce incoherencias y conflictos (...). Y ello porque uno de los principales problemas derivados de la fragmentación es que los sistemas especializados (y sus tribunales) o bien no apliquen el derecho internacional o bien lo interpreten y lo apliquen de manera distinta (el conocido caso de interpretación distinta entre el caso Tadic 99 y el caso Nicaragua 86 en relación con la noción de control efectivo). Estas interpretaciones distintas e incluso antagónicas, no cabe duda de que, como indica el grupo de trabajo, afectan a la seguridad jurídica”. Carlos Fernández Liesa *et al.*, “La Comisión de Derecho Internacional y la proliferación de Tribunales”, en *Tribunales internacionales y Espacio Iberoamericano*, editado por Carlos Fernández Liesa (España: Aranzadi, 2002), 36-37.

- a) El caso de la Corte IDH: este tribunal, como se ha indicado, nace con competencias limitadas a las establecidas en la propia Convención. Se subrayan algunos de sus problemas: que la tutela o protección de los derechos no se extiende a los de tercera generación, la legitimación de los particulares no es directa, aunque sí pueden intervenir en las fases del proceso, la lentitud de los procesos con una duración de más de 5 años y la carencia de mecanismos de ejecución efectivos.¹⁸
- b) El Tribunal de Revisión Permanente del Mercosur: muchas han sido las críticas sobre los alcances previstos en la creación de este tribunal, el cual se origina en la regulación del Tratado de Asunción, y sus sucesivas reformas, dentro del marco de un proceso de integración económica, con característica intergubernamental –y no supranacional– lo cual se refleja en el órgano de solución de disputas. Por eso, la doctrina, con buen tino, afirma que es necesaria su reforma para constituirlo en un tribunal supranacional.¹⁹ El caso de las “Papeleras” es un

18 “La ausencia de un mecanismo institucionalizado de supervisión del cumplimiento de las sentencias dictadas por el Tribunal se agudiza con el procedimiento establecido en la OEA para la presentación y evaluación del Informe (...) que emite la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos que es aprobada por consenso. Bastará que el Estado al que se le exige rinda cuentas sobre las medidas adoptadas con la finalidad de ejecutar la sentencia de la Corte se oponga para que se retire este punto del Informe (...). El Tribunal tendrá que solventar estos elementos con la finalidad de fortalecer la Secretaría de la Corte Interamericana y buscar en un futuro cercano alcanzar la condición de Tribunal permanente”. Sandra Astete Muñoz, “El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos: avances y retos”, en *Tribunales internacionales y Espacio Iberoamericano*, editado por Carlos Fernández Liesa, 78-80.

19 “La principal necesidad del MERCOSUR es contar con un sistema de solución de controversias eficiente que funcione en la práctica y contribuya a afianzar el derecho comunitario. En tal sentido, MERCOSUR deberá encaminarse hacia un sistema de solución de controversias definitivo que supere las deficiencias del actual, garantizando la seguridad jurídica para las partes (Estados e individuos) y certeza y uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho. Evidentemente, la superación de esta fase netamente intergubernamental para avanzar hacia otro nivel de integración de carácter supranacional requiere una gran dosis de voluntad política”. María Belén Olmos Giupponi, “El Sistema de solución de Controversias del MERCOSUR. Análisis de la situación actual

buen ejemplo de la falta de competencia en esta materia por un tribunal de América del Sur. En ese caso, únicamente un tribunal arbitral *ad hoc* se pronunció sobre los bloqueos argentinos que afectaban el libre comercio y la libre movilidad de personas en el ámbito del mercado común.²⁰

- c) La Corte Centroamericana de Justicia: de conformidad con el estatuto que la rige, la Corte tiene excluida la competencia tratándose de conflictos extrafronterizos y en materia de derechos humanos. Pese a lo anterior, la Corte ha venido incurriendo en algunos casos relacionados con la tutela de derechos humanos de tercera generación como es la protección ambiental, de manera más ágil e incisiva que la propia Corte Internacional de Justicia, pero que, a juicio de algunos, ha rebasado el límite de sus propias competencias.²¹

V. El acercamiento de la Comisión y de la Corte IDH a la tutela y protección medioambiental²² (subsistiendo las limitaciones apuntadas)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, compromete a los Estados a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, incorporando únicamente en el artículo 26 lo relativo al desarrollo progresivo de los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA. En esta, los Estados

y propuestas para el futuro”, en *Tribunales internacionales y Espacio Iberoamericano*, editado por Carlos Fernández Liesa, 151-152.

- 20 Laudo del Tribunal arbitral del Mercosur (1/2006), mediante adopción de medidas cautelares.
- 21 Billy Quirós Muñoz, “Limitaciones de las competencias de la Corte Centroamericana de Justicia: a propósito del conflicto generado por la construcción de la carretera fronteriza del Río San Juan”, en *Tribunales Internacionales, mecanismos de solución de controversias y Justicia Transnacional*, editado por Enrique Napoleón Ulate Chacón (San José, Isolma, 2012), 365-412.
- 22 Sobre este tema, ver: Enrique Napoleón Ulate Chacón, “La tutela Medioambiental en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en *Medio Ambiente, cambio climático y derechos humanos*, editado por María Belén Olmos Giupponi (Medellín, Díké, 2011), 75-92.

adquirieron el compromiso de alcanzar el desarrollo integral, bajo criterios de solidaridad y justicia social (artículo 26); pese a lo anterior, no contiene normas expresas sobre el desarrollo sostenible o la tutela al medio ambiente.

En el Protocolo adicional a dicha convención, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador (del 17 de noviembre de 1988), atendiendo a la progresividad en el régimen de protección de la persona humana, se incorporan los llamados derechos de solidaridad, entre ellos, el derecho a la salud, a la alimentación y a un medio ambiente sano. En efecto, en el numeral 11 se indica “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”. Asimismo, impone a los Consejos y a la Comisión tener en cuenta la naturaleza progresiva de tales derechos. Pese a lo anterior, a juicio de algunos juristas, “el derecho a un medio ambiente sano es un derecho progresivo, motivo por el cual impide a los órganos del Sistema interamericano a saber, Comisión y Corte IDH entrar a conocer un caso, e incluso a ésta última acreditar la responsabilidad de un Estado por su vulneración”²³

Sin embargo, en casos recientes, la Corte ha señalado que la protección ambiental entra en el ámbito de la defensa de los derechos humanos, con lo cual se viola la libertad de asociación en su dimensión colectiva, que persigue, como fin lícito, la protección de los recursos naturales (caso “Kawas Fernández contra Honduras”, 3 de abril de 2009). De igual modo, se debe destacar que las medidas de un Estado que produzcan una regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales debe estar justificada suficientemente, por lo que la regresividad resulta justiciable cuando se trata de estos derechos,

23 Haideer Miranda Bonilla y Víctor Orozco Solano, “La Tutela del ambiente en el espacio jurídico Interamericano”, en *El derecho al ambiente en la Constitución Política: Alcances y límites*, editado por Mario Peña Chacón (San José, Isolma, 2016), 283-312.

como es el caso de la seguridad social (caso “Acevedo Jaramillo y otros contra Perú”, 7 de febrero 2006).²⁴

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se valora cada vez más la importancia del derecho humano al medio ambiente en el caso de los pueblos autóctonos.²⁵

La Corte estableció la responsabilidad del Estado nicaragüense por no garantizar el derecho a la propiedad indígena, al ordenar lo siguiente:

Esta Corte considera que el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas (...). El Estado deberá proceder a delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Awas Tingni, en un plazo máximo de 15 meses (...). Nicaragua se debe abstener de

24 Claudio Nash Rojas y Claudia Sarmiento Ramírez, *Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2009, www.anuariocdh.uchile.cl

25 En la sentencia del 31 de agosto de 2001 (caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingny contra Nicaragua), se señaló, en lo que interesa para este caso, lo siguiente: “146. Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos, y, en particular, a las condiciones de vida actuales. 147. A su vez, el artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de ‘limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados’. 148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención -que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”. Ver: Rodrigo Dellutri, *El Derecho Humano al Medio Ambiente: el caso de los Pueblos Autóctonos*, 2009, www.auilr.org/pdf/24/24-1-5.pdf

realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Awas Tingny (...) el daño inmaterial ocasionado debe además ser reparado, por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria. En las circunstancias del caso es preciso recurrir a esta clase de indemnización fijándola conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño inmaterial (...). El Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$50.000 en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad.

Más adelante, vincula el territorio indígena con el desarrollo sostenible y su mantenimiento para las futuras generaciones:

149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

En las sentencias del 28 de noviembre de 2007 y el 12 de agosto de 2008, dictada en el caso “Pueblo Saramaka contra Surinam”, la Corte reiteró que el Estado tiene la obligación de consultar con el pueblo Saramaka, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, garantizando su derecho a ser efectivamente consultado sobre las medidas legislativas, administrativas o de otra índole, así como los estudios previos de impacto social y ambiental y cualquier restricción a los derechos de propiedad, particularmente planes de desarrollo o inversión que los afecte. También reiteró el derecho del pueblo Saramaka de obtener beneficios compartidos derivados de esos proyectos. La Corte indica que el Estado debe respetar la relación del pueblo

Saramaka con su territorio para que garantice su supervivencia social, cultural y económica, de modo que puedan seguir viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas sean respetadas. Además, exigió la realización de estudios previos de impacto social y ambiental, para tener medidas objetivas de impacto sobre la tierra y las personas, y el conocimiento sobre los riesgos ambientales y de salubridad. La Corte estableció que las concesiones de madera y oro previamente otorgadas por el Estado generaron una violación del derecho a la propiedad de los pueblos.

En el caso “Kawas”, en la sentencia del 3 de abril de 2009, la Corte vincula, junto con la relación entre los civiles y políticos, el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos con los económicos, sociales y culturales, así como también los de solidaridad, específicamente el del medio ambiente:

148. Además, como se desprende de la jurisprudencia de este Tribunal y de la Corte Europea de Derechos Humanos, existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos. Las formas en que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático han afectado al goce efectivo de los derechos humanos en el continente ha sido objeto de discusión por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y las Naciones Unidas. También se advierte que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano. Estos avances en el desarrollo de los derechos humanos en el continente han sido recogidos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de San Salvador.

También en este caso, la tutela judicial efectiva, y el efecto útil de las normas convencionales, puede venir a menos frente a los problemas de eficacia, implementación y aceptación interna de las sentencias de la Corte IDH.²⁶ Ello vendría a debilitar el Sistema de Protección de los Derechos Humanos.

26 Cfr. Laura Araceli Aguzin, “La eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la continuidad de su construcción”. *Revista Alegatos*,

En esta materia se encuentran ya diferentes tipos de reacciones en los países centroamericanos y en otros latinoamericanos: “Los remedios con mayor grado de cumplimiento son los que demandan algún tipo de reparación: se cuentan cumplidos totalmente el 47 % de los casos y parcialmente un 13 %. En el extremo opuesto sólo el 10 % de las órdenes, recomendaciones o compromisos para que se investigue y sancione a los responsables de violaciones se han cumplido en su totalidad; el 13 % de forma parcial y el 76 % han sido incumplidos”.²⁷

Como puede desprenderse del informe antes citado, es evidente que la obligación de los Estados de respetar el cumplimiento de las decisiones de la CIDH y de la Corte (artículos 68.1 y 51.2 de la Convención), en cuanto a la reparación del daño ocasionado y el principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados, no se cumple a cabalidad.

La duración de los procedimientos es muy larga (más de 7 años en algunos casos). El plazo promedio de la duración en el cumplimiento son dos años y medio (informes finales de la CIDH), o año y medio (de la Corte). Es decir, falta una respuesta efectiva y oportuna desde la óptica del afectado.

Muchas de las medidas ordenadas no dependen del Ejecutivo, sino sobre todo del órgano Legislativo y del Judicial. Pareciera que es necesario un Tribunal permanente, con competencias más amplias, incluso se debería pensar en una doble instancia.

Se ha afirmado, en razón de las anteriores limitaciones, que:

El carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos está dando un giro en la protección de la “Justicia Transnacional”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Comisión, atendiendo a la progresividad de los Derechos económicos, sociales y culturales, ha comenzado a reconocer la tutela de los derechos humanos de solidaridad, entre ellos al Medio Ambiente sano

n.º 82 (México, 2012): 629-650, <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/75/82-03.pdf>

27 Fernando Bash *et al.*, “La efectividad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Revista Sur*, n.º 12 (enero, 2010): 13, <http://www.conectas.org/es/acciones/es-revista-sur/edicion/12/1000363>

y ecológicamente equilibrado, tanto de Pueblos como de Comunidades. Quizás los grandes retos que enfrenta la Corte IDH, están ligados, sin duda alguna a la apertura de la legitimación directa para demandar la protección de los derechos de solidaridad.

El incumplimiento de los Estados, sea por acción o por omisión, de las normas internacionales de aplicación directa, pueden provocar la violación del derecho a un ambiente sano. A ello se suma la urgencia de la Comunidad Internacional de adoptar medidas para mitigar el cambio climático, combatir la seguridad alimentaria y la pobreza extrema, y garantizar un desarrollo rural y territorial sostenible. Este sin duda es uno de los grandes desafíos en la evolución de la jurisprudencia de la justicia trasnacional.²⁸

Tales desafíos parecen algo lejanos, pero es muy probable que la Corte IDH siga avanzando por esa ruta de realización de los derechos de tercera generación, con el riesgo de reacción de los Estados nacionales.

VI. La Corte Internacional de Justicia (La Haya) y el Tribunal Internacional de Derechos del Mar, y su atribución para conocer casos recientes

Desde la fecha en que se presentó el caso de “las Papeleras” en el Río Uruguay, ante la CIJ, surgió una gran expectativa sobre este por parte de la doctrina. Sin embargo, la Corte no demostró actuar bajo el principio de tutela judicial efectiva, pues rechazó las medidas cautelares que presentaron tanto Argentina (que solicitaba suspender la autorización y la construcción de las Papeleras) como Uruguay (que solicitaba medidas contra Argentina por causar perjuicios al permitir los bloqueos de carreteras), al considerar que no existía perjuicio grave o irreparable en ambos casos.²⁹

28 Enrique Ulate. *La tutela medioambiental...*, 88.

29 CIJ, ordenanza del 13 de julio de 2006, al respecto es importante citar la opinión disidente del juez *ad hoc* Vinuesa, a favor de la concesión de medidas provisionales solicitadas por Argentina. Y ordenanza del 23 de enero de 2007, con opinión disidente del juez *ad hoc* Torres Bernárdez, a favor de la concesión de las mismas a Uruguay, y declaración del juez Buergenthal, distinguiendo las medidas que producen un daño o perjuicio irreparable, de aquellas que puedan perjudicar los derechos de una parte o agravar o extender la diferencia.

Por ello, la doctrina considera que este tribunal de justicia es “bastante parco” en la concesión de medidas y que “dada la tendencia de la Corte a las decisiones salomónicas, no creo que podamos esperar grandes avances jurisprudenciales en la protección del medio ambiente”.³⁰

Y, efectivamente, fue así, la CIJ no demostró avances en la tutela o protección al medio ambiente, tal y como lo expone la jurista Anglés Hernández,³¹ que evidencia el comportamiento de la Corte en violación a su propio estatuto y la falta de aplicación de principios fundamentales del derecho internacional ambiental (como el principio precautorio), como fuentes del derecho y la falta de apoyo científico para resolver el caso. Calificó como una pérdida de oportunidad de sentar jurisprudencia ambiental internacional, dejando más bien incertidumbre en sus acciones, lo que resta credibilidad y confianza en sus actuaciones. Al concluir, la autora afirma que los conflictos sobre cuencas compartidas serán cada vez más frecuentes y para ello se requiere un tribunal internacional capaz de coadyuvar a la tutela del ambiente a nivel internacional, en un marco de transparencia y equidad, con el apoyo técnico y científico necesario.³²

Pese a los supuestos avances en la “ecologización” del Tribunal de Justicia Internacional, la misma doctrina afirma que no se tiene claro cuándo las causas son de naturaleza ambiental; y en las causas donde se han solicitado medidas cautelares, estas han sido rechazadas.³³

La revisión de una competencia en materia ambiental internacional supone, efectivamente, darle mayor participación a la sociedad civil, a través de la legitimación directa para la protección de intereses

30 Ana Manero Salvador, “El Tribunal Internacional de Justicia en el ámbito Iberoamericano. El asunto de las Papeleras en el Río Uruguay”, en *Tribunales...*, 205 y 214.

31 Marisol Anglés Hernández, “Fallo de la Corte Internacional de Justicia en Materia Ambiental: evidenciado en el asunto de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* XI (2011), 77-98, <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/11/art/art2.pdf>

32 *Ibid.*..., 97.

33 Rafael Clemente Oliviera Do Prado, “La ecologización de la Corte Internacional de Justicia”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* XI (2011), 64, <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/11/art/art2.pdf>

difusos o mediante la actuación coadyuvante de las poblaciones en estado de vulneración o que puedan sufrir el daño ecológico (artículo 10 de la Declaración de Río y Agenda 21), para garantizar la gobernanza democrática y la buena gestión del medio ambiente.³⁴ Sin embargo, la participación de la sociedad civil, actualmente, en la CIJ es prácticamente nula, pues solo los Estados pueden intervenir en la controversia.

A lo sumo, la Corte ha admitido la emisión de informes o participación de otras organizaciones internacionales (entre Estados), y no de ONG, que puedan rendir dictámenes sobre el tema de la protección ambiental.

En cuanto se refiere al Tribunal Internacional de Derechos del Mar y su actuación en el espacio iberoamericano, estudiosos del tema han concluido que:

El papel del TIDM en el espacio iberoamericano es prácticamente nulo. Varias son las razones que conducen a ello.

En primer lugar, un número considerable de países iberoamericanos no han ratificado la Convención, y un amplio número de los que lo han hecho, han emitido alguna declaración en la que, bien no reconocen la jurisdicción del TIDM para la solución de controversias, o bien, cuando la reconocen, establecen una serie de limitaciones.

En segundo lugar, la competencia del TIDM reconocida por los países latinoamericanos se limita a la resolución de controversias relativas a la interpretación y aplicación de la Convención, de manera que la posibilidad de resolver controversias sobre cuestiones referidas a la aplicación de Tratados relativos a los fines de la Convención, entendiendo como tales las conexas con la Convención, que incluirían los Tratados sobre Derecho del Mar y las cuestiones sobre Derecho consuetudinario del mar no parece posible.

En tercer lugar, los Estados han hecho uso de las excepciones y limitaciones facultativas que les otorga el art. 298 de la Convención.

Al día de hoy los Estados latinoamericanos optan por resolver sus controversias marítimas ante el TIJ.³⁵

34 *Ibid.*..., 65.

35 Amparo Alcoceba Gallego, “El Tribunal de Derecho del Mar en el Espacio Latinoamericano”, en *Tribunales...*, 242-243.

De lo anterior, se desprenden pocas probabilidades, luego de dos décadas de su funcionamiento de que este Tribunal asuma un rol protagónico en la protección medioambiental vinculada a los mares.

VII. La peligrosa indiferencia e ineficacia de los tribunales internacionales existentes y reacciones de los países latinoamericanos

Todo lo anterior evidencia que la mayoría de los tribunales internacionales y otros mecanismos creados para la solución de controversias no solo tienen una serie de limitaciones, sino que a dichas limitaciones se suma una peligrosa indiferencia en cuanto a la protección efectiva del medio ambiente y de las poblaciones.

Se enfatiza que los problemas más recurrentes son: 1) la falta de sometimiento de todos los Estados a la jurisdicción de los tribunales internacionales; 2) las limitaciones en torno a sus competencias, muchas veces limitadas a las materias que establecen sus propios tratados o estatutos constitutivos; 3) la falta de legitimación activa y directa de los particulares, sobre todo de los grupos o comunidades, para poder reclamar un daño ambiental, restringiéndose normalmente a la participación de los Estados; 4) la timidez con que se aborda la adopción de las medidas cautelares, sobre todo anticipadas, para la prevención y propagación de los daños o perjuicios irreparables; 5) la excesiva duración de los procedimientos –medidas por quinquenios o decenios–; y 6) la falta de seguimiento en los procesos de ejecución y efectividad en el cumplimiento de los fallos.

Frente a esta realidad, también es cierto que se plantean una gran cantidad de riesgos, actividades económicas, eventos climáticos, desarrollos tecnológicos o industriales de gran envergadura, sobreexplotación de recursos naturales vitales, etc., muchos como producto de la globalización. Todo ello pone en riesgo el desarrollo sostenible y los recursos compartidos, tales como las cuencas transfronterizas compartidas, el recurso hídrico, las reservas de biodiversidad y los humedales de importancia internacional, los recursos marino-costeros, la protección forestal, entre otros.

Ante tal indiferencia, no solo de los tribunales, sino también de las organizaciones internacionales clásicas (como la OEA y ONU),

y algunos países no solo niegan la eficacia de dichos mecanismos, sino que optan por denunciar los tratados, como ocurrió recientemente con el caso de Venezuela, cuestiones que, a juicio de algunos internacionalistas, bien pudieron evitarse.

VIII. En la búsqueda de alternativas

A) El rol del juez nacional ordinario como garante del control de constitucionalidad, comunitario y de convencionalidad de los derechos humanos

En una investigación reciente, considerando los avances existentes a nivel constitucional, regional e internacional, desde el punto de vista comparado, se ha sostenido que “todo Juez nacional tiene el deber de conocer los parámetros de constitucionalidad, comunitarios y de convencionalidad, así como los criterios de interpretación (jurisprudenciales) de carácter vinculante, emanados de las Cortes Constitucionales, Centroamericana e Interamericana, y aplicarlos en cada caso concreto que así lo requiera para garantizar el máximo nivel de tutela posible de los derechos fundamentales. Debe realizar una interpretación conforme y sistemática de la normativa interna respecto de las normas superiores por cuya jerarquía y competencia deben prevalecer”.³⁶

La interpretación sistemática en la cual está inmerso el juez ordinario obliga tanto al Estado como a sus instituciones a procesos de capacitación permanente y actualización, en torno a criterios jurisprudenciales, constitucionales, comunitarios y de derechos humanos. En última instancia, es al juez ordinario a quien le corresponde desarrollar y mejorar juicios de interpretación conformes, para aplicarlos al caso concreto y buscar una solución que garantice el máximo nivel de tutela posible de los derechos fundamentales.

36 Enrique Napoleón Ulate Chacón, “Patrimonio Constitucional Centroamericano y control tridimensional de constitucionalidad, comunitario y de convencionalidad” (tesina del curso de Especialización en Justicia Constitucional y Tutela de los Derechos, Universidad de Pisa, 2012), 6.

B) La creación de secciones especializadas en materia de medio ambiente, cambio climático y seguridad alimentaria a nivel regional

Una segunda opción, que parece viable, sobre todo derivada de experiencias recientes, es el fortalecimiento de los tribunales regionales de integración, para crear dentro de ellos secciones especializadas en temas de medio ambiente, que conozcan también de cuestiones relacionadas con el cambio climático y la seguridad alimentaria. Normalmente, fenómenos que afectan este tipo de situaciones, tales como terremotos, huracanes o depresiones tropicales, destrucción de plantaciones, cultivos, entre otros, impactan regiones determinadas o se originan en cuencas o recursos compartidos por los países miembros de una comunidad de Estados.

Recientemente, se planteó el conflicto entre Costa Rica y Nicaragua sobre el río San Juan, que involucra no solamente un tema fronterizo, sino también de utilización de una cuenca compartida, donde existen gran cantidad de intereses comunes regionales, así como recursos de humedales y biológicos de importancia a nivel mundial. La CCJ se arrogó la competencia para conocer el caso, dictó medidas cautelares y una sentencia condenatoria contra Costa Rica, al considerar afectados los recursos naturales por la construcción de una trocha fronteriza, pero con la férrea oposición de este país, al no haber ratificado el estatuto de dicha Corte. Por su parte, Nicaragua y Costa Rica también acudieron al Tribunal Internacional de Justicia, situación que provocó la activación de una doble jurisdicción internacional.

Por eso, la propuesta consistiría en que los tribunales regionales tengan competencia exclusiva y excluyente para conocer de este tipo de casos y cuando se trate de conflictos entre Estados de diferentes comunidades o entre comunidades de Estados (*v. gr.* SAI-MERCOSUR), estos se diriman en el Tribunal Internacional de Justicia, mientras no exista la creación de una jurisdicción ambiental internacional exclusiva.

C) Un tribunal voluntario, a propósito de la Corte Ambiental Internacional de Conciliación y Arbitraje

Desde hace aproximadamente dos décadas, un grupo de juristas, preocupados por la protección del medio ambiente y por las obligaciones derivadas a partir de la Cumbre de Río, impulsaron decididamente la creación de un tribunal ambiental internacional, lo cual concluyó en la creación de un sistema voluntario, denominado Corte Ambiental Internacional de Conciliación y Arbitraje.³⁷ Su sesión constitutiva, celebrada en México en noviembre de 1994, acordó establecer la sede alterna y el Servicio de Documentación de la Corte en la ciudad de San Sebastián, en el País Vasco. El establecimiento del Servicio de Documentación de la Corte en la Ciudad de México permite disponer de un centro de la máxima cualificación en documentación política y jurídica sobre temas ambientales, a disposición de las administraciones públicas vascas, de los investigadores y profesionales del derecho y la política ambiental y, en definitiva, al servicio de los ciudadanos que se acerquen a sus instalaciones.

El órgano creado en México D. F. en noviembre de 1994 responde a lo que doctrinalmente se conoce como arbitraje institucionalizado, es decir, cuando surge un conflicto, el problema puede someterse a consideración, en el que se provee a la institución una lista de árbitros o conciliadores entre los cuales las partes elegirán a los más idóneos. Por un lado, agiliza enormemente la búsqueda de las personas adecuadas para dirimir sobre el conflicto, al evitar disputas sobre la idoneidad de unos árbitros o conciliadores que, en caso contrario, podrían elegirse entre un número indefinido de personas. Por otro lado, la existencia de un colectivo de juristas reducido, aunque representativo de todas las culturas políticas y jurídicas, favorecerá la creación de un cuerpo conceptual único y homogéneo para la resolución de los conflictos ambientales. De practicarse un arbitraje puntual, que siempre cuente para cada caso con personas diferentes, la construcción conceptual del derecho ambiental será mucho más lenta, en la cual aparecerán, seguramente, abundantes contradicciones entre los laudos.

37 Javier Eceizabarrena, *Corte Internacional de Arbitraje y conciliación ambiental* (CIACA), <http://www.euskonews.com/0040zbnk/gaia4002es.html>

Esta corte es un mecanismo voluntario y no obligatorio, pues no es producto de un tratado internacional. Su estatuto constitutivo le otorga competencias consultivas, de conciliación y arbitraje internacional.

D) La propuesta de creación de un tribunal penal internacional ambiental³⁸

Aun cuando ya se venía hablando antes de la ampliación de las competencias de la Corte Penal Internacional para que conociera ilícitos relacionados con temas ambientales, a fin de evitar la impunidad, fue con la voz del premio Nobel de la Paz, Adolfo Pérez Esquivel, que se levanta el interés por crear un tribunal penal internacional ambiental. Sin embargo, se considera que esta propuesta caería dentro de la óptica de las secciones especializadas, lo cual dotaría de competencias ambientales a los tribunales ya existentes. Además, la tutela o protección medioambiental va más allá de las sanciones que, desde el punto de vista penal-ambiental-internacional, puedan llegar a imponerse.

Para esto, debe recordarse que existen principios ambientales aceptados por la comunidad internacional, los cuales deben ser puestos en vigencia de manera efectiva, tales como el principio precautorio y el principio de la responsabilidad ambiental.

E) Un tribunal internacional supranacional, intergeneracional y pluricultural

Sin duda alguna, la mejor solución posible –y deseable– podría consistir en la creación de un nuevo tribunal internacional ambiental, que sea creado mediante un tratado constitutivo de carácter multilateral (como los que dieron origen, por ejemplo, a Naciones Unidas, a la OMC o al Tratado de Recursos Filogenéticos para la Agricultura y la Alimentación de la FAO), que permita la creación de una instancia supranacional.

38 Adolfo Pérez Esquivel, “Premio Nobel pide Corte Penal Internacional Ambiental”, <http://www.taringa.net/posts/info/3287271/Premio-Nobel-pide-Corte-Penal-Internacional-Ambiental.html>

IX. La experiencia nacional, en cuanto al control tridimensional, constitucional, comunitario y de convencionalidad

La sumisión del juez ordinario al control tridimensional es prácticamente inevitable a la luz de las normas que rigen, para nuestro ordenamiento, el pluralismo jurídico, a las cuales ahora se suma el artículo 1 de la Constitución Política de Costa Rica, que establece su carácter multiétnico y pluricultural.

En efecto, la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone, en lo que interesa, en su artículo 8 dispone que “1.- Los funcionarios que administran justicia no podrán: Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país (...). Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional”.

Por su parte, la Ley de Jurisdicción Constitucional indica, en su artículo 1, dicta que: “la presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”.

La misma Ley General de la Administración Pública, al referirse al sistema de fuentes, en su artículo 6, señala que “1. La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden: a) La Constitución Política; b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana; c) Las leyes y los demás actos con valor de ley; d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes, los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia”.

El Código Procesal Penal sujeta la actuación jurisdiccional a las reglas del debido proceso, en cuyo artículo 277 se indica específicamente: “Actuación jurisdiccional. Corresponderá al tribunal del

procedimiento preparatorio realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba, resolver excepciones y demás solicitudes propias de esta regla, otorgar autorizaciones y, en general, controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código. Lo anterior no impedirá que el interesado pueda replantear la cuestión en la audiencia preliminar”.

De esa manera, en la práctica judicial, tanto los jueces constitucionales como los jueces ordinarios se han decantado por realizar ese control tridimensional, lo cual se puede evidenciar con los siguientes ejemplos prácticos:

- a) El Tribunal Agrario, en la Sentencia N.º 275 del 16 de mayo de 2003 (Cons. VII a IX), desarrolla la vinculación del Protocolo de Tegucigalpa (1991) y el Protocolo de Guatemala (1993), en cuanto a la competencia de los consejos de ministros de adoptar actos normativos comunitarios técnicos comunes de mercado para proteger la salud y el medio ambiente. Aplica el Reglamento Comunitario sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Resoluciones de COMIECO, 37-99 y 1-2002) como normas comunes para proteger la salud y la vida humana, animal y vegetal, del cual el Tribunal Agrario deriva el principio precautorio para aplicarlo a un caso concreto, junto a las normas constitucionales y legales, y tutelar el derecho a la salud y al medio ambiente de una menor de edad.
- b) La Sala Constitucional en la Sentencia N.º 9660-13 del 17 de julio de 2013, dentro de una acción de inconstitucionalidad contra actuaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social y del Ministerio de Salud, por aplicación del Reglamento del Consejo de Ministros de Salud de Centroamérica (COMISCA) sobre compra conjunta de medicamentos genéricos. El Consejo de Ministros de Salud, dice la Sala, se sustenta en el derecho comunitario originario de la región, tanto en el Protocolo de Tegucigalpa (artículo 12, inciso b, 16, 21 y 22) como en el Tratado de Integración Social Centroamericana (artículos 2, 6, inciso h, 8, inciso d, 9, inciso b, 15 y 17), ambos instrumentos aprobados por la Asamblea Legislativa.

No resulta contrario a la Constitución que se hayan desarrollado los procedimientos de adquisición de medicamentos a nivel regional con base en reglamentos dictados por el COMISCA. La competencia del Consejo se basa en disposiciones supranacionales armónicas con la Constitución, debidamente aprobados por el cuerpo parlamentario. Corresponde, en consecuencia, desestimar la acción.

Posteriormente, en una solicitud de aclaración y adición, la misma Sala Constitucional, en la Sentencia N.º 1542-2014 del 5 de febrero de 2014, deja claros los conceptos de: primacía de las normas comunitarias (originarias y derivadas) sobre el derecho interno; supremacía del derecho constitucional (principios y la estructura del Estado) y el nivel de tutela superior de los derechos prestacionales a nivel regional (beneficios para el Estado y la ciudadanía). Además, distingue entre el derecho comunitario centroamericano y el derecho internacional clásico, al reconocer el carácter supranacional y la potestad normativas de los órganos comunitarios (consejos de ministros).

Conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, todo juez nacional debe ejercitar el control de convencionalidad. Es difuso y se debe ejercer *ex officio*, alcanza no solamente a los órganos de los Estados parte de la convención, conforme a sus propias competencias. Los jueces tienen el deber de desaplicar las normas internas contrarias o hacer una interpretación de la norma interna, conforme al derecho de la convención (y sus instrumentos complementarios o derivados). Así que “en esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.³⁹

Ante la falta de ejercicio de ese deber de control que pueda producir una violación a la tutela judicial efectiva, la Corte IDH tiene la potestad de revisión, tanto de los procedimientos como de la misma sentencia nacional (“cosa juzgada”), para hacer respetar el derecho de la Convención.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Almonacid Arellano y otros contra Chile”, S. 26 de setiembre de 2006, párrafo 124.

- c) El Tribunal Contencioso Administrativo, sección IV, en la Sentencia N.º 112-2012, dentro de un proceso de puro derecho de un adjudicatario contra el Instituto de Desarrollo Agrario, ha indicado:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene establecido en su jurisprudencia que las “garantías judiciales” del precitado artículo 8 CADH, para la determinación de los derechos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, son igualmente aplicables a los procedimientos administrativos. En el caso “Baena Ricardo y otros contra Panamá” (sentencia de 2 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas). A partir de la creación de este control de convencionalidad, el parámetro de legalidad a cargo de la jurisdicción contencioso-administrativa, respecto de las conductas impugnadas, se amplía significativamente. En este sentido el artículo 10.1 LGAP. En rigor, no se trata de evadir la aplicación de la LGAP en su Libro II para eternizar los procedimientos administrativos especiales a cargo del IDA o de cualquier otro, sino de incorporar mecanismos de protección de los derechos fundamentales del particular sujeto al poder sancionador de aquel que, a su vez, le sirven de instrumento de control y fiscalización.

- d) El Tribunal Agrario, en la Sentencia N.º 304-06, aplicó el Convenio 169 de la OIT y jurisprudencia CIDH, caso “Awás Tingny” (Nicaragua), señala que:

*En **primer** lugar, debe reconocerse en el instituto un carácter originario supralegal y supraconstitucional. En **segundo** lugar, la propiedad indígena es de carácter colectivo o comunitaria. En **tercer** lugar, ella existe y es la base fundamental, de su cultura, de su vida espiritual y de su subsistencia económica. En **cuarto** lugar, el sentido de pertenencia de la propiedad indígena no se mide por un título –inscrito o no–, sino por la posesión de la tierra en sentido comunitario. En **quinto** lugar, el carácter comunitario de la propiedad hace que los conflictos y la disposición de la propiedad comunitaria indígena sea competencia de la misma comunidad. En **sexto** lugar, en los conflictos de propiedad y posesión indígena, prevalece la costumbre indígena. Por lo anterior, si el núcleo esencial de la propiedad colectiva indígena es la titularidad grupal o comunitaria sobre la tierra, ello hace que el derecho a poseer, ocupar y utilizar la tierra sea inherente a la idea de sí mismos que tienen los pueblos indígenas, siendo a la comunidad local, la tribu, la nación o el grupo de indígenas a quien se confiere ese derecho.*

- e) La Sala Constitucional se ha referido también a la justicia consuetudinaria y jurisdiccional a través del Tribunal de Derecho Consuetudinario Indígena (2004-12743) de la siguiente manera: “las reservas serán regidas por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales o de las leyes de la República que los rijan”. Corresponde a los tribunales comunes determinar el mejor derecho de posesión o de propiedad. Pero el Tribunal de Derecho Consuetudinario del Territorio Indígena de Cabagra puede conocer los conflictos que sometan a los miembros de su comunidad. En este caso, no se viola el principio del juez natural.
- f) Son múltiples las sentencias de la Sala Constitucional, en las cuales se ha extendido la tutela a los derechos fundamentales de tercera generación. Entre las más recientes, conviene destacar el Voto N.º 8486 del 13 de junio de 2014, en el cual se tutela el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, al proteger el recurso hídrico del río Sardinal, dada la incerteza científica sobre los impactos que una concesión de aguas de gran magnitud podría causar sobre el caudal ecológico del mismo. En el Considerando VIII, la Sala enfatiza especialmente en este tema al:

Reconocer un equilibrio entre la producción agropecuaria, ganadera y acuícola, y la protección del medio ambiente, pero facilitando el aprovechamiento sostenible de los recursos. De esa forma se puede garantizar suficiente disponibilidad de productos para satisfacer tanto la producción agroalimentaria (o seguridad alimentaria vista como disponibilidad de productos para el ejercicio empresarial de la actividad agraria sostenible), como la calidad agroalimentaria y la protección de la salud y el medio ambiente. Es decir un perfecto equilibrio entre Agricultura, Ambiente y Alimentación en el ámbito del comercio agrícola, nacional, regional (o comunitario) e internacional.

Hasta ahora, la mayoría de la Sala se sigue decantando por atender los asuntos de carácter ambiental en la jurisdicción constitucional, al tutelar por la vía de amparo la vulneración de tales derechos. Sin embargo, el criterio de minoría considera que esos aspectos deben dirimirse en la vía ordinaria común, salvo cuando se afecte la salud,

el recurso hídrico o existan violaciones groseras al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.⁴⁰

X. Conclusiones

En otra oportunidad se ha afirmado que un tribunal de justicia, que se ocupe del cumplimiento de las normas comunitarias o convencionales, debe ser constituido, reconocido y ratificado por todos los países miembros y debe funcionar bajo una serie de condiciones absolutamente indispensables, por ejemplo: nombramiento de los magistrados que garanticen su idoneidad, permanencia e imparcialidad; que se trate de un tribunal permanente; que posea competencia y jurisdicción sólida para ejercer de manera exclusiva y excluyente la jurisdicción en materia ambiental; que ofrezca la garantía de respeto en el cumplimiento de sus fallos; que la tutela judicial sea rápida y efectiva; y que cumpla con mecanismos de ejecución eficaces. Es decir, se hace indispensable conformar tribunales supranacionales plenos, a nivel regional, que adopten decisiones vinculantes y de acatamiento obligatorio para los países, en los cuales sea posible garantizar la efectiva ejecución de sus fallos de reparación y sanción a favor de los derechos fundamentales.

Los grandes retos que enfrenta la justicia ambiental internacional están ligados, sin duda alguna, a la apertura de la legitimación directa de los particulares, pueblos y colectividades para demandar la protección de los derechos de solidaridad; en particular, la tutela del medio ambiente, la responsabilidad por el cambio climático y la exigencia de la seguridad alimentaria.

Debe impulsarse la creación de un tribunal internacional ambiental que reúna las características más importantes para la tutela del ambiente, asumidas por otras jurisdicciones internacionales o, incluso, nacionales, como la jurisdicción constitucional. A continuación, se describen las cualidades con las que debería contar este tribunal.

40 Véase, entre otros, Sala Constitucional, N.º 2975, del 13 de febrero de 2015 y N.º 3533, del 13 de marzo de 2015.

- a) Naturaleza: la idea de crear un tribunal internacional ambiental debe considerar también el carácter intergeneracional, pluricultural y supranacional de este, en donde exista una voluntad política de los Estados, confirmada por sus pueblos y ciudadanos (por ejemplo, mediante referéndum), de ceder el ejercicio compartido de la soberanía en temas contemplados ya en los tratados internacionales. Presupone la conformación de un tribunal de “nuevo cuño”, intergeneracional y pluricultural.
- b) Competencias: deben estar claramente definidas y delimitadas sobre las materias contenidas en tratados convencionales multilaterales, que tutelen derechos de tercera generación, no solamente respecto de temas ambientales (Cumbre de Río de Janeiro y Johannesburgo), sino también de cambio climático y seguridad alimentaria (Protocolo de Kioto, Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación).
- c) Legitimación: los particulares, los grupos, los pueblos y comunidades, y no solamente los Estados, deben estar debidamente legitimados para la defensa de los intereses difusos relacionados con dichos temas.
- d) Procedimiento: debe asegurarse un proceso ágil, moderno, que garantice la objetividad y la celeridad en la toma de decisiones.
- e) Tutela cautelar: es primordial que el tribunal esté en grado de atender situaciones de urgencia, mediante la adopción de medidas cautelares anticipadas, para la tutela y conservación de los recursos naturales, así como para evitar el daño ecológico y la inseguridad alimentaria.
- f) Ejecución de sentencias y reparación: la existencia de mecanismos pecuniarios y de reparación de las víctimas y de los Estados o comunidades de Estados debe ser una exigencia para el logro de la efectividad y eficacia del proceso.

Bibliografía

ALCOCEBA Gallego, Amparo. “El Tribunal de Derecho del Mar en el Espacio Latinoamericano”, en *Tribunales internacionales y*

Espacio Iberoamericano, editado por Fernández Liesa, 231-242. España: Aranzadi, 2002.

ANGLÉS Hernández, Marisol. “Fallo de la Corte Internacional de Justicia en Materia Ambiental: evidenciado en el asunto de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* XI (2011), 77-98.

ASTETE Muñoz, Sandra. “El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos: avances y retos”, en *Tribunales internacionales y Espacio Iberoamericano*, editado por Fernández Liesa, 41-79. España: Aranzadi, 2002.

BASH, Fernando *et al.* “La Efectividad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Revista Sur*, n.º 12 (enero, 2010): 9-35, <http://www.conectas.org/es/acciones/es-revista-sur/edicion/12/1000363>

DELLUTRI, Rodrigo. *El Derecho Humano al Medio Ambiente: el caso de los Pueblos Autóctonos*, 2009, www.auilr.org/pdf/24/24-1-5.pdf

ECEIZABARRENA, Javier. *Corte Internacional de Arbitraje y conciliación ambiental* (CIACA), 2017, <http://www.euskonews.com/0040zbnk/gaia4002es.html>

FERNÁNDEZ Liesa, Carlos *et al.* (Eds.). *Tribunales internacionales y Espacio Iberoamericano*. España: Aranzadi, 2002.

GUTIÉRREZ Gutiérrez, Carlos José. *La Corte de Cartago (Corte de Justicia Centroamericana)*. 2.ª ed. Editado por Jorge R. Hernández Alcerro. Managua: Corte Centroamericana de Justicia, 2009.

MANERO Salvador, Ana. “El Tribunal Internacional de Justicia en el ámbito Iberoamericano. El asunto de las Papeleras en el Río Uruguay”, en *Tribunales internacionales y Espacio Iberoamericano*, editado por Fernández Liesa, 195-214. España: Aranzadi, 2002.

MIRANDA Bonilla, Haideer y Víctor Orozco Solano. “La Tutela del ambiente en el espacio jurídico Interamericano”, en *El derecho al ambiente en la Constitución Política: Alcances y límites*, editado por Mario Peña Chacón, 283-312. San José: Isolma, 2016.

- OLIVIERA Do Prado, Rafael Clemente. “La ecologización de la Corte Internacional de Justicia”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* XI (2011), 47-76, <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/derint/cont/11/art/art2.pdf>
- OLMOS Giupponi, Belén. “El Sistema de solución de Controversias del MERCOSUR. Análisis de la situación actual y propuestas para el futuro”, en *Tribunales internacionales y Espacio Iberoamericano*, editado por Fernández Liesa, 135-151. España: Aranzadi, 2002.
- PÉREZ Esquivel, Adolfo. *Premio Nobel pide Corte Penal Internacional Ambiental*, 2009, <http://www.taringa.net/posts/info/3287271/Premio-Nobel-pide-Corte-Penal-Internacional-Ambiental.html>
- QUIRÓS Muñoz, Billy. “Limitaciones de las competencias de la Corte Centroamericana de Justicia: a propósito del conflicto generado por la construcción de la carretera fronteriza del Río San Juan”, en *Tribunales Internacionales, mecanismos de solución de controversias y Justicia Transnacional*, editado por Enrique Napoleón Ulate Chacón, 365-412. San José: Isolma, 2012.
- ROJAS Nash, Claudio y Sarmiento Ramírez, Claudia. *Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2009, www.anuariocdh.uchile.cl
- ULATE Chacón, Enrique. “La tutela Medioambiental en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en *Medio Ambiente, cambio climático y derechos humanos*, editado por María Belén Olmos Giupponi, 75-92. Medellín: Diké, 2011.
- ULATE Chacón, Enrique. “Patrimonio Constitucional Centroamericano y control tridimensional de constitucionalidad, comunitario y de convencionalidad”, tesina del curso de Especialización en Justicia Constitucional y Tutela de los Derechos, Universidad de Pisa, 2012.

Acerca del editor

Enrique Napoleón Ulate Chacón nació en Naranjo el 31 enero de 1968. Realizó su doctorado en Derecho Comunitario, Integración y Política Agraria en la Escuela Superior de Estudios Universitarios Santa Anna, en Pisa, Italia, y una especialización en Justicia Constitucional en la Universidad de Pisa.

Es coordinador del Doctorado Académico en Derecho de la Universidad de Costa Rica desde el 1 de mayo del 2016. Catedrático de derecho privado, reales y agrario. Coordinador de Investigación Dirigida del Doctorado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, desde su fundación. Además, fundó la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos. Fungió como secretario general de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios del 2012 al 2016.

Además, tiene varias publicaciones, incluyendo la colección de obras colectivas del Doctorado en Derecho *Tribunales internacionales, mecanismos de solución de controversias y justicia transnacional: estudios de derecho comparado “del principio de la Justicia Universal a la Justicia Transnacional* (2012) y *Del Patrimonio Constitucional Centroamericano al Derecho Constitucional Centroamericano* (2015), la colección sobre *Integración y derecho comunitario* (6 volúmenes), *Tratado de derecho procesal agrario* (1999-2001) y *Manual de derecho agrario y justicia agraria* (2012), entre otros.

En Costa Rica ha sido merecedor de los premios nacionales Aquileo J. Echeverría (1999), Ulises Odio Santos (2005), Alberto Brenes Córdoba (2006) y Fernando Coto Albán “Al Buen Juez” (2019). Del 2009-2017 se desempeñó como magistrado suplente de la Sala Constitucional y desde 1997 como integrante del Tribunal Agrario de Costa Rica.

Esta es una
muestra del libro
en la que se despliega
un número limitado de páginas.

Adquiera el libro completo en la
Librería UCR Virtual.

LIBRERÍA
UCR

VIRTUAL

La parte general desarrolla el tema de la constitucionalización de los derechos de tercera generación y la necesidad de su tutela judicial efectiva a nivel nacional y transnacional. Se exponen casos concretos de constitucionalización de tales derechos como la seguridad alimentaria o el derecho a la alimentación y el acceso al recurso hídrico, así como el saneamiento. Además, se abordan tópicos como la vivienda digna, el derecho de consulta de las poblaciones indígenas, desde una visión pluricultural, el manejo de cuencas hidrográficas compartidas en Centroamérica.

La parte especial está dedicada al tratamiento particular de los nuevos derechos derivados, por un lado, del fenómeno de la globalización y, por otro, de las reivindicaciones de nuevos grupos vulnerables. De esta manera, se analiza el tema de los refugiados como consecuencia de fenómenos migratorios, el trabajo digno y las formas de explotación laboral, la eutanasia y la muerte digna, el matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo, el buen vivir y la vida digna; todos estos constituyen nuevos derechos desde la óptica del Estado Social y Democrático de Derecho.