



UNIVERSIDAD  
DE CHILE

Instituto  
de Estudios  
Internacionales

# CUADERNOS | DE ESTUDIOS INTERNACIONALES



---

Publicación del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile

---

**CUADERNOS DE ESTUDIOS INTERNACIONALES**

**Nº 4 – 2019**

**ACTAS**

**SEGUNDO CONGRESO ESTUDIANTIL DE DERECHO  
INTERNACIONAL**

**Facultad de Derecho - Universidad de Chile**

**María Fernanda Verdugo Naranjo  
(Compiladora)**



**Comité Editorial**

Astrid Espaliat Larson  
Profesora Asociada  
Instituto de Estudios Internacionales  
Universidad de Chile

Dorotea López Giral  
Profesora Asociada  
Instituto de Estudios Internacionales  
Universidad de Chile

Miguel Ángel López Varas  
Profesor Asistente  
Instituto de Estudios Internacionales  
Universidad de Chile

José A. Morandé Lavín  
Profesor Titular  
Instituto de Estudios Internacionales  
Universidad de Chile

**Editor**

Eduardo Carreño Lara  
Profesor Asistente  
Instituto de Estudios Internacionales  
Universidad de Chile

## ÍNDICE

	Página
Presentación..... <i>María Fernanda Verdugo Naranjo</i>	7
La acción de los actores no estatales y de otros Estados en la violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos..... <i>Héctor Testa Ferreira</i>	9
Desafíos de la política exterior de Chile en el siglo XXI: una propuesta desde el concepto de seguridad humana y su posible manifestación en la política de aguas y en la protección de glaciares..... <i>Alain Drouilly de Río</i>	32
La adopción internacional de menores por parte de personas no residentes en Chile: un problema pendiente..... <i>Fernando Barrera Iturra</i>	57
Faro normativo cosmopolita y constitucionalización interna en el Derecho Internacional. Una mirada al <i>ius constitutionale commune</i> latinoamericano desde el pluralismo dialogal..... <i>Vicente Vicari Gana</i>	77
Análisis gramsciano del capítulo de inversiones del TPP-11: la disputa por el contenido de la internacionalización de la autoridad del Estado..... <i>Bruno Morales Orrego</i>	108
Arbitraje internacional de inversiones: los efectos negativos en la soberanía ambiental..... <i>Raúl Martínez Cofré &amp; Ignacio Vásquez Torreblanca</i>	135

El uso de la fuerza en la era digital: un análisis crítico del alcance de la prohibición del artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas

*María Consuelo Gálvez*..... 148

## PRESENTACIÓN

*María Fernanda Verdugo Naranjo*

El Comité Organizador del Segundo Congreso Estudiantil de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, presenta en esta inédita edición los resultados de la Convocatoria de Ponencias que se realizó el año 2019, con el fin de escoger los trabajos que serían presentados por los mismos redactores en las jornadas de la mañana del evento estudiantil.

Esta presentación se produce en el marco del patrocinio que nos concedió desde el primer momento el Instituto de Estudios Internacionales (IEI). Este patrocinio se manifestó tanto en la confianza en nuestro equipo organizador, como en la cantidad de personas que se acercó por lo llamativo que resultaba un evento académico que, por primera vez, transmitía los avances e intereses en el estudio de las relaciones internacionales a nivel universitario.

Este concurso tuvo por finalidad estimular la investigación de estudiantes de todo el país en el campo del Derecho Internacional Público y Privado, pero no dejando lado algunos ámbitos del saber que convergen y enriquecen estas áreas, como las Relaciones Internacionales, el Desarrollo Internacional, la Política Comparada y la Historia Internacional.

Si hay algo que define a nuestra época es la inquietud por saber más. Así nació el año 2017 la iniciativa de los consejeros de Departamento de Derecho Internacional de organizar primera vez un congreso estudiantil enfocado en este ámbito. Tras la exitosa primera versión, nació desde cero un nuevo comité el año 2018. Semana tras semana, nos reunimos diversos estudiantes de nuestra facultad para planificar cada paso del congreso, pues desde nuestra conformación creemos firmemente en la relevancia social y pública del Derecho Internacional.

La Universidad de Chile se caracteriza por su rol social en el país, por lo cual, reafirmando el papel del IEI y toda la universidad en la promoción y difusión de los Estudios Internacionales, este trabajo compila los trabajos ganadores. La selección de los trabajos ganadores se realizó mediante un sistema de evaluación de doble filtro. En una primera instancia, todos los trabajos ganadores fueron revisados de manera objetiva e imparcial por la Comisión de Contenido del Comité; para posteriormente obtener la corrección final de parte del IEI.

Estas páginas reflejan la variedad de temas desarrollados por los/las participantes a través de sus propios análisis, reflexiones y recomendaciones; las cuales se inscriben en el pluralismo de ideas y visiones existentes en la Universidad de Chile. Dentro de las temáticas abordadas se encuentra la adopción internacional de menores por personas no residentes en Chile, un análisis crítico al uso de la fuerza en la era digital, una crítica a la internacionalización de la autoridad del Estado reflejado en el TPP-11 y, finalmente, el análisis sobre el concepto de “ambición” en el Acuerdo de París.

Como comité organizador estamos muy felices por la motivación que produjo esta convocatoria y agradecemos el interés en este congreso estudiantil. Si bien nuestra fecha ha sido postergada por todos los sucesos que han ocurrido en Chile desde el 18 de octubre pasado, estamos convencidos(as) hoy más que nunca de que el Derecho Internacional debe enfocarse en que Chile progrese a un estándar que cumpla con su responsabilidad internacional y política.

Sin más preámbulos felicitamos el trabajo de los/las autores(as), e invitamos a los/las lectores a conocer más acerca de los ensayos seleccionados, debido a que nos referimos a estudiantes que sin imaginarlo nos tienen mucho por enseñar.

Finalmente, los/las invitamos a continuar ligados a las actividades docentes, de investigación y difusión del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile.



# LA ACCIÓN DE LOS ACTORES NO ESTATALES Y DE OTROS ESTADOS EN LA VIOLACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Héctor Testa Ferreira\*

## Introducción: aparición y desarrollo de la idea de “Derechos Humanos”

La idea de “derechos humanos” tiene su aparición en los albores del Constitucionalismo, esto es, en las revoluciones que configuraron buena parte del marco político e ideológico de la Modernidad: las revoluciones inglesas (mediados del siglo XVII), estadounidense, francesa, y latinoamericanas (fines del siglo XVIII y principios del XIX). Esta idea y demanda popular de que hubiera un marco normativo que rigiera y limitara al poder de los Estados absolutistas se plasmó, excepto en el caso inglés, en la redacción de textos constitucionales donde se consagraron un conjunto de normas y principios que debían regir al ejercicio del poder estatal. A esto se le acompañó, tanto dentro como fuera de estos textos constitucionales, declaraciones y cartas de derechos que se concebían como *universales*, en el sentido que tenían una vigencia vinculada a la dignidad humana y que debían tener una vigencia más allá de la voluntad de los poderes y autoridades gobernantes.

Estos procesos tuvieron un influjo de variadas corrientes ideológicas, que podrían agruparse principalmente bajo los conceptos de *liberalismo* y *republicanismo*, que en vertientes más o menos radicales o moderadas, marcaron las concepciones de los actores que impulsaron estos procesos constituyentes. En cuanto a sus composiciones socioeconómicas, y al contrario de lo que se ha señalado tantas veces en la historiografía tradicional de concebir a estos procesos como “*revoluciones burguesas*” o “*liberales*”, lo cierto es que fueron trayectorias históricas con un conjunto de actores que no sólo fueron burguesas o liberales, sino que, por una parte, tuvieron un impulso popular significativo,

---

\* Magíster © en Derecho, Universidad de Chile. Abogado, Universidad de Chile. Correo electrónico: [testaferreira@gmail.com](mailto:testaferreira@gmail.com)

apreciándose un conjunto de actores y propuestas políticas más amplia que pareja de *burguesía y liberalismo*. Por lo demás, dentro del liberalismo, y dentro de las burguesías, había distintas manifestaciones y concepciones: Se trata de un fenómeno complejo y con propuestas e intereses diferenciados y con contradicciones y tensiones internas, tal como refleja el análisis detallado de estos procesos.

Sin embargo, este impulso popular y *revolucionario* tuvo en su transcurso, en cada uno de los casos reseñados, un relativo estancamiento, repliegue, o retroceso de las ideas más progresistas y de avanzada. Fue el momento de las *restauraciones*, de los pactos entre las altas burguesías y los poderes aristocráticos y monárquicos. Surge, en el contexto inglés, un pacto social entre parlamentarismo y monarquía, en el caso estadounidense, un dominio de una república fuertemente oligárquica, en el caso francés y europeo continental, el predominio de las *monarquías constitucionales*, y en el caso latinoamericano, repúblicas también fuertemente oligárquicas y, al igual que en los casos anteriores, con una vigencia sólo formal de los textos constitucionales, en especial, de sus cartas de derechos.

El siglo XIX sería, así, del dominio de pactos liberal-conservadores o conservador-liberales, es decir, de una adopción relativa de ciertas propuestas de los influjos que dieron vida al Constitucionalismo, pero en una versión que relativizaba sus ideas de más avanzada, y postergaba la idea de un orden político y social principalmente fundado en la Constitución y bajo las ideas de Soberanía popular y de Democracia. Se hace dominante la idea de que es ley la principal fuente del Derecho (expresión de la voluntad de parlamentos electos bajo sistemas electorales fuertemente censitarios y excluyentes), postergando la idea de supremacía de la Constitución. Y se concibe a la Constitución como un texto que sólo en su parte orgánica (la organización del poder estatal) tiene una vigencia normativa plena, mientras que los derechos quedan formulados sólo como asuntos programáticos, recomendaciones, y principios orientadores de la acción estatal pero no plenamente vinculantes. En términos ideológicos, esto se plasmó en un “liberalismo doctrinario” de fuerte sesgo antidemocrático y conservador (Pisarello, 2012, pp. 89 y ss.).

Esta concepción fue mostrando sus tensiones y contradicciones a medida que los sectores sociales excluidos y subordinados y los movimientos populares fueron impugnando en sus respectivos contextos, el conjunto de problemáticas y urgencias que luego fue conocido como *cuestión social*, derivada de las contradicciones de la sociedad moderna y capitalista de la época. Como es sabido, luego, las contradicciones internas de ese orden generaron incipientes movimientos populares y de clases medias a medida que avanzaba el siglo XIX, tendencia que se acrecentó con el cambio de siglo y el ciclo de guerras mundiales.

En el intertanto, el ya notorio avance de un “Constitucionalismo Social” que añadía a las constituciones y ordenamientos jurídicos un conjunto de demandas sociales y populares bajo la forma de *derechos*, y plasmadas en las crecientes regulaciones al mundo del trabajo (el Derecho Laboral) y la seguridad social, al control de la concentración económica (la legislación antimonopolios) en particular tras la Crisis capitalista de 1929, y en general, una idea de ampliación de la acción estatal en el conjunto del campo social. Referenciales fueron, a nivel Constitucional, las constituciones de México (La Constitución de Querétaro, de 1917) y la de Alemania (Constitución de Weimar, 1919). Comienza así la consagración constitucional de *derechos sociales*, frente a los cuales el Estado debía asumir un rol activo en su respeto, promoción, y garantía, aún en aquellas relaciones entre particulares que se situaban más allá de su margen de acción directa, como era y es típicamente, las relaciones laborales. La idea de derechos consagrados a nivel constitucional y que debía regir también las relaciones entre particulares, se abre paso de manera progresiva.

Las atrocidades e inhumanidad del ciclo de guerras mundiales, y su finalización con la derrota del nazismo y fascismo, motivaron un escenario de progresismo político que se plasmó en la construcción del sistema de la Organización de Naciones Unidas (1945 y años siguientes), tras el fracaso de la Sociedad de las Naciones. La crítica a la insuficiencia de los regímenes constitucionales liberales impulsó el resurgimiento de la idea de *derechos humanos* que habían quedado relativamente eclipsados con el predominio del Constitucionalismo liberal clásico o “liberal doctrinario”.

Surge también la expresión de *derechos fundamentales* que debían irradiar al conjunto del Derecho, ahora sí, con una vigencia *universal* y en una relación de supremacía frente a la legislación y la administración gubernamental, debiendo regir, además, al conjunto de las relaciones humanas, y, por tanto, debían tener una observancia y respeto también general. La crítica a la idea de una vigencia sólo formal o a título de cartas de derechos meramente programáticas y sin aplicabilidad como normas jurídicas vinculantes, se abrió paso principalmente en función de la toma de conciencia de los flancos abiertos que dejaba la idea liberal-conservadora, y su incapacidad tanto para abordar las contradicciones y complejidades de la sociedad capitalista y moderna, como para servir de freno al avance del nazismo y fascismo, que se sirvió de las herramientas legales y administrativas para una concentración total del poder y su utilización altamente atentatoria a los Derechos Humanos más esenciales.

### **Factores influyentes en una nueva concepción ampliada de Derechos Humanos**

Lo reseñado da lugar a lo que puede señalarse como “Derecho Internacional de Derechos Humanos” o “Sistema Internacional de Derechos Humanos”: un cuerpo de normas, instituciones, jurisprudencias y doctrinas que se consideran de una vigencia “universal”, en el sentido de que dicen relación con *“derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición”*. Sin embargo, como es notorio, la existencia, forma y grado de vigencia de los Derechos Humanos depende fuertemente de los Estados, de sus realidades políticas, económicas y sociales. Por cierto, la incorporación en los ordenamientos jurídicos internos en cada Estado, de las normas y principios de las cartas, convenciones, declaraciones, y demás instrumentos internacionales de Derechos Humanos, es, valga la redundancia, algo que está determinado y condicionado por los propios ordenamientos jurídicos internos. Debido a esto, es que nos encontramos con una categoría adicional: la ya mencionada de los “Derechos Fundamentales”, esto es, los derechos incorporados en los textos constitucionales y legislativos internos, *positivados*, dicho en los términos de la doctrina jurídica.

La diferencia señalada es relevante para lo que aquí comentamos, pues si bien es ya prácticamente un consenso el que los particulares sí pueden ser considerados como actores de potenciales violaciones a Derechos Fundamentales (lo que se conoce como eficacia o efecto *horizontal* de los derechos fundamentales), la idea dominante que pretendemos acá refutar y superar, es que son principalmente los Estados a quienes se les puede atribuir una violación a los Derechos Humanos.

Sin embargo, esta distinción ha tendido a diluirse en la práctica, por fenómenos que se complementan y retroalimentan mutuamente, generando una realidad jurídica y práctica que tiende a disolver o complejizar la relación entre Derechos Fundamentales y Derechos Humanos:

Pasaremos a reseñar brevemente estas tendencias:

- a. La “Constitucionalización del Derecho”: esto es, la idea de que se hace efectiva la idea de supremacía constitucional, y por tanto es el conjunto del Derecho (incluyendo toda la normativa jurídica privada) el que pasa a estar “irradiado”, determinado, condicionado por el Derecho Constitucional. Esto tiene su manifestación también en la Constitucionalización del Derecho Internacional, en el sentido de incorporación en los ordenamientos internos de normas y prácticas jurídicas y jurisdiccionales que incorporan el Derecho Internacional en general, y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en particular (Testa, 2019, pp.13-41).
  
- b. La “Internacionalización y globalización del Derecho”: es decir, las cada vez más amplias y significativas regulaciones del orden jurídico internacional y global, que tienen una incidencia progresivamente mayor en los ordenamientos internos. En el ámbito que aquí nos ocupamos, los tratados y convenciones internacionales de Derechos Humanos pasan a tener una presencia tendencialmente central en la aplicación, interpretación, y creación normativa en el Derecho interno. Además, se va configurando una creciente regulación que puede ser definida como “más allá

de lo 'internacional', en el entendido que el rol de las normativas de los "Estados nacionales" cede una parte de su anterior importancia a los ámbitos subnacional y supranacional, y a regulaciones privadas derivadas de la transnacionalización y globalización económica, cuestión que trae consecuencias muy notorias en la vigencia y materialización de los Derechos Humanos.

Como bien resume Guillermo Jiménez,

*Superación de la mirada nacional o regional para ir en pos de un nuevo derecho de características universales o cosmopolitas que armonice los procesos de producción normativa con los de aplicación de la misma. La crisis del modelo westfaliano encarnado en el Estado-nación, significa que este ha perdido el monopolio de la producción jurídica y la aplicación del mismo circunscrita dentro de unos límites territoriales; de este modo, hay una tendencia hacia la desterritorialización del derecho así como el surgimiento de diversos tipos de ordenamiento jurídico y fuentes de producción normativa que se ha denominado pluralismo jurídico (...) El proceso de reconocimiento, promoción, defensa y garantía de los derechos humanos universales puede identificarse como una forma temprana de globalización del derecho. (Jiménez, 2011, pp.25-26)*

En un sentido contrahegemónico de esta tendencia, es decir intentando visualizar las posibilidades emancipatorias, De Sousa Santos y Garavito (2007), entre otros, han intentado formular un paradigma "globalizador" que aborde tal tendencia desde una perspectiva crítica y asociada a las organizaciones y movimientos sociales contemporáneos.

- c. Una ampliación progresiva y nuevo entendimiento de los Derechos Humanos, en la que éstos no sólo se componen de los llamados "Derechos Civiles y Políticos", sino que también de los llamados "Económicos, Sociales, y Culturales". Además, se amplía a otros derechos, como los derechos colectivos (derechos de autodeterminación, derechos de los Pueblos Indígenas), derechos vinculados a la problemática y crisis medioambiental, derechos emanados de las luchas feministas (derechos reproductivos de la mujer), o de género (a la identidad de género), derechos relacionados con los avances tecnológicos de las últimas décadas

(derechos digitales, a la identidad genética), por citar algunos. Esta realidad más compleja de múltiples derechos, y distintas formas de concreción de cada tipo de nuevo derecho considerado como “humano”, produce entre otras cosas el efecto de que la consideración sobre las características de cada nuevo derecho humano dependa fuertemente de su incorporación en normativas y prácticas del Derecho interno de cada Estado, y de sus capacidades institucionales, políticas y económicas para darles vigencia efectiva.

La existencia de todos estos fenómenos tiende a relativizar la diferencia entre ambas nociones reseñadas, matizándose aquella idea de una diferencia clara entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales (Flores, 2015, pp. 32 y ss). Por otra parte, aunque sea una noción generalizada o de uso común, el que cuando se habla de “violaciones a los Derechos Humanos” se suele hacer referencia sólo a las violaciones más graves y sistemáticas de éstos, y en particular, a los Derechos considerados como “Civiles y Políticos”, la misma ampliación del contenido y cantidad de éstos refuta tal idea, por lo pronto, por la aparición de los derechos “Económicos, Sociales y Culturales” que tuvieron un reconocimiento internacional conjunto al de los Civiles y Políticos en los Pactos Internacionales aprobados por la Asamblea General de la ONU en 1966 y entrados en vigencia en 1976, y luego, con sucesivas ampliaciones a “nuevos derechos”, conceptualizados muchas veces como “nuevas generaciones de derechos”, noción que de todos modos puede resultar problemática y contraria a una idea ampliada y progresista sobre los Derechos Humanos.

Sobre los riesgos y sombras de la idea de “generaciones de derechos”, Lourdes Fragua sintetiza:

*Un primer riesgo es que produzca un encasillamiento excesivo de los derechos (...) Asimismo un riesgo de la teoría de las generaciones de derechos es convertir la prioridad cronológica, que la hizo surgir, en prioridad axiológica, de manera que los derechos de primera generación se contemplen no sólo como «primeros» en el tiempo, sino también como «principales», considerando que hay derechos de primera, de segunda y de tercera. Otra de las posibles sombras de la teoría examinada es que nos conduzca a dar por hecha la inevitabilidad en la consecución de las distintas generaciones de derechos y a estimar que éstas*

*se sucederán natural y espontáneamente, olvidando que el Derecho es precisamente lucha y conquista continuas y que constantemente surgen nuevos retos y peligros* (Fragua, 2015, pp.134-135)

De este modo, esta idea resulta criticable, en especial desde las posiciones situadas desde las distintas teorías críticas del Derecho, y las corrientes políticas e ideológicas que intentan superar el marco del Derecho o el Constitucionalismo tradicional.

En resumen, puede decirse que en la apelación a que ciertos derechos sean calificados como “Derechos Humanos” hay una pretensión de universalidad y de superioridad frente a los Estados y sus soberanías, mientras que la noción de “Derechos Fundamentales” hace alusión a aquellos derechos que son establecidos explícitamente en los ordenamientos jurídicos de cada Estado. Pero entre ambas categorías hay múltiples implicaciones en diversos planos, y la tendencia es a que suelen a complementarse, interrelacionarse, generando una complejización que tiende a diluir la distinción, tanto por la incorporación de los Derechos Humanos consagrados en instrumentos internacionales en los ordenamientos internos (típicamente, mediante normas constitucionales que efectúan esto expresamente), prácticas jurisprudenciales de tribunales internacionales de Derechos Humanos y de tribunales internos que complementan la aplicación de unos y otros derechos en los casos que resuelven, como en ejercicios interpretativos (legislativos y jurisprudenciales) que hacen que ambas esferas no sean cuestiones separadas ni de límites definibles de antemano.

Sin embargo, esta idea ampliada sobre la concepción de Derechos Humanos, en cuanto a sus contenidos, tipos, y las definiciones implicadas en ella, no ha estado en general acompañada de una nueva concepción que involucre, a su vez, una extensión de los actores a quienes se les puede atribuir responsabilidad por sus vulneraciones o violaciones. Acorde a la intención explícita de hacer este acompañamiento, a continuación, abordaremos dos tipos de ampliación: la referida a actores no estatales, y a otros Estados por su actuar sobre territorios externos a ellos.



## Otros Estados y otros actores en la violación de derechos humanos

Realizado el repaso histórico anterior, señalar que la concepción tradicional en torno a los Derechos Humanos ha considerado principalmente a los Estados y sus autoridades y agentes, como los sujetos o actores que pueden ser responsabilizados por su vulneración o violación. En esta noción, cuando hay particulares que realizan acciones que tienen como resultado la violación de Derechos Humanos, el responsable es el Estado, por no cumplir con su deber de respeto y garantía de éstos.

Dicha concepción tiene distintas líneas de fundamentación que es pertinente señalar, junto a las objeciones que puedan hacerseles, resumidas por Huhle (1993):

- a. Fundamento jurídico. Habida cuenta de que los Derechos Humanos tienen un sustento normativo principalmente fundado en los instrumentos internacionales firmados por los Estados, éstos son los principales responsables en garantizar su observancia y materialización. La ONU y sus múltiples instrumentos de Derechos Humanos, y las distintas instancias regionales que complementan el Sistema Internacional de Derechos Humanos (Convenciones Americana y Europea, la Carta Africana, y las cortes regionales que las aplican), son acuerdos entre Estados. Así, cabe distinguir entre lo que es objeto de regulación interna, es decir, los delitos (cometidos por personas particulares), de las violaciones de derechos humanos (cometidas por el Estado y sus autoridades y agentes).

Ante esto, puede replicarse que el hecho que el Estado sea el destinatario preferencial de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos no implica necesariamente que no pueda haber otros destinatarios, cuestión que, como veremos más adelante, tiene también un sustento normativo en el propio Derecho Internacional. Además, la matización de las diferencias entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales incide en una relativización de la diferenciación señalada, pues está ya fuertemente asentada la idea de que la protección y promoción de los Derechos Fundamentales tiene como destinatarios a todas las personas, tanto como sujetos pasivos como activos en su respeto o vulneración.

- b. Fundamento histórico e ideológico. Los Derechos Humanos tienen su aparición y desarrollo como expresiones de demandas dirigidas hacia la regulación y limitación de los poderes de los Estados absolutos. Ante esta interpretación, de marcado carácter liberal, omite la composición más heterogénea que tuvo ideológicamente el desarrollo de las cartas de derechos y del propio constitucionalismo, y por cierto, tiende a omitir la existencia de numerosos derechos que no dicen relación con una limitación de los poderes del Estado, si no que con su puesta en funcionamiento para la garantía y ampliación de éstos, como los derechos económicos, sociales y culturales, o los derechos colectivos, o los de las más recientes *generaciones de derechos humanos*. Además, esta concepción tiende a soslayar la necesaria acción del Estado en la propia garantía de los derechos civiles y políticos, la cual no se reduce a un mero deber de abstención u omisión.
- c. Argumentación política. Es propio de la naturaleza de los Estados modernos el reivindicar el monopolio de la violencia legítima y de la generación y aplicación normativa. Por tanto, señala la interpretación tradicional, es natural el adjudicar el que sean éstos quienes asuman la responsabilidad correspondiente a esta posición exclusiva y excluyente, en materia protección y garantía de los Derechos Humanos. Ante este argumento, puede señalarse que, si bien dicha pretensión monopolizadora es parte esencial de los Estados modernos, ésta nunca ha tenido una total existencia, y, más importante aún, es una pretensión que viene relativizándose de manera creciente con los fenómenos de globalización, el pluralismo normativo, o la desterritorialización de las diversas formas de poder y violencia.

Conforme a estos criterios apuntados, de manera progresiva, el Derecho Internacional ha tenido que ir haciéndose cargo de las realidades más complejas de la realidad actual. Así, la noción de *violaciones a los derechos humanos* ha sido objeto de no pocas controversias en relación a los sujetos a quienes pueden atribuírseles, por lo pronto, en aquellas situaciones de conflicto armado en que hay al menos una parte que no es un Estado, y cuya concesión de "*grupo beligerante*" está en cuestionamiento, pues en caso de haber un

reconocimiento de beligerancia, la situación de conflicto armado entra a regirse por el Derecho Internacional Humanitario.

Así, se ha llegado a debatir la idea referida a los grupos paramilitares o a guerrillas con cierto control territorial, habida cuenta de que los actos que ejecutan suelen estar acompañados de una fuerte asimetría de poder frente a quienes son víctimas de sus actos, y de que la propia situación del conflicto impide muchas veces, ya sea por pactos jurídico-políticos implicados en el conflicto o por la incapacidad del Estado, la aplicación del Derecho interno y el tratamiento de las violaciones a los derechos de las personas en su calidad de delitos o crímenes simples. Surge ahí la normativa y las conceptualizaciones referidas al límite o a la aplicación concurrente del Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, habida cuenta de que los escenarios reales no siempre son tan claramente definibles como “tiempos de paz”, donde en un principio debiera operar el DIDH, y “tiempos de guerra”, donde debiera operar el DIH (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2011, pp. 58 y ss., y Meza-Lopehandía, 2011, pp.4-6)

— *El surgimiento de nuevas formas de guerra y violencia y la relativización del monopolio estatal de la violencia*

Del modo anteriormente explicado, en el caso de atropellos a los Derechos Humanos más esenciales, la idea tradicional que hemos reseñado tiene una explicación y sentido muy claros: Son principalmente los Estados los agentes que tienen la capacidad institucional y práctica para disponer de los recursos y potestades para ejecutar estas violaciones de manera grave y sistemática. Habida cuenta de que cuando no están comprometidas las características de gravedad y sistematicidad, los órdenes internos deben ejercer sus funciones garantizando los Derechos Fundamentales, la aplicación del Derecho (Internacional) de los Derechos Humanos queda sólo en manos del Estado, tanto en su deber de garantía, como en su responsabilidad por sus violaciones. Las características de gravedad y sistematicidad se dan, además, típicamente en acciones como las ejecuciones sumarias, los asesinatos masivos, la tortura, los tratos crueles y degradantes, los genocidios, donde principalmente se trata de actos ejecutados por los Estados.

Pero la evidencia histórica pronto forzó una ampliación de esta concepción, a actores que, sin ser Estados, contaban con un control de un territorio determinado, como a los grupos armados “beligerantes”, que para ser considerados como tales requieren un cierto control territorial, y cuya existencia hace involucrar al Derecho Humanitario, esto es, un área especial del Derecho cuya aplicación es alternativa en relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Pero, además, otra tendencia histórica ha reforzado una concepción en la que ya no sólo los Estados y sus agentes son a quienes se les puede atribuir responsabilidad por la violación de Derechos Humanos, y se trata de la diversificación de las formas de la guerra y la violencia. Rita Sagato ofrece un buen resumen de esto:

*La nueva conflictividad informal y las guerras no-convencionales configuran una escena que se expande en el mundo y, en especial, en América Latina, con muchas faces. El crimen organizado; las guerras represivas para-estatales de los regímenes dictatoriales, con sus fuerzas para-militares o sus fuerzas de seguridad oficiales actuando para-militarmente; la represión policial, con su accionar siempre, ineludiblemente, en un registro estatal y en un registro para-estatal; el accionar represivo y truculento de las fuerzas de seguridad privadas que custodian las grandes obras; las compañías contratadas en la tercerización de la guerra; las así llamadas “guerras internas” de los países o “el conflicto armado” son parte de ese universo bélico con bajos niveles de formalización (...) Estos conflictos, en la práctica, no tienen un comienzo y un final, y no ocurren dentro de límites temporales y espaciales claros. Los grupos o corporaciones armadas que se enfrentan en esta nueva modalidad de la guerra son facciones, bandos, maras, patotas, gangs, grupos tribales, mafias, mercenarios corporativos y fuerzas para-estatales y estatales de varios tipos. (Segato, 2012, pp. 343-344)*

Pues como se ha reseñado acá, la idea tradicional sobre la autoría de las violaciones a los derechos humanos tiene un fundamento: se considera a los Estados como los detentores del monopolio de la violencia en un territorio determinado, y quienes ejercen el poder necesario para tener una responsabilidad internacional en sus violaciones o vulneraciones. Es aquí se complejiza aún más el asunto, pues la propia trayectoria histórica del último tiempo, digamos, desde el ciclo de *guerras mundiales* en adelante, han generado una transformación de las formas de la guerra y de los conflictos armados, surgiendo un contexto global en el que diversos grupos irregulares y fenómenos variados

de violencia armada y no armada tienden a constituir una “zona gris” en la que es difícil diferenciar cuándo se está frente a un conflicto que da lugar a la regulación de la guerra, y cuándo no, como ocurre con los fenómenos de los conflictos armados no convencionales, o el narcotráfico y el terrorismo, donde hay grupos altamente organizados y armados, que no necesariamente controlan partes de un territorio estatal, y cuya acción muchas veces sobrepasa las posibilidades de acción cierta por parte de los Estados y respectivos Gobiernos (Meza-Lopehandía, 2011, Huhle, 1993, y desde una perspectiva feminista, Segato, 2012). Por cierto, las altamente asimétricas relaciones de poder entre los distintos Estados que dominan la escena global y aquellos en posiciones de subordinación extienden aún más la complejidad señalada.

Para el tema que aquí nos ocupamos, particular significación tienen las situaciones de conflictos armados no convencionales, y de los escenarios derivados de los nuevos tipos de guerra que se vienen conceptualizando con diversas nociones, como las “*guerras de cuarta generación*” o de “*quinta generación*”, o de “*guerra híbrida*”. Esto tiene una consecuencia muy directa en lo que aquí abordamos: en la noción tradicional o liberal de los Derechos Humanos, la idea matriz es que los Estados son responsables por las violaciones a los Derechos Humanos ocurridas dentro de su territorio. Cuando hay actos que constituyen vulneraciones a los derechos más esenciales, los Estados son responsables de castigarlos y propender a evitar tales violaciones: se considera que los Estados tienen un “deber de garantía”. Según la concepción tradicional, este deber de garantía sólo cede en la medida que los Estados se encuentran frente a una situación de conflicto armado declarado.

Sin embargo, visto lo que aquí comentamos, esta noción deja afuera las violaciones a los Derechos Humanos que son ejecutadas por Estados externos al territorio del Estado donde se suscitan las vulneraciones, y las de actores no estatales que tampoco han tenido su declaratoria como “grupos beligerantes”, y que muchas veces tienen algún tipo de relación con otros Estados. En otras palabras, la idea tradicional de los Derechos Humanos deja afuera a los actos injerencistas de un Estado contra otro Estado, haciendo recaer en un Estado, víctima de una agresión unilateral de otro (aunque sea también con

la participación de un grupo no convencional), la responsabilidad por las vulneraciones que provoca éste último, que, vaya paradójica, queda impune por sus agresiones a la soberanía del Estado agredido, y por las violaciones a los Derechos Humanos que puedan provocarse como consecuencia directa o indirecta.

Lo anterior tiene, en su aplicación práctica, un sinnúmero de consecuencias que resultan atentatorias con los principios más básicos del orden jurídico y político internacional, además de una injusticia muy patente, en un contexto internacional donde las formas de conflictividad son diversas, y donde existen países que, por su posición hegemónica y de dominio en la escena global, tienen un sinnúmero de herramientas bélicas, tecnológicas, financieras, económicas, para agredir a otros Estados de maneras no calificables como conflictos armados en la usanza tradicional.

— *Las empresas transnacionales en la observancia de los Derechos Humanos*

Otra tendencia ha ido abriéndose paso en el último tiempo, que dice relación con la responsabilidad de las empresas, y particularmente de las de carácter transnacional, en relación con los Derechos Humanos. Esto dice relación con una tendencia creciente en la que estas empresas tienen una magnitud y concentración de poderes que las convierte muchas veces en una amenaza latente o actual a la vigencia de los derechos de las personas (Gandara, 2019, pp.149-150, Herrera, 2008, pp.30-58). Así, en el año 2014, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en Ginebra, adoptó por mayoría la Resolución 26/9, con la cual se creó un Grupo de Trabajo Intergubernamental que tiene como objeto el elaborar un *“instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas”*. Tras algunas sesiones, este Grupo de Trabajo ya presentó un primer borrador, a partir del cual ya han comenzado a realizarse algunas observaciones y suscitando cierto debate internacional (López, 2018; Guamán, 2019).

El borrador se concentra en regular el actuar de las empresas transnacionales y otras empresas que posean “actividades de carácter transnacional”, mientras que las acciones

u omisiones de las empresas que operan únicamente dentro de jurisdicciones nacionales son por ahora, omitidas. La normativa de este proyecto señala una atribución de responsabilidad a las empresas transnacionales de manera bastante amplia, lo cual significaría la adopción de un criterio claramente más extensivo sobre la responsabilidad de los actores privados transnacionales con respecto a los derechos humanos.

A modo de ejemplo, puede señalarse el Artículo 10 (6) del borrador:

*Todas las personas con actividades empresariales de carácter transnacional serán responsables de los perjuicios ocasionados por las violaciones de los derechos humanos que surjan en el contexto de sus actividades empresariales, incluidas sus operaciones: en la medida en que ejerza control sobre las operaciones, o en la medida en que exhiba una relación suficientemente estrecha con la filial o entidad en su cadena de suministro y exista una conexión sólida y directa entre su conducta y el agravio sufrido por la víctima, o en la medida en que se hayan previsto o se debieran haber previsto riesgo[s] de violaciones de los derechos humanos en su cadena de actividad económica". Ver "Instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas.*

El debate de este instrumento tiene una alta significación para el planteamiento que aquí hemos defendido, en el sentido de hacerse parte de una tendencia que claramente muestra la relativización de la responsabilidad exclusiva que le compete a los Estados en materia de violaciones a los Derechos Humanos, habida cuenta el conjunto de factores, tendencias, y fenómenos históricos que hemos reseñado, y que implican consecuencias en la realidad actual, que hacen imperioso el extender explícitamente la responsabilidad frente a los Derechos Humanos a actores no estatales. Esta tendencia, además, cuenta con un sustento normativo que es pertinente reseñar.

### **Algunos fundamentos normativos para la ampliación de atribución a otros actores en la violación a los Derechos Humanos**

Esto que acá se sostiene tiene un sustento normativo que suele omitirse. En lo referido a los actores no estatales por lo pronto, en los principales instrumentos internacionales se

hace referencia a ellos. Para mencionar a tres de los más referenciales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 30, se dice: *“Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”*. Una fórmula similar está señalada en los artículos 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *“Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él”*.

Por su parte, al respecto de la responsabilidad de otros Estados en relación a actos que se cometen en un Estado fuera de su territorio, debe decirse que también tiene un sustento normativo en un conjunto de instrumentos internacionales, incluyendo, de partida, la mención del tema en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (*“Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones”*), como en su artículo 28, *“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”*.

No está de más señalar también que los principios de autodeterminación y soberanía de los pueblos, y de prohibición de actos atentatorios a ellos, está también en los instrumentos internacionales que son la base de todo el sistema ONU y del Sistema internacional de Derechos Humanos: *“(…) la Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los*



*de los territorios colocados bajo su jurisdicción”* (Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

### **Tres casos a modo de ejemplos: situaciones de desestabilización y de golpes de Estado en Nicaragua y Venezuela, y el juicio simbólico contra Monsanto**

Recordado lo anterior, y en todo lo que viene reseñándose, aquí iremos concluyendo con una reseña crítica a dos documentos recientes que se han pronunciado sobre situaciones de Derechos Humanos en escenarios que, sin ser “conflictos armados” declarados, tampoco pueden calificarse como “tiempos de paz” claros y definidos, razón por lo cual resulta pertinente extender la responsabilidad por las violaciones a los Derechos Humanos a otros actores que no son exclusivamente los Estados que tienen soberanía y jurisdicción sobre los territorios donde suceden las vulneraciones y violaciones a los Derechos Humanos a los que hacen referencia.

Nos referimos acá al documento emanado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación en Nicaragua (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2018) y al Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre la situación en Venezuela (Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, 2019). Conforme a los criterios y argumentos aquí señalados, ambos adolecen de omisiones muy notorias y que resultan de alta gravedad, formulando un conjunto de juicios que niegan o subvaloran la relevancia que tienen los intentos de desestabilización y golpe de Estado, con la existencia de diversos escenarios y episodios de alta violencia, como han sido los de público conocimiento llamados al derrocamiento e intentonas golpistas.

Al respecto, y aun no aceptando la visión que aquí se ha expuesto en torno a la posibilidad de que actores no estatales sean agentes activos en la violación a Derechos Humanos, la omisión de dichas circunstancias de altísima violencia, sin duda determinan y condicionan una presentación sesgada y manipulada sobre el contexto en que se desenvuelve la falta de vigencia de los Derechos Humanos que presenta el informe sobre el escenario de violencias vividas en Nicaragua en el año pasado, y en la Venezuela de

los últimos tiempos. Esto, pues entre otras consideraciones que dichos informes omiten, los ejercicios de violencia legítima por parte de los Estados se juzgan en contexto, habida cuenta que la legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad de la violencia estatal en su ejercicio de mantenimiento del orden y la paz social, debe juzgarse en relación a las violencias con las que se enfrenta, y en este sentido, las agresiones internas y externas han contado con una gravedad, masividad, y sistematicidad que explican en crucial medida muchas de las vulneraciones y violaciones que describen dichos Informes sobre Derechos Humanos en ambos escenarios (Sobre Nicaragua, Romero, Parry & Testa, 2018); y sobre Venezuela, Testa, 2019).

Con respecto a la otra situación a la que nos hemos aquí referido, esto es, la posible atribución de responsabilidad a empresas transnacionales por violación a Derechos Humanos, puede señalarse como tendencia en curso, la demanda de movimientos y organizaciones sociales, y organizaciones de la sociedad civil internacional, en el sentido de hacer responsables a ciertas empresas que, por la magnitud e importancia de las actividades que desarrollan, y de la actual o potencial gravedad que implican sus acciones. En ese sentido, puede señalarse como caso referencial el juicio simbólico contra Monsanto que han realizado un sinnúmero de organizaciones, acusando a la empresa de violación a derechos como el derecho a vivir en un medio ambiente sano, a la alimentación, a la salud, a la libertad de expresión y la investigación académica, su complicidad en crímenes de guerra, y por la comisión de “ecocidio” (Torrent y Devesa, 2019).

## **Reflexiones finales**

La postura que aquí hemos intentado argumentar puede sonar contra intuitiva para muchas y muchos, sobre todo, habida cuenta que es una idea muy divulgada aquella que sostiene que “(...) *sólo los Estados son responsables de violación a los Derechos Humanos*”. Incluso en parte de las izquierdas y progresismos políticos y jurídicos, tal noción está relacionada con las respuestas que frecuentemente han surgido desde el campo de los Estados y de sectores conservadores que han apoyado y sido parte de regímenes autoritarios y dictatoriales en las décadas pasadas, que han intentado

“empatar” las sistemáticas, masivas y gravísimas violaciones a los Derechos Humanos que se han cometido en la historia reciente de nuestros, aludiendo a que las fuerzas de izquierdas de carácter armadas, también los han violado.

Esto nos remite a algo reseñado anteriormente: el juicio que se tenga sobre la legitimidad del ejercicio de la violencia, lo cual conlleva, por cierto, a un análisis sobre los contextos en que esta se produce, cuestión que ciertas nociones prefieren y tienden eludir o negar su importancia. Aquí hemos defendido una idea contraria: La violencia, como también las vulneraciones y violaciones a los Derechos Humanos, se juzgan en contexto, tanto en el escenario histórico general en que se suscitan, como en los escenarios específicos en que se evalúan las distintas situaciones concretas en que se cometen o se suceden los hechos atentatorios contra los Derechos Humanos.

Acorde a lo anterior, asimismo, es necesario y pertinente el ampliar las concepciones de las responsabilidades en torno a las violaciones a los Derechos Humanos, a otros actores que no son necesariamente los Estados bajo cuyos territorios se cometen las violaciones o vulneraciones de los distintos Derechos Humanos que reconoce e intenta materializar la comunidad política y jurídica internacional. De lo contrario, dadas las características del mundo actual, donde los Estados continúan siendo sin duda un núcleo de poderes esencial al orden global, pero no detentan un monopolio total, y donde sus propios poderes están relativizados por una red de poderes globales que los sobrepasan con creces, se tiene una situación donde una parte muy significativa de las violaciones a los Derechos Humanos queda fuera del alcance del Derecho Internacional de los DDHH, o bien, quedando dentro de éste, se evalúan y juzgan los hechos con una perspectiva que oculta a buena parte de los autores y responsables de estas violaciones.

Con esta ampliación que aquí se propone, aquí se han presentado una serie de argumentos que se entroncan con la historia de las teorías críticas del Derecho, como con una idea que intenta concebir al Derecho en general, como a los Derechos Humanos en particular, como campos en permanente disputa por la determinación de sus contenidos e implicaciones, con el objeto de proponer una mirada que apunte a una existencia y

vigencia más sustantiva de los Derechos Humanos, y que supere las limitaciones que, aquí se ha propuesto, tiene en ese sentido la idea tradicional sobre los temas aquí tratados.

### Referencias bibliográficas

- AGUILAR, G. (2010) “Derechos Fundamentales - Derechos Humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 127: 15-71.
- DE SOUSA SANTOS, B., RODRÍGUEZ, C. (2007) “El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica” En: B. De Sousa Santos, y C. Rodríguez, *El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita* (pp.7-27) Barcelona, España: Anthropos.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2018) *Graves violaciones a los Derechos Humanos en el contexto de la protesta social en Nicaragua*. Recuperado de 1
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2014) *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. Recuperado de [https://ap.ohchr.org/Documents/S/HRC/d\\_res\\_dec/A\\_HRC\\_26\\_L22\\_rev1.pdf](https://ap.ohchr.org/Documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_26_L22_rev1.pdf)
- FLORES, L. (2015) *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*. Puebla, México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

- FRAGUAS, L. (2015) “El concepto de derechos fundamentales y las generaciones de derechos”, *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud* 21: 117-136.
  
- GÁNDARA, M. (2019) *Los derechos humanos en el siglo XXI: una mirada desde el pensamiento crítico*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: CLACSO.
  
- GINER, A. (2008) “Las empresas transnacionales y los derechos humanos”, *Lan Harremanak* 19 (2): 67-87.
  
- GUAMÁN, A. (2019) “Empresas transnacionales y derechos humanos: opciones jurídicas ante la captura corporativa del Estado” En: M. Benente, M. Navas (compilador). *Derecho, conflicto social, y emancipación. Entre la depresión y la esperanza* (pp.19-40). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CLACSO.
  
- HERRERA, J. (2008) *La reinención de los Derechos Humanos*. Sevilla, España: Editorial Atrapasueños.
  
- HUHLE, Rainer (1993) *La violación de los Derechos Humanos ¿Privilegio de los estados?* Recuperado de <http://www.derechos.org/koaga/iv/1/huhle.html>
  
- JIMÉNEZ, W. (2011) “Globalización del Derecho. Aspectos jurídicos y derechos humanos”, *Nova et Vetera* 20 (64): 17-28.
  
- LÓPEZ, C. (2018) *Hacia una Convención Internacional sobre Empresas y Derechos Humanos*. Recuperado de <https://www.iisd.org/itn/es/2018/10/17/toward-an-international-convention-on-business-and-human-rights-carlos-lopez/>

- MEZA-LOPEHANDÍA, M. (2017) *Actores no estatales en el derecho internacional de los derechos humanos*. Recuperado de [https://www.academia.edu/34034578/2017 Actores no estatales en el derecho internacional de los derechos humanos](https://www.academia.edu/34034578/2017_Actores_no_estatales_en_el_derecho_internacional_de_los_derechos_humanos)
  
- TORRENT, L., & DEVESA, N. (2019) *Comienza el juicio contra la multinacional Monsanto por crímenes contra la humanidad y 'ecocidio'*. España: Muhimu. Recuperado de <https://muhimu.es/medio-ambiente/juicio-monsanto-crimenes-contra-humanidad-ecocidio/>
  
- NOGUERA, A. (2016) “La defensa de los derechos fundamentales frente a las empresas en el constitucionalismo estatal e internacional”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional, Cosa juzgada constitucional* 9: 297–398.
  
- PISARELLO, G. (2012) *Un largo termidor. Historia y crítica del Constitucionalismo antidemocrático*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición.
  
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS (2011) *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR\\_in\\_armed\\_conflict\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_SP.pdf)
  
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS (2018) *Instrumento Jurídicamente Vinculante para Regular, en el Marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las Actividades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>

- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS (2019) *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/newsevents/pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24788&LangID=S>
  
- ROMERO; N., PARRY, P. & TESTA, H. (2018) *Nicaragua quiso Paz. La derrota del intento de || desestabilización y Golpe de Estado contra el Gobierno Sandinista el 2018*. Recuperado de <http://revistadefrente.cl/nicaragua-quiso-paz-la-derrota-del-intento-de-desestabilizacion-y-golpe-de-estado-contra-el-gobierno-sandinista-el-2018/>
  
- SASSÒLI, M. (2016) “Actores no estatales y desafíos para el Derecho Internacional Humanitario”, *Revista Española de Derecho Internacional* 68 (2): 313-320.
  
- SEGATO, R. (2014) “Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres”, *Revista Sociedade e Estado* 29 (2): 341-371.
  
- TESTA, H. (2019) *¿Y los Derechos Humanos de las y los Chavistas y del Pueblo de Venezuela? Acerca del Informe Bachelet y la acción de actores no estatales y de otros Estados*. Recuperado de <http://revistadefrente.cl/y-los-derechos-humanos-de-las-y-los-chavistas-y-del-pueblo-de-venezuela-acerca-del-informe-bachelet-y-la-accion-de-actores-no-estatales-y-de-otros-estados/>
  
- TESTA, H. (2019) “Neoconstitucionalismo Europeo y Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Una comparación desde sus concepciones de Constitución y Democracia”. En J. Gajardo, y F. Zúñiga (coordinadores) *Procesos Constituyentes y Constitucionalismo. Una revisión crítica del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* (pp.13-40). Santiago de Chile, Chile: Thomson Reuters.

# **DESAFÍOS DE LA POLÍTICA EXTERIOR DE CHILE EN EL SIGLO XXI: UNA PROPUESTA DESDE EL CONCEPTO DE SEGURIDAD HUMANA Y SU POSIBLE MANIFESTACIÓN EN LA POLÍTICA DE AGUAS Y EN LA PROTECCIÓN DE GLACIARES**

Alain Drouilly de Río

## **Introducción**

El presente trabajo tiene por objeto reflexionar sobre el actual modelo de política exterior de nuestro país dentro del contexto internacional del siglo XXI. Se pretenden analizar los distintos desafíos que impone el globo actual, caracterizado por ser un mundo cada vez más complejo e interconectado, donde los problemas de un país resultan ser transversal para la comunidad internacional en su conjunto.

Se parte de la base de que Chile tiene un importante rol que cumplir en la superación de aquellos desafíos, para lo cual se hace indispensable que nuestra política exterior peque en una tarea de introspección para hacer frente a dichas circunstancias. De esta forma, el análisis que se pretende desarrollar busca redefinir la orientación tradicional de las relaciones internacionales de Chile en base a la nueva perspectiva que propone el concepto de la seguridad humana, teniendo así la materialización de un amplio estándar de protección humano como eje rector de nuestra política exterior.

Finalmente, se busca exponer los avances que puede traer para nuestro país este proceso de adaptación en áreas de gran interés social, económico y político, específicamente refiriéndonos a las materias de política de aguas y protección de glaciares, ambos tópicos en los que urge actualizar nuestras relaciones exteriores y modernizar la regulación jurídica vigente.



## Alcance histórico de la política exterior chilena

### a. Una mirada a la política exterior de la vuelta a la democracia.

Para identificar los nuevos desafíos para la política exterior de Chile, es indispensable referirse a una visión histórica preliminar. La política exterior de la vuelta a la democracia buscó reconstruir la imagen internacional de Chile tras la dictadura militar (1973-1990) y su diplomacia aislada. En un principio, el régimen militar inauguró un “deliberado estilo de confrontación ideológica con el bloque soviético y sus aliados, haciendo del anticomunismo el eje central de su postura internacional”<sup>1</sup>, este sumado al modelo diplomático “pretoriano-ideológico” caracterizado por el desinterés del régimen por las repercusiones de la comunidad internacional ante la sistemática violación de los derechos humanos<sup>2</sup>. Si bien inicialmente la dictadura militar contó con un firme respaldo exterior<sup>3</sup>, la intensa presión humanitaria ejercida por la comunidad internacional significó la deslegitimación política del régimen militar, constituyendo una situación de aislamiento político caracterizado por la desvaloración de los espacios multilaterales<sup>4</sup>.

Desde la vuelta a la democracia, resultó urgente dejar atrás la posición bilateral-nacionalista de la dictadura por una política activa, dinámica y pluralista<sup>5</sup>. Los gobiernos de la Concertación buscaron “(...) *cambiar la posición internacional de un gobierno políticamente aislado durante los años de régimen militar por la de un país con una inserción internacional reconocida y con una creciente (...) capacidad de influencia internacional*”<sup>6</sup>. Dentro de este objetivo de reinserción, el presidente Aylwin instaló la democracia y la promoción de los derechos humanos como pilares esenciales en la

---

<sup>1</sup> WILHELMY, Manfred; DURÁN, Roberto. Los principales rasgos de la política exterior chilena entre 1973 y el 2000. *Revista de ciencia política (Santiago)*, 2003, vol. 23, no 2, p. 274.

<sup>2</sup> Véase en MUÑOZ, Herald. La política exterior chilena: la crisis continúa. *Foro Internacional*, 1985, vol. 26, no 2 (102), p. 229-266).

<sup>3</sup> Cuéntese el apoyo de los presidentes republicanos Richard Nixon y Gerald Ford, del gobierno militar argentino –antes de la crisis del Canal de Beagle– y de la dictadura brasileña. En WILHELMY, Manfred. Durán, Roberto. Los principales rasgos de la política exterior chilena entre 1973 y el 2000., ob. cit., p. 276.

<sup>4</sup> Ibid., p. 276.

<sup>5</sup> Véase en VAN KLAVEREN, Alberto. Entendiendo las políticas exteriores latinoamericanas: modelo para armar. *Estudios internacionales*, 1992, p. 194.

<sup>6</sup> PORTALES, Carlos. Desafíos para la política exterior en las próximas décadas: Chile y la región en un mundo global. *Estudios Internacionales*, 2011, vol. 44, no 169, p. 171-193.

política exterior chilena que coadyuvó a su reconocimiento y legitimidad en el plano internacional<sup>7</sup>. Este cambio de paradigma coincidió con la extensión de los valores democráticos en el mundo, "de manera que la política exterior chilena se insertó en esa corriente mundial y regional con propuestas innovadoras"<sup>8</sup>, así volviendo a posicionarse dentro de la comunidad internacional.

#### **b. Nuevo enfoque: Multilateralidad, política exterior comercial y la configuración de poderes blandos**

En la línea recién señalada, nuestra política exterior debió avanzar hacia un modelo marcadamente multilateral en el estilo de las relaciones exteriores, formando parte de distintas convenciones y participando activamente de espacios deliberativos internacionales. Manifestaciones de esto hay muchas: desde la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos (1990), pasando por el reconocimiento de la competencia del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1992), sumado a la adopción de la Carta Democrática Interamericana (2001), hasta la realización de la Cumbre del Grupo de Río que tuvo lugar en Santiago en el 2001 y de la Asamblea General de la OEA en junio de 2003<sup>9</sup>.

Dentro del proceso de reinserción internacional, la política exterior comercial profundizó la apertura al exterior a escala global y regional. Considerando al crecimiento económico nacional como pilar esencial de la consolidación interna de la democracia<sup>10</sup>, esta faceta de la política exterior tuvo como propósito crear las condiciones para lograr negociaciones y celebrar acuerdos comerciales vinculantes, destacando el acuerdo de libre comercio con Canadá y EEUU, la asociación al Mercosur y la participación en el NAFTA<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Véase en COLACRAI, Miryam; LORENZINI, María Elena. La política exterior de Chile: ¿excepcionalidad o continuidad? Una lectura combinada de "fuerzas profundas" y tendencias. *Confines de relaciones internacionales y ciencia política*, 2005, vol. 1, no 2, p. 49.

<sup>8</sup> PORTALES, Carlos. Desafíos para la política exterior en las próximas décadas: Chile y la región en un mundo global., ob. cit., p. 172.

<sup>9</sup> En FUENTES, Claudio. La apuesta por el poder blando: política exterior de la Concertación 2000-2006. *El Gobierno de Ricardo Lagos. La nueva vía chilena hacia el socialismo*. Santiago: UDP, 2006, p. 105-122.

<sup>10</sup> En HUNEEUS, Carlos. *La democracia semisoberana: Chile después de Pinochet*. Taurus, 2014.

<sup>11</sup> Referirse a VAN KLAVEREN, Alberto. América Latina: hacia un regionalismo abierto. *Estudios Internacionales*, 1997, p. 62-78.

Como resultado de esta doble estrategia de inserción económica internacional y posicionamiento político a nivel multilateral, “(...) Chile logró un progresivo reconocimiento internacional que le ha otorgado un grado de influencia superior a sus fuentes de poder basadas en población, territorio y producto”<sup>12</sup>. Es aquí donde podemos hablar de la codificación de un poder blando chileno.

El concepto de poder blando o *soft power* es desarrollado por el politólogo norteamericano Joseph S. Nye, definiéndolo como la capacidad para moldear las preferencias de otros a través de inducción o atracción basada en los valores, las instituciones o las políticas de una sociedad<sup>13</sup>. La literatura del poder blando apunta a un enfoque de persuasión en la política exterior que no se mueve dentro del típico paradigma del poder del siglo pasado, donde la superioridad militar y económica toman el papel protagónico, sino que otorga valor al multilateralismo y la cooperación internacional para constituir el eje estratégico de la política exterior<sup>14</sup>. En esa línea, es posible afirmar que las acciones tomadas por Chile demostraron seguir esa línea de trabajo; manifestación de esto –dentro de muchas– se muestra en la incidencia de Chile en la deliberación de la ONU respecto a la guerra en Irak en 2003, en la cual EEUU expresó que “(...) la opinión de Chile importa como país amigo y miembro del Consejo de Seguridad”<sup>15</sup>.

Sin embargo, la situación internacional actual se ha dinamizado bajo el contexto de un mundo globalizado cada vez más interconectado y complejo. El fenómeno de la globalización ha tendido a acercar distancias y acortar tiempos, pero más que nada configura un escenario internacional homogéneo donde los problemas que aquejan a un Estado afectan al globo en su conjunto<sup>16</sup>.

Evidentemente, Chile no está ajeno a este acontecer, por lo cual se hace necesario

---

<sup>12</sup> PORTALES, Carlos. Desafíos para la política exterior en las próximas décadas: Chile y la región en un mundo global., ob. cit., p. 174.

<sup>13</sup> Véase en NYE, Joseph S. *La paradoja del poder norteamericano*. Editorial Santillana, 2003.

<sup>14</sup> Desarrollo propio en base a RODRÍGUEZ, Cristián Estay. La conducción político-estratégica y su relación con el poder blando: Aplicación al caso nacional. *Resvismar* n°2, Chile, 2009., p. 109-127.

<sup>15</sup> “Lagos pide a grandes potencias que se definan frente a Irak”, *La Nación*, 28 de febrero, 2003.

<sup>16</sup> Véase en WALKER, Ignacio. Nuevas tendencias de la política exterior en el siglo XXI. *Estudios Internacionales*, 2005, vol. 38, no 149, p. 112.

incurrir en un trabajo de reflexión sobre la política exterior chilena y su inevitable adaptación a los desafíos del siglo XXI. En este punto es donde surge la siguiente proposición: tomando en cuenta el paradigma ya descrito, en relación con la consolidada posición internacional de Chile, hoy urge un mayor involucramiento de nuestro país en los tópicos internacionales transversales con mirada activa y propositiva. Aquí, Chile tiene un rol importante que cumplir como país que goza de gran influencia regional. En efecto, “(...) *la naturaleza de las interacciones entre las unidades del sistema internacional se ha modificado, y en este nuevo orden mundial el poder blando surge como un instrumento adecuado para enfrentar los retos del siglo XXI*”<sup>17</sup>.

## **El enfrentamiento de los desafíos actuales bajo la luz del concepto de seguridad humana**

### **a. Nuevas amenazas internacionales: primacía del individuo y su seguridad**

El nuevo siglo llegó a cambiarlo todo. El mundo pasó de ordenarse bajo sistemas bipolares<sup>18</sup> de relativa sencilla lectura, a uno nuevo donde encontramos a una sola superpotencia dominante, un Medio Oriente inestable y potencias asiáticas emergentes como indicadores de un cambio sustancial<sup>19</sup>. Sumado a esto, y como ya se señaló, la globalización –entendida como un conjunto de cambios cuanti-cualitativos que tienden a incrementar la interdependencia e interconexión en todos sus sentidos<sup>20</sup>– impone amenazas de alcance transnacional.

Si bien es cierto que se han generado enormes beneficios y oportunidades, por ejemplo, en materia de tecnología y comunicaciones, existe una serie de fenómenos negativos cuyas causas se relacionan directamente con la globalización; “(...) *se ha agudizado la pobreza en diversas regiones del planeta, sumado a (...) problemas medioambientales*

---

<sup>17</sup> APANGO, Eduardo Tzili. De la estrategia del encanto a la potencia civil: el poder suave de China y la Unión Europea. *Estudios Internacionales*, 2011, p. 57.

<sup>18</sup> Llámese Este/Oeste, Norte/Sur, Mundo desarrollado/subdesarrollado.

<sup>19</sup> Véase en WALKER, Ignacio. Nuevas tendencias de la política exterior en el siglo XXI., ob. cit., p. 111.

<sup>20</sup> En MARTÍNEZ PIZARRO, Jorge. *América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo*. Cepal, 2008., p. 29.

*serios, sequías, inundaciones, degradación de los suelos y sobreexplotación de recursos naturales*<sup>21</sup>. Incluso, la principal percepción de amenaza para los países dejó de estar radicada en las disputas interestatales<sup>22</sup>: hoy existen riegos muy distintos al ataque militar contra el propio territorio, como lo es la crisis ambiental, la delincuencia internacional, el narcotráfico y el terrorismo<sup>23</sup>. Como efecto, las relaciones internacionales comienzan a redireccionar su entendimiento tradicional sobre la idea de seguridad hacia una que se adapte al contexto internacional del presente.

Fiel al paradigma del siglo XX, la concepción de seguridad se ha interpretado de forma estrecha por demasiado tiempo, relacionándola más con el Estado-nación que con las personas<sup>24</sup>. Bajo la penumbra de la Guerra Fría, las superpotencias trataban el tema de la seguridad exclusivamente en cuanto a la posible agresión extranjera, las amenazas de un holocausto nuclear y la expansión de su zona de influencia, abordando así este tópico desde una postura defensiva y militarista<sup>25</sup>. Sin embargo, bajo el actual panorama del sistema internacional, los nuevos peligros parecen tener la transnacionalidad como elemento central, superando así la comprensión restrictiva anterior.

Por un lado, las amenazas actuales afectan simultáneamente a más de un Estado y parecen no poder ser resueltas dentro de las fronteras nacionales<sup>26</sup>: problemáticas a gran escala como “la pobreza crónica y persistente hasta los conflictos violentos, el cambio climático, la trata de las personas, las pandemias y las crisis económicas”<sup>27</sup> revelan la inminente vulnerabilidad común frente a crecientes riesgos de amplia difusión que, más que afectar a los Estados, afectan a las personas. Por otro, resulta cuestionable la

---

<sup>21</sup> UNDURRAGA, M<sup>a</sup> Francisca Möller. Chile y la seguridad humana: la importancia de la red informal. *Revista de Marina*, 2002, vol. 119., párr. 2°.

<sup>22</sup> ARAVENA, Francisco Rojas. Seguridad en las Américas, los desafíos Post Conferencia: Operacionalizar los consensos y articular los conceptos. *FES Briefing Paper. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung*, 2004., p. 5.

<sup>23</sup> ARAVENA, ROJAS. Seguridad humana: aportes en la reformulación del concepto de seguridad”. *Seguridad humana y nuevas políticas de defensa en Iberoamérica. Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado*, 2007, p. 49.

<sup>24</sup> PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano 1994. Nueva York, 1994., p. 25.

<sup>25</sup> *Íbid.*, p. 27.

<sup>26</sup> Refiérase a ARAVENA, Francisco Rojas. Seguridad en las Américas, los desafíos Post Conferencia: Operacionalizar los consensos y articular los conceptos., *ob. cit.*, p.5.

<sup>27</sup> Informe del Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para la Seguridad Humana. La seguridad humana en las Naciones Unidas. Nueva York, 2012., p. 3.

capacidad que tiene la concepción clásica de la actividad exterior de los Estados para solucionar cuestiones que devienen de agentes que no representan a otros gobiernos o tienen una fuente inespecífica, tal siendo el caso del crimen organizado, las tensiones *intra* estatales o la proliferación de las migraciones como efecto de crisis humanitarias<sup>28</sup>.

Como efecto de lo señalado, el complejo escenario internacional hace imperativo efectuar un giro en la idea de seguridad, incurriendo entonces en “(...) *una transición hacia un concepto que permita lograr la paz y estabilidad mediante la protección de los individuos y las comunidades*”<sup>29</sup>. Así es como a desde inicios de este siglo ha surgido con fuerza el concepto de seguridad humana, el cual pone acento en la protección integral de las personas más que en la seguridad militar del Estado.

#### **b. Desarrollo del concepto de seguridad humana**

El término seguridad humana se constituye como la última tentativa de una larga serie de ensayos encaminados a modificar las concepciones de seguridad tradicional, adquiriendo relevancia por primera vez en 1994 en el Informe sobre Desarrollo Humano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)<sup>30</sup>. En este se expresa que la seguridad humana tenía por objeto cambiar la perspectiva restrictiva en materia de seguridad, desde un énfasis exclusivo en la seguridad territorial a uno que mirara más bien a la seguridad de las personas, incluyendo aspectos como la protección de los derechos humanos, las migraciones forzadas, el deterioro del medio ambiente, entre otros.

Siguiendo lo anterior, se han establecido distintos conceptos de seguridad humana pero que siguen una misma línea: puede destacarse, por un lado, a la Comisión de Seguridad Humana de Naciones Unidas, quien indica que esta consiste en proteger la esencia de todas las vidas humanas “de una forma que realce las libertades humanas y la plena

---

<sup>28</sup> En ARAVENA, Francisco Rojas. Seguridad en las Américas, los desafíos Post Conferencia: Operacionalizar los consensos y articular los conceptos., ob. cit., p.5

<sup>29</sup> UNESCO 2005. Promover la Seguridad Humana: Marcos Éticos, Normativos y Educativos en América Latina y el Caribe. DAVID, PUCHALA; MORRIS, BLACHMAN (1998) “International Organizations and Human Security in Latin America”, In: Pellicer, Olga (editor) Regional Mechanisms and International Security in Latin America, Tokio: United Nations University Press., p. 131

<sup>30</sup> En KRAUSE, Keith. Seguridad humana: ¿Ha alcanzado su momento? *Papeles de Cuestiones*, 2005., p. 21.

realización del ser humano”<sup>31</sup>; por su parte, en la Declaración sobre Seguridad en las Américas se pone atención en la multidimensionalidad del término y se señala que “(...) *la seguridad se fortalece cuando profundizamos su dimensión humana. Las condiciones de la seguridad humana mejoran mediante el pleno respeto de la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas*”<sup>32</sup>.

### **c. Propuesta de adaptación: nuevo enfoque de la política exterior chilena y el ejemplo de Japón**

En efecto, es posible notar que la seguridad humana se constituye como un concepto amplio e integrador que goza de importante valor para abarcar las amenazas contemporáneas y explicar los cambios en el sistema internacional, por lo cual su incorporación como elemento central dentro de la política exterior ha sido de gran utilidad para ciertos países.

Un ejemplo de aquello es la reorientación de la política exterior de Japón bajo los componentes de la seguridad humana, esto con el objeto de fortalecer su influencia regional. Como efecto de su participación en la Segunda Guerra Mundial, la política exterior de Japón funcionó, por bastante tiempo, preferentemente bajo un aislacionismo de bilateralismos centralizados. Sin embargo, el crecimiento económico del país, junto al incremento de la inestabilidad regional post Guerra Fría en torno a los conflictos de la península de Corea y el Mar del Sur de China, llevaron a que Japón avanzara en impulsar el desarrollo de instituciones regionales de tipo consultivo en materia de seguridad, abriendo las puertas al multilateralismo. En ese contexto fue en el que Japón hizo de la seguridad humana la principal bandera de su política exterior, la cual le permitió un mayor protagonismo internacional; utilizando su fuerza económica más que los medios militares, Japón implementó políticas basadas en la seguridad humana para ganar credibilidad y legitimidad internacional bajo un curso de acción antimilitarista, de cooperación regional y

---

<sup>31</sup> Comisión de la Seguridad Humana. *Seguridad Humana Ahora*. Nueva York, 2003.

<sup>32</sup> Organización de los Estados Americanos: Conferencia Especial sobre Seguridad. Declaración sobre Seguridad en las Américas. México, 2003.

de pleno respeto a los derechos humanos<sup>33</sup>. A modo de ejemplo, cabe destacar la acción de financiamiento de los proyectos del Fondo Fiduciario para la Seguridad Humana, así como proyectos del PNUD, PNUMA, APEC, entre otros<sup>34</sup>.

Hecho el análisis anterior, hoy vemos en la seguridad humana un firme camino a seguir en nuestra política exterior. La propuesta que se pretende esgrimir apunta a que la seguridad humana –como un concepto útil para enfrentar los desafíos de este siglo– se convierta en el eje central en las relaciones internacionales de Chile y no como un tópico de desarrollo circunstancial; un giro como tal significaría tomar una actitud más abierta y comprensiva en la política exterior de Chile, incorporando la óptica de que las relaciones internacionales se dan en un sistema dinámico que debe hacer frente a todas las complejidades y matices del escenario global actual. De esta forma, Chile podrá acrecentar sus recursos de poder blando y “(...) *trabajar con la región para poder tener voz en los asuntos que lo afectan*”<sup>35</sup>.

Importante es destacar que en este proceso de refocalización de nuestra política exterior, no estaríamos empezando de cero: muchos son los aportes que Chile ha hecho en materia de seguridad humana. Por una parte, ha ratificado un gran número de tratados internacionales que siguen la línea de la seguridad humana, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta de Naciones Unidas y las Convenciones de Ginebra, estos siendo documentos cruciales en la evolución conceptual de la seguridad humana<sup>36</sup>. Por otra, destaca la participación de Chile en las operaciones de paz en Haití y Bosnia-Herzegovina, lo cual evidentemente ha ayudado a configurar el perfil internacional de nuestro país<sup>37</sup>. Además, varios han sido los representantes chilenos que se han manifestado en pos de darle importancia mayor a la seguridad humana a nivel internacional, tomando por ejemplo el discurso de la ex presidenta Michelle Bachelet en la

---

<sup>33</sup> Desarrollo en base a SEGURA, Caterina García. Seguridad humana y política exterior japonesa: contexto, concepto y aplicación. *Revista CIDOB d’Affaires Internationales*, 2006, p. 89.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>35</sup> PORTALES, Carlos. Desafíos para la política exterior en las próximas décadas: Chile y la región en un mundo global., ob. cit., p. 188.

<sup>36</sup> Véase MACK, Andrew. El concepto de seguridad humana. *Papeles de cuestiones internacionales*, 2005, n° 90, p. 15.

<sup>37</sup> Véase PORTALES, Carlos. Desafíos para la política exterior en las próximas décadas: Chile y la región en un mundo global., ob. cit., p. 189.



ONU en 2006<sup>38</sup>, y lo señalado por el Ex Ministro de Relaciones Exteriores, Heraldo Muñoz, respecto a la Política de Cooperación Chilena:

*Los principios de nuestra nueva Política de Cooperación son la promoción de la dignidad de las personas y el desarrollo inclusivo y sostenible desde un enfoque de derechos; el fortalecimiento de la democracia y sus instituciones; la paz, convivencia y seguridad humana; y la integración y convergencia regional en América Latina y el Caribe*<sup>39</sup>

En seguida, resulta importante destacar la participación de Chile en la Red de Seguridad Humana de las Naciones Unidas. Esta red nace en 1999 con el objetivo principal de mantener un diálogo a nivel de Ministerios de Relaciones Exteriores relacionado al cambio climático, las pandemias, la protección de los niños y las mujeres contra la violencia, y en general poniendo de relieve las situaciones de inseguridad humana en todo el mundo<sup>40</sup>. Incluso, Chile asumió la Presidencia anual de la Red en el periodo de 2013-2014, obligándose así a “(...) contribuir a la implementación efectiva del concepto seguridad humana, tanto a nivel nacional como en la agenda internacional”<sup>41</sup>.

Retomar la dimensión de seguridad humana –especialmente impulsada en la década pasada– resulta, entonces, una necesidad de relación directa con el proceso de repensar la dimensión exterior chilena, en vistas a enfrentar la multiplicidad de desafíos que aquejan al globo en general, poniendo más atención a los compromisos asumidos durante los años. En efecto, la Red de Seguridad Humana es importante en cuanto permite a los Estados participantes avanzar en tópicos de alcance mundial y colocarlos en la agenda internacional. Es en este espacio donde Chile, como único país latinoamericano miembro, puede tomar un papel protagónico y proactivo, constituyéndose como un país

---

<sup>38</sup> Véase NACIONES UNIDAS. Librería. [En línea] <<https://digitallibrary.un.org/record/589619/export/xe>> [Consulta: 28 de mayo de 2019]

<sup>39</sup> MUÑOZ, Heraldo. 2015. La cooperación internacional: el poder "blando" de la política exterior. [En línea] *Sala de Prensa del Ministerio de Relaciones Exteriores*. 2015. <<https://minrel.gob.cl/columna-de-opinion-la-cooperacion-internacional-el-poder-blando-de/minrel/2015-07-01/163425.htm>> [Consulta: 28 de Mayo, 2019].

<sup>40</sup> Véase Informe sobre Seguridad Humana: Seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio. Secretario General de Naciones Unidas, Sexagésimo cuarto periodo de sesiones. Nueva York. 2010, Sexagésimo cuarto periodo de sesiones.

<sup>41</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores. 2013. Chile presidirá la Red de Seguridad Humana en la ONU. [En línea] <<https://minrel.gob.cl/chile-presidira-la-red-de-seguridad-humana-en-la-onu/minrel/2013-07-02/111433.htm>> [Consulta: 28 de Mayo, 2019].

comprometido a incurrir en un trabajo integral y complejo contra la serie de inseguridades que se viven en el plano internacional actual.

### **Posible materialización de la propuesta: política de aguas y protección de glaciares a la luz de la seguridad humana.**

#### **a. Acercamiento a la crisis ambiental contemporánea**

Ya se ha señalado que la visión de seguridad humana amplía el campo de protección tradicional para integrar diversas situaciones riesgosas. Una de estas, que sin duda representa una amenaza para la seguridad de las personas, es la crisis ambiental de la que el mundo es testigo.

El concepto de crisis ambiental hace referencia a los problemas ambientales que surgen de una contradicción entre el ritmo de los ciclos naturales y el de los ciclos de producción humana para un nivel determinado de desarrollo<sup>42</sup>. El carácter contemporáneo de la crisis ambiental se relaciona directamente con el sistema económico capitalista globalizado. La producción capitalista tiene como forma de organización social al mercado, el cual se rige por las reglas de la competencia, donde es imperativo producir siempre más<sup>43</sup>. En ese sentido, cuando la intervención del humano sobre el medio natural está gobernada por la ley de acumulación de capital, dicha intervención tiende a convertirse en depredadora<sup>44</sup>, y sumando a esto la transversalidad de la globalización, los problemas ambientales se hacen extensible a todos los ecosistemas.

Recientemente ha sido Naciones Unidas quien ha dado cuenta de la gravedad del tema mediante la publicación del Informe Perspectivas del Medio Ambiente Mundial GEO 6<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> En TOMMASINO, Humberto; FOLADORI, Guillermo; TAKS, Javier. La crisis ambiental contemporánea. *Foladori G. y Pierrri N. Sustentabilidad*, 2001, p. 13.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>44</sup> Véase en GIRALDO DÍAZ, Reinaldo; QUICENO MARTÍNEZ, Álvaro; VALENCIA TRUJILLO, Francis Liliana. Una salida ética a la crisis ambiental contemporánea. *Entramado*, 2011, vol. 7, no 1., p. 151.

<sup>45</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2019. Perspectivas del Medio Ambiente Mundial GEO 6. En: Cuarta Asamblea de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Nueva York, Organización de Naciones Unidas. [En línea] <<https://www.unenvironment.org/es/resources/perspectivas-del-medio-ambiente->

Este documento expone que la crisis ambiental puede analizarse poniendo atención a diversas situaciones: la contaminación del aire se constituye como el principal factor que contribuye a la carga mundial de morbilidad, ocasionando entre 6 y 7 millones de muertes prematuras al año; por su parte, la disminución de las poblaciones de especies pone en riesgo la integridad y las funciones de los ecosistemas<sup>46</sup>; finalmente, en términos de cuidado oceánico, las estimaciones actuales indican que los vertidos de basura plástica marina ascienden a 8 millones de toneladas anuales<sup>47</sup>.

Queda, entonces, en evidencia la urgencia mundial de seguir trabajando en la superación de la crisis ambiental como un riesgo mayor para la seguridad de las personas que trasciende las fronteras nacionales y que, por lo tanto, debe constituirse como prioridad dentro de la agenda exterior de Chile. Es en base a esta convicción que en los siguientes párrafos se pretende hacer un análisis de los estándares nacionales en relación con esta temática, enfocándonos en dos aristas de suma importancia para nuestro país: la política de aguas y la protección de glaciares.

## **b. Recursos hídricos y la importancia del glaciosistema nacional**

El Informe GEO 6 da cuenta de una tendencia mundial de aumento de presión sobre los recursos hídricos, configurándose diversas situaciones de riesgo. Por un lado, la crisis hídrica se manifiesta en desastres ecológicos de alcance mundial, tales como la sequía, las inundaciones y las epidemias sanitarias<sup>48</sup>, y, por otro, el estrés hídrico se vive también en la escasez de agua de los territorios; según *World Resources Institute* (WRI), más de un billón de personas viven hoy en regiones con escasez de agua, y se estima que, para

---

mundial-6> [Consulta: 28 de Mayo, 2019].

<sup>46</sup> El informe estima que, en la actualidad, el 42 % de los invertebrados terrestres, el 34 % de los invertebrados de agua dulce y el 25 % de los invertebrados marinos están en riesgo de extinción.

<sup>47</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2019. Perspectivas del Medio Ambiente Mundial GEO, ob. cit.

<sup>48</sup> Según datos de la Organización Meteorológica Mundial, las inundaciones ocupan el 79% de los desastres ecológicos, que significaron el 55% de las muertes mundiales; la sequía, en cambio, ocupa el 35% de los desastres, pero va en una tendencia creciente. ESCENARIOS HÍDRICOS 2030, 2015. El agua hoy: contexto internacional. [En línea] <<https://www.escenarioshidricos.cl/el-agua-hoy/#contextointernacional>> [Consulta: 29 de Mayo, 2019].

el año 2025, alrededor de 3.5 billones de personas experimentarían la misma situación<sup>49</sup>. Nuestro país no se aleja de este escenario: Chile estuvo entre los 10 países con mayor gasto asociado a desastres en el 2015 –US\$ 3.100 MM–, de cuyo monto más del 45% fue destinado a cubrir situaciones de escasez hídrica; además, aparece dentro de los 30 países con mayor riesgo hídrico en el mundo dentro de los próximos 5 años<sup>50</sup>. Es evidente, entonces, que la protección del agua como recurso crítico para la seguridad humana de la población resulta ser una necesidad imperativa para Chile.

Afortunadamente, nuestro país cuenta con una importante reserva de agua proveniente de los glaciares y la criósfera –entendiendo esta como todas las formas de presencia de agua en estado sólido presentes en el territorio<sup>51</sup>–. La dimensión de esta reserva es realmente grande: en Chile hay más de 2.000 glaciares que se extienden a lo largo de casi toda la Cordillera Andina, contando con una superficie aproximada de 20.200 km<sup>2</sup> de hielo. De hecho, Chile posee el 3,8% de la superficie glaciar mundial, excluyendo Antártica y Groenlandia, y lidera las estadísticas en Sudamérica con un 76% de la superficie glaciar<sup>52</sup>. Es en esta línea en que Francisco Ferrando<sup>53</sup>, geógrafo de la Universidad de Chile y doctor en Geografía y ordenación del Territorio de la Universidad de Zaragoza en España, se refiere –en entrevista realizada para efectos del presente trabajo– a la importancia que tiene la conservación del glacioso sistema como una materia que urge regular para asegurar un estándar de protección humana ante los inminentes riesgos de la crisis hídrica global.

Francisco Ferrando señala que la amenaza más directa para la conservación de los glaciares nacionales está dada por las excavaciones de la industria minera en las zonas montañosas. La inmensa necesidad de agua que requiere la megaminería para su funcionamiento ha llevado a que las empresas realicen sus actividades de forma adyacente a las zonas glaciares. El impacto de dicha cercanía se manifiesta de muchas

---

<sup>49</sup> WORLD RESOURCES INSTITUTE, 2018. *Water: Mapping, measuring, and mitigating global water challenges*. [En línea]: <<https://www.wri.org/our-work/topics/water>> [Consulta: 29 de mayo de 2019]

<sup>50</sup> Véase ESCENARIOS HÍDRICOS 2030 Chile. Resumen estratégico, Radiografía del Agua: brecha y riesgo hídrico en Chile, 2018., p. 12.

<sup>51</sup> FERRANDO, Francisco. (29-V-2019) *Entrevista inédita*. Santiago.

<sup>52</sup> Véase en URRUTIA, Roberto, 2018. Columna de opinión: La importancia de los glaciares en Chile. [En línea] Panorama UdeC. 28 de marzo de 2018. <<http://www.udec.cl/panoramaweb2018/content/columna-de-opini%C3%B3n-la-importancia-de-los-glaciares-en-chile>> [Consulta: 29 de Mayo, 2019].

<sup>53</sup> FERRANDO, Francisco. (29-V-2019) *Entrevista inédita*, ob. cit.

formas, ya sea por emisión de material particulado o contaminación atmosférica por residuos de combustión. Importante es, además, destacar la contaminación térmica que producen las explotaciones mineras: “(...) *la instalación de faenas de alta montaña y de zonas de maquinaria para la explotación genera calor, calor que es ajeno a las condiciones naturales del ambiente, teniendo como efecto la aceleración del proceso natural de derretimiento de glaciares*”<sup>54</sup>. Lo anterior ha sido detalladamente estudiado en investigaciones anteriores del mismo académico:

*Large mining projects are overusing water in the upper catchments, damaging and destroying glaciers, and contaminating water supplies. These actions are threatening the sustainability of water supplies downstream from the mines for human consumption, agriculture, conservation areas and for protected ecosystems*<sup>55</sup>.

Esta situación no solo incide en la reducción de las reservas hídricas de mediano y largo plazo, sino que actualmente genera escenarios de peligro que amenazan la seguridad de las comunidades. Por un lado, Francisco Ferrando destaca la peligrosidad del desprendimiento de los glaciares: dado el aumento de las temperaturas, estos van perdiendo estabilidad estructural, así generando su deslizamiento –motivado también por su ubicación en zonas montañosas de pendientes importantes–. Estas condiciones generan un fenómeno conocido como *glacial-lake outburst floods* (GLOFs), consistente en el desprendimiento de bloques grandes de hielo que caen sobre lagunas, produciendo enormes flujos de agua de gran fuerza destructiva<sup>56</sup>, constituyéndose así en un fenómeno de vulnerabilidad ambiental inminente e impredecible<sup>57</sup>. Por otro, las intervenciones mineras también producen efectos en la forma de vida de las personas: numerosos son

---

<sup>54</sup> FERRANDO, Francisco. (29-V-2019) *Entrevista inédita*, ob. cit.

<sup>55</sup> BELLISARIO, A., FERRANDO, F. y JANKE, J. 2013. *Water resources in Chile: The critical relation between glaciers and mining for sustainable water management*. Investigaciones Geográficas, Universidad de Chile (46), p. 17.

<sup>56</sup> En Chile ya se han tenido casos de GLOFs en el pasado en zonas bastante cercanas a lugares poblados y nada asegura que su ocurrencia se detenga: “*During 2008–2009, an unexpected sequence of 5 jokulhlaups occurred in the Colonia River valley in Patagonia, Chile (Fig. 1): April 6–7, October 7–8, and December 21–22, 2008; March 4–5 and September 16–17, 2009. Each event drained Cachet 2 Lake, circa 200 million m<sup>3</sup>, and flooded large parts of the Colonia and Baker River valleys, near the town of Cochran. The April event, for example, caused considerable damage to farm settlements and stock mortalities and put the town of Caleta Tortel at the mouth of the Baker River at risk*”. Refiérase a DUSSAILLANT, Alejandro, et al. *Repeated glacial-lake outburst floods in Patagonia: an increasing hazard?*. *Natural hazards*, 2010, vol. 54, no 2, p. 469-481.

<sup>57</sup> FERRANDO, Francisco. (29-V-2019) *Entrevista inédita*, ob. cit.

los casos que dan cuenta de conflictos socioambientales que surgen a propósito de los daños ambientales sufridos por una comunidad humana. Emblemático es el ejemplo del proyecto Pascua Lama, yacimiento que se ubica en la cordillera de Los Andes sobre el límite internacional chileno-argentino, y que cuya afectación socioambiental más relevante está en la destrucción de glaciares de gran importancia para la actividad agrícola de las comunidades locales<sup>58</sup>.

Habiéndose señalado lo anterior, resulta importante afirmar lo siguiente: la propuesta de reformulación de la política exterior chilena a la luz de las exigencias de la seguridad humana debe, necesariamente, partir por hacer frente a la multiplicidad de situaciones de riesgo y amenazas que aquejan a la población nacional. La constitución de la seguridad humana en el núcleo de nuestras relaciones exteriores exige coherencia entre la actividad política de Chile a nivel internacional y el estándar de protección humana que el país motiva hacia la interna. En este punto se retoma, entonces, el convencimiento de que la seguridad humana es una preocupación universal cuya superación toca tanto a la materia exterior como interior<sup>59</sup>. Es aquí, entonces, donde la tarea de incrementar los poderes blandos de Chile hacia el exterior y la de enfrentar las inseguridades que se viven a la interna, convergen ambas en un mismo quehacer primordial para el Estado chileno donde la defensa y promoción de la seguridad humana se perfila como eje fundamental de acción.

Parte importante de dicho desafío es el fortalecimiento del marco protector de los recursos hídricos. Para aquello, a continuación, se analiza la protección nacional y global del glaciosistema con el objeto de identificar medidas que propicien la progresión en esta materia.

---

<sup>58</sup> Dimensión socioambiental de los conflictos territoriales en Chile, 2016. Por Verónica Gonzales et al. Publicaciones del OLCA-Investigaciones, p. 15.

<sup>59</sup> En PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano 1994, ob. cit., p. 25.

### **c. Propuesta para la acción nacional y exterior: Hacia una mayor seguridad hídrica**

Para que Chile pueda avanzar en el fortalecimiento de la seguridad hídrica a nivel interno y externo, es necesario revisar tanto la normativa nacional que regula el glaciostema como los espacios e instrumentos internacionales que permiten avanzar en esta dirección. Respecto a la normativa chilena, el asunto dice relación con la regulación de los recursos hídricos en el Código de Aguas, marco jurídico protector principal de estos. A primera vista se podría asumir que los glaciares, al estar constituidos de agua, están contemplados de alguna forma en este Código, pero no es así; la normativa distingue entre aguas terrestres y marítimas, y solamente considera dentro de las primeras a las “(...) *aguas líquidas y excluye otros tipos de precipitación*”<sup>60</sup>. En efecto, el Código de Aguas se circunscribe únicamente a las aguas en estado líquido sin hacer mención alguna a los glaciares en sus disposiciones, dejando al glaciostema a merced de la explotación privada:

*The water withdrawals from surface and ground resources of these large projects are supported by a legislation that favors the privatization of water property rights and the commoditization of water resource*<sup>61</sup>

Distintas organizaciones medioambientales también se suman al debate, haciendo notar el lamentable caso fallido de la Ley de Glaciares, tramitada en el Congreso Nacional desde mayo del 2014 y finalmente retirada en junio del 2018. Sara Larraín, directora de Chile Sustentable, declara que “(...) *si bien es cierto que la ley no era todo lo que queremos, es un proyecto que tenía una definición, un establecimiento legal como bienes nacionales y prohibiciones de establecer acciones*”<sup>62</sup>, cuestión que no logró concretarse, dejando la situación de desprotección del glaciostema intacta.

---

<sup>60</sup> FERNÁNDEZ NAVARRO, Hans Andrés; FERRANDO ACUÑA, Francisco José. Glaciares rocosos en la zona semiárida de Chile: relevancia de un recurso hídrico sin protección normativa. *Cuadernos de Geografía-Revista Colombiana de Geografía*, 2018, vol. 27, no 2, p. 343.

<sup>61</sup> BELLISARIO, A., FERRANDO, F. y JANKE, J. 2013. *Water resources in Chile: The critical relation between glaciers and mining for sustainable water management.*, ob. cit., p. 22.

<sup>62</sup> BUSTOS C., Andrea, 2018. Gobierno retira Ley de Glaciares en medio de acusaciones por letra chica. [En línea] Radio Uchile. 21 de Junio, 2018. <<https://radio.uchile.cl/2018/06/21/ley-de-glaciares-retiro-de-proyecto-deja-en-incertidumbre-su-proteccion/>> [Consulta: 30 de Mayo, 2019].

Dicho esto, es evidente que la regulación nacional vigente, lejos de significar un aporte al desafío anteriormente descrito, significa un retroceso en la protección del medioambiente y la seguridad hídrica. En palabras de Francisco Ferrando, siendo un país beneficiado por la naturaleza, Chile tiene la responsabilidad humana de innovar y adaptar su normativa referente a los recursos hídricos y la criósfera para superar la desconexión existente entre su inmensa importancia y la deficiencia del cuerpo legal protector. En efecto, se propone avanzar en disposiciones que protejan integralmente el glaciosistema en base a una definición práctica, incluyendo tanto a los glaciares blancos como rocosos<sup>63</sup>; sumado a esto, conviene fortalecer el Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado<sup>64</sup> (SNASPE), figura impulsada para la conservación y mantenimiento de áreas únicas en el ecosistema que, no obstante su función, no cuenta con un reglamento orgánico, “(...) lo que deja abierta la posibilidad de que otras instituciones del Estado tengan injerencia en las áreas protegidas”<sup>65</sup>.

Ahora, respecto al plano internacional, Francisco Ferrando considera que no existe una instancia interestatal debidamente planteada para aunar esfuerzos en la protección del recurso hídrico. Poco conocida es *The International Permafrost Association* en relación a la Asociación Argentina y Sudamericana de Permafrost, ambas organizaciones internacionales que tienen por objetivo promover la cooperación entre organizaciones nacionales o internacionales dedicadas a la investigación científica sobre esta materia<sup>66</sup>, sin embargo, ambas son entidades completamente privadas que no tienen apoyo institucional de sus respectivos Estados. A nivel de convenciones, desde diciembre de 1997 existe el Tratado sobre Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina, el cual tuvo el objetivo económico de hacer atractivo el negocio minero otorgando mayor seguridad jurídica a los inversionistas<sup>67</sup>. Si bien esta norma permitió proliferar los proyectos económicos en la zona montañosa fronteriza, el tratado no concibe

---

<sup>63</sup> FERRANDO, Francisco. (29-V-2019) *Entrevista inédita*, ob. cit.

<sup>64</sup> CHILE. Ministerio de Agricultura, 1984. Ley 18.362: Ley del Sistema General de Áreas Silvestres protegidas, 27 de diciembre de 1984.

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ NAVARRO, Hans Andrés; FERRANDO ACUÑA, Francisco José. Glaciares rocosos en la zona semiárida de Chile: relevancia de un recurso hídrico sin protección normativa, ob. cit. 344.

<sup>66</sup> Véase en *INTERNATIONAL PERMAFROST ASSOCIATION*, 2008. *About the International Permafrost Association*. [En línea] <<https://ipa.arcticportal.org/about-the-ipa>> [Consulta: 30 de mayo de 2019].

<sup>67</sup> Véase en CAFFI, María Teresa Infante. Tratado minero entre Chile y Argentina. Una visión global. *Estudios Internacionales*, 2001, p. 22-42.



limitación alguna para la actividad económica de las empresas mineras en relación a la protección de los glaciares blancos y rocosos del área. Lo anterior, además de preocupante, no se concilia con otras normas internacionales que imponen la obligación de proteger la seguridad ambiental del país. Tal es el caso de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, en los cuales se cuenta el garantizar la disponibilidad de agua y su ordenación sostenible, como objetivo N°6<sup>68</sup>; además, las relaciones mineras binacionales entre ambos países andinos deben mirarse bajo la luz del Tratado entre Chile y Argentina sobre medioambiente de 1991, el cual declara que las Partes:

*(...) reconocen la necesidad de armonizar la utilización de los recursos naturales que comparten con la protección del medio ambiente, como una tarea insoslayable para contribuir al desarrollo sustentable y bienestar de sus pueblos y mantener, al mismo tiempo, la calidad de vida*<sup>69</sup>

Finalmente, conviene destacar la importancia que tiene la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional –conocida como Convención de Ramsar, ratificada por Chile en noviembre de 1981– para concebir un plan internacional de protección de glaciares a futuro. El objetivo principal de la Convención es “la conservación y uso racional de los humedales mediante acciones locales y nacionales y gracias a la cooperación internacional, como contribución al logro de un desarrollo sostenible en todo el mundo”<sup>70</sup>. La Convención funciona de tal manera que los países miembros inscriben los sitios de humedales presenten en su territorio para constituirlos como zonas protegidas de importancia internacional. Siguiendo esta línea, la actual protección internacional del glaciosistema puede ser fortalecida reproduciendo la ruta tomada por la Convención de Ramsar: Chile puede marcar pauta a nivel mundial proponiendo el reconocimiento de los glaciares como recursos hídricos que urgen proteger, asegurando su conservación como zonas estratégicas para la seguridad humana de la comunidad internacional en su conjunto.

---

<sup>68</sup> Naciones Unidas, 2015. Objetivos del Desarrollo Sostenible. [En línea] <<https://onu.org.gt/objetivos-de-desarrollo/>> [Consulta: 30 de mayo de 2019].

<sup>69</sup> Ministerios del Medio Ambiente de Chile y Argentina. Tratado entre Chile y Argentina sobre medioambiente. Buenos Aires, 2 de agosto de 1991.

<sup>70</sup> Ramsar, 2015. La convención de Ramsar y su misión. [En línea] <<https://www.ramsar.org/es/acerca-de/la-convencion-de-ramsar-y-su-mision>> [Consulta: 30 de Mayo, 2019].

## **Reflexiones finales**

A lo largo del presente, se ha pretendido esgrimir una propuesta de reorientación de la política exterior chilena, que sirva para afrontar los complejos desafíos que impone la realidad internacional del Siglo XXI. Bajo ese objetivo, se ha caracterizado el escenario internacional actual como uno que viene a romper con los paradigmas que dominaban las relaciones internacionales en el siglo anterior.

Los desafíos que imponen la pobreza mundial, el mejoramiento de las condiciones sanitarias, la protección ante la crisis ambiental y la proliferación de grupos terroristas, no pueden ser superados actuando en base al concepto tradicional de seguridad defensiva y territorial. La transversalidad de las amenazas contemporáneas exige la reformulación de las relaciones interestatales, concibiendo aquí el concepto de seguridad humana como una herramienta protectora integral: la seguridad humana se centra en el humano y reconoce la necesidad de incrementar la cooperación internacional entre Estados.

Es en ese contexto que Chile se constituye como un Estado cuya influencia internacional permite tomar una postura proactiva ante esta situación: nuestro país debe reformular su política exterior y retomar la dimensión de seguridad humana y de promoción de los derechos humanos, así haciendo uso de sus poderes blandos para articular políticas internacionales que busquen aunar fuerzas ante desafíos comunes. En dicha tarea, se identifica la Red de Seguridad Humana como una instancia propicia por la cual empezar.

Dentro del marco de la inseguridad ambiental, nuestro país puede tomar la iniciativa de posicionar la protección del glaciostema global como prioridad urgente en la que la comunidad de países debe trabajar conjuntamente.

Finalizando, Chile debe demostrar su amplitud de criterio para entender el escenario que se nos abre, manifestando voluntad de aportar con acciones concretas en beneficio de fortalecer la seguridad de la población nacional y del resto del globo.

## Referencias bibliográficas

- APANGO, Eduardo Tzili (2011) “De la estrategia del encanto a la potencia civil: el poder suave de China y la Unión Europea”, *Estudios Internacionales*, N° 170, pp. 55-79
- ARAVENA, Francisco Rojas (2004) *Seguridad en las Américas, los desafíos Post Conferencia: Operacionalizar los consensos y articular los conceptos*. FES Briefing Paper. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung.
- ARAVENA, ROJAS (2007) *Seguridad humana: aportes en la reformulación del concepto de seguridad*”. *Seguridad humana y nuevas políticas de defensa en Iberoamérica*. Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado.
- BELLISARIO, A., FERRANDO, F. y JANKE, J. (2013) “Water resources in Chile: The critical relation between glaciers and mining for sustainable water management”, *Investigaciones Geográficas*, N° 46, pp. 3-24
- BUSTOS C., Andrea (2018) *Gobierno retira Ley de Glaciares en medio de acusaciones por letra chica* [En línea] Radio Universidad de Chile. 21 de junio <<https://radio.uchile.cl/2018/06/21/ley-de-glaciares-retiro-de-proyecto-deja-en-incertidumbre-su-proteccion/>> [Consulta: 30 de mayo de 2019]
- CHILE. Ministerio de Agricultura (1984) *Ley 18.362: Ley del Sistema General de Áreas Silvestres Protegidas*, 27 de diciembre.
- COLACRAI, Miryam & LORENZINI, María Elena (2005) “La política exterior de Chile: ¿excepcionalidad o continuidad? Una lectura combinada de ‘fuerzas profundas’ y tendencias”, *CONfines de relaciones internacionales y ciencia política*, Volumen 1, N° 2, pp. 45-63

- COMISIÓN DE LA SEGURIDAD HUMANA (2003) *Seguridad Humana Ahora*. Nueva York, Naciones Unidas.
  
- DUSSAILLANT, Alejandro *et al.* (2010) “Repeated glacial-lake outburst floods in Patagonia: an increasing hazard?” *Natural Hazards*, volume 54, N° 2.
  
- ESCENARIOS HÍDRICOS 2030 (2015) *El agua hoy: contexto internacional*. [En línea] <<https://www.escenarioshidricos.cl/el-agua-hoy/#contextointernacional>> [Consulta: 29 de mayo de 2019]
  
- FERNÁNDEZ NAVARRO, Hans Andrés; FERRANDO ACUÑA, Francisco José (2018) “Glaciares rocosos en la zona semiárida de Chile: relevancia de un recurso hídrico sin protección normativa”, *Cuadernos de Geografía - Revista Colombiana de Geografía*, volumen 27, N° 2.
  
- FUENTES, Claudio (2006) “La apuesta por el poder blando: política exterior de la Concertación 2000-2006” En: *El Gobierno de Ricardo Lagos. La nueva vía chilena hacia el socialismo*. Santiago: UDP.
  
- GARCÍA, Caterina (2006) “Seguridad humana y política exterior japonesa: contexto, concepto y aplicación”, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, N° 76, pp. 79-95
  
- GIRALDO, Reinaldo; QUICENO, Álvaro; VALENCIA, Francis Liliana (2011) “Una salida ética a la crisis ambiental contemporánea”, *Entramado*, volumen 7, N° 1.
  
- HUNEEUS, Carlos (2014) *La democracia semisoberana: Chile después de Pinochet*. Santiago: Taurus.
  
- INFANTE, María Teresa (2001) “Tratado minero entre Chile y Argentina. Una visión global”, *Estudios Internacionales*, Año 34, N° 135, pp. 22-42

- INFORME DEL FONDO FIDUCIARIO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA SEGURIDAD HUMANA (2012) *La seguridad humana en las Naciones Unidas*. Nueva York: Naciones Unidas.
  
- INTERNATIONAL PERMAFROST ASSOCIATION (2008) *About the International Permafrost Association* [En línea] <<https://ipa.arcticportal.org/about-the-ipa>> [Consulta: 30 de mayo de 2019]
  
- KRAUSE, Keith (2005) “Seguridad humana: ¿ha alcanzado su momento?” *Papeles de Cuestiones*, N° 90, pp. 19-30
  
- MACK, Andrew (2005) “El concepto de seguridad humana”, *Papeles de Cuestiones Internacionales*, N° 90, pp. 11-18
  
- MARTÍNEZ, Jorge (2008) *América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Santiago: Cepal.
  
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE CHILE (2013) *Chile presidirá la Red de Seguridad Humana en la ONU*. [En línea] <<https://minrel.gob.cl/chile-presidira-la-red-de-seguridad-humana-en-la-onu/minrel/2013-07-02/111433.html>> [Consulta: 28 de mayo de 2019]
  
- MINISTERIOS DEL MEDIO AMBIENTE DE CHILE Y ARGENTINA (1991) *Tratado entre Chile y Argentina sobre Medioambiente*. Buenos Aires, 2 de agosto.
  
- MÖLLER, María Francisca (2002) “Chile y la seguridad humana: la importancia de la red informal”, *Revista de Marina*, volumen 119.
  
- MUÑOZ, Heraldo (1985) “La política exterior chilena: la crisis continúa”, *Foro Internacional*, Volumen 26, N° 2, pp. 229-266

- MUÑOZ, Heraldó (2015) *La cooperación internacional: el poder "blando" de la política exterior* [En línea] Sala de Prensa del Ministerio de Relaciones Exteriores. <<https://minrel.gob.cl/columna-de-opinion-la-cooperacion-internacional-el-poder-blando-de/minrel/2015-07-01/163425.html>> [Consulta: 28 de mayo de 2019].
  
- Naciones Unidas (2010) *Informe sobre Seguridad Humana: Seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio. Secretario General de Naciones Unidas, Sexagésimo Cuarto Período de Sesiones*. Nueva York. Naciones Unidas.
  
- NACIONES UNIDAS (2015) *Objetivos del Desarrollo Sostenible* [En línea] <<https://onu.org.gt/objetivos-de-desarrollo/>> [Consulta: 30 de mayo de 2019].
  
- NACIONES UNIDAS Librery [En línea] <<https://digitallibrary.un.org/record/589619/export/xl>> [Consulta: 28 de mayo de 2019].
  
- NYE, Joseph S. (2003) *La paradoja del poder norteamericano*, Madrid, Editorial Santillana.
  
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2003) *Conferencia Especial sobre Seguridad. Declaración sobre Seguridad en las Américas*. México.
  
- PNUD (1994) *Informe sobre Desarrollo Humano 1994*, Nueva York, Naciones Unidas.
  
- PNUD (2019) *Perspectivas del Medio Ambiente Mundial GEO 6*. En: *Cuarta Asamblea de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente*. Nueva York, Naciones Unidas [En línea] <<https://www.unenvironment.org/es/resources/perspectivas-del-medio-ambiente-mundial-6>> [Consulta: 28 de mayo de 2019]

- PORTALES, Carlos (2011) “Desafíos para la política exterior en las próximas décadas: Chile y la región en un mundo global”, *Estudios Internacionales*, volumen 44, N° 169, pp. 171-193
  
- PUCHALA, David & BLACHMAN, Morris (1998) “International Organizations and Human Security in Latin America”, In: Pellicer, Olga (editor) *Regional Mechanisms and International Security in Latin America*, Tokyo: United Nation University Press.
  
- RAMSAR (2015) *La convención de Ramsar y su misión* [En línea] <<https://www.ramsar.org/es/acerca-de/la-convencion-de-ramsar-y-su-mision>> [Consulta: 30 de mayo de 2019]
  
- TOMMASINO, Humberto; FOLADORI, Guillermo & TAKS, Javier (2005) “La crisis ambiental contemporánea” En: Foladori, G.; Pierri, N. (coord.) *¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable*, Colección América Latina y el Nuevo Orden Mundial, Miguel Ángel Porrúa, UAZ, Cámara de Diputados LIX Legislatura, México.
  
- UNESCO (2005) *Promover la Seguridad Humana: Marcos Éticos, Normativos y Educativos en América Latina y el Caribe*, París, UNESCO
  
- URRUTIA, Roberto (2018) *La importancia de los glaciares en Chile* [En línea] Panorama UdeC. 28 de marzo de 2018 <<http://www.udec.cl/panoramaweb2018/content/columna-de-opini%C3%B3n-la-importancia-de-los-glaciares-en-chile>> [Consulta: 29 de mayo de 2019].
  
- VAN KLAVEREN, Alberto (1992) “Entendiendo las políticas exteriores latinoamericanas: modelo para armar”, *Estudios Internacionales*, Año 25, N° 98, pp. 169-216

- VAN KLAVEREN, Alberto (1997) “América Latina: hacia un regionalismo abierto”, *Estudios Internacionales*, Año 30, N° 117, pp. 62-78
  
- WALKER, Ignacio (2005) “Nuevas tendencias de la política exterior en el siglo XXI”, *Estudios Internacionales*, Año 38, N° 149, pp. 111-121
  
- WILHELMY, Manfred & DURÁN, Roberto (2003) “Los principales rasgos de la política exterior chilena entre 1973 y el 2000”, *Revista de Ciencia Política*, Volumen 23, N° 2, pp. 273-286



# LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES POR PARTE DE PERSONAS NO RESIDENTES EN CHILE: UN PROBLEMA PENDIENTE

Fernando Barrera Iturra\*

## Introducción

Ya lo dijo Josserrand en una de sus más célebres frases, “(...) *la vida es más ingeniosa que el legislador, o el mejor de los juristas*”. De esta forma, día a día nos enfrentamos a situaciones que muchas veces o no se encuentran reguladas o contienen una regulación insuficiente y que generan más de un inconveniente en la sociedad. De aquello trata este trabajo, nos enfocaremos en un problema real que poco o nada ha sido abordado desde la dogmática jurídica, al menos desde nuestro conocimiento, problemas a los que no hemos llegado leyendo libros o artículos, sino que por el contrario a través de los medios de comunicación modernos. Problemas que demuestran, a nuestro parecer, que algo no funciona bien en nuestro ordenamiento jurídico en materia de adopciones internacionales.

Por ello, este trabajo comenzará con la contextualización del supuesto fáctico en el que pretendemos trabajar. Seguidamente, estudiaremos la normativa jurídica actual en torno a la adopción de menores por parte de personas no residentes en Chile. Luego, complementando lo anterior, estudiaremos las principales reformas que se discuten actualmente en torno a la temática abordada, estos dos estudios esperamos nos entreguen un panorama actual tanto de la realidad en las adopciones internacionales como las preocupaciones que mueven al legislador en su reforma. Seguido de aquello, haremos un breve análisis sobre el derecho a tener una familia, el derecho del niño a ser oído y el interés superior del niño, niña o adolescente, con el objeto de desentrañar el equilibrio en estos derechos naturalmente relacionados en el proceso de adopción. Asimismo, nos referiremos de forma escueta a la cooperación jurídica internacional como

---

\* Egresado de Derecho, Universidad de Concepción. Alumno Ayudante, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Concepción. Correo electrónico: [fernando.barreraiturra@gmail.com](mailto:fernando.barreraiturra@gmail.com)

elemento de apoyo a la problemática planteada.

Finalmente, y con la información contenida y sostenida por los aspectos señalados anteriormente, pretendemos plantear propuestas de reformas en miras de obtener la mayor protección posible en torno a los menores sujetos a adopción internacional por parte de personas no residentes en Chile.

### **Presupuesto fáctico y presentación del problema**

En el año 2018, a través de diversos medios de comunicación, se hizo conocido el caso de una niña chilena de nueve años que fue adoptada por un matrimonio italiano, el cual, luego de llevarla a Italia, declinó del proceso de adopción dejando a la niña abandonada en un hogar de menores de aquel país (Radio Cooperativa, 2018). Este caso, más allá de sorprender, recordó a uno muy similar ocurrido el año 2003, cuando una niña de 13 años fue igualmente adoptada por una familia italiana y luego abandonada la cual, finalmente, quedó en situación de abandono y aún vive en Italia (Ahora Noticias, 2018).

Ambos ejemplos recién expuestos comparten similitudes obvias, y a la vez, nos muestran una realidad preocupante sobre menores abandonadas en lugares sumamente lejanos a su hogar natal, donde aquellas incluso desconocían el idioma de la localidad en la que se encontraban, sumando con esto último una nueva barrera en el ejercicio pleno de sus derechos. Lamentablemente, estos casos no parecieran ser aislados, o al menos así consideramos que lo demostraría el diario La Tercera al presentar una infografía que señala que, entre los años 2014 a 2018, han existido al menos ocho casos en que familias extranjeras comienzan un proceso de adopción y luego declinan de él, siendo en 3 de ellos donde los niños habrían incluso abandonado el país (La Tercera, 2018).

De esta forma, el problema que buscamos abordar en este trabajo es precisamente aquel que se expone en los hechos descritos. Queremos aquí estudiar cuáles son, a grandes rasgos, los requisitos que se exigen en un proceso de adopción internacional que involucran a menores residentes en Chile por parte de personas no residentes. Con ello,

queremos dar garantía y protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, pero, resguardando igualmente sus derechos básicos. En definitiva, el objetivo que nos ha inspirado a escribir el siguiente trabajo es buscar una protección más adecuada a los niños, niñas y adolescentes carentes de familias, para que su llegada a un nuevo núcleo familiar sea motivo de armonía y no de vulneración a sus derechos, resguardando sus garantías básicas.

### **Sobre la normativa vigente ante el actual proceso de adopción internacional en Chile**

La normativa referente a la adopción de menores en Chile se encuentra, principalmente, en la ley N° 19.620, en dicha ley, se regulan todos los aspectos principales de la adopción en nuestro ordenamiento, incluyendo el tema en cuestión, es decir, la adopción por personas no residentes en Chile. Por otra parte, el mismo cuerpo normativo, en su artículo 3°, señala que en todo aquello que no esté regulado en la misma ley se aplicarán las disposiciones contenidas en el Título III, referente al procedimiento, de la ley N° 19.968 que crea los Juzgados de Familia.

En la normativa referida, ley N° 19.620, se permite la adopción por parte de matrimonios no residentes en Chile de menores a su cargo. Sin embargo, dicha adopción es sólo subsidiaria por lo que podrán iniciarse aquellos procesos de adopción sólo cuando no existieren en el país matrimonios chilenos o extranjeros residentes en Chile interesados en adoptar al menor y que cumplan los requisitos legales<sup>71</sup>, situación que debe ser certificada por el Servicio Nacional de Menores (Sename)<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 inciso primero de la citada ley, el cual dispone que: “ En caso de que no existan cónyuges interesados en adoptar a un menor que cumplan con todos los requisitos legales o que sólo les falte el de residencia permanente en Chile, podrá optar como adoptante una persona soltera, divorciada o viuda, con residencia permanente en el país, respecto de quien con los mismos rangos de edad y de diferencia de edad con el menor que se pretende adoptar”.

<sup>72</sup> En este sentido, el Servicio Nacional de Menores debe llevar dos registros, por un lado, el registro de personas que pueden ser adoptadas y, por otro lado, el registro de personas interesadas en la adopción de un menor de edad, debiendo distinguirse entre los que tengan residencia en Chile y los que tengan residencia en el extranjero. Art. 5 de la ley N° 19.620.

En cuanto a los requisitos para adoptar, el artículo 20 de la ley señala que estos consisten en que los cónyuges interesados en adoptar tengan dos o más años de matrimonio, agregándose en el inciso cuarto de la norma que no será exigible dicho plazo cuando uno o ambos cónyuges estén afectados de infertilidad, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6<sup>73</sup>, que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado, agregándose en el inciso segundo de la norma, que el juez, por resolución fundada, podrá rebajar los límites de edad o la diferencia de años, pero, eso sí, no podrá la rebaja exceder de cinco años, agregándose luego en el inciso tercero que dicho requisito no será exigible cuando los adoptantes sean ascendientes por consanguinidad respecto del adoptado.

Finalmente, la norma agrega respecto de los cónyuges, que estos deberán actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes. A estos requisitos, podríamos agregar, conforme al artículo 21 de la Convención sobre Derechos del Niño, que el interés superior del niño debe ser la consideración esencial en materia de adopciones.

También es de mencionar, además de la ley N° 19.620 y la Convención sobre Derechos del niño, el Convenio de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993 o “Convenio de la Haya”, suscrito por Chile en 1999, el cual se preocupa, principalmente, de la consagración de normas de carácter procesal y sobre cooperación administrativa para encausar las relaciones entre los Estados de que son originarios los niños y los Estados de acogida, con el fin de obtener adopciones

---

<sup>73</sup> Artículo 6° de la ley N° 19.620: “Podrán intervenir en los programas de adopción sólo el Servicio Nacional de Menores o los organismos acreditados ante éste./ La acreditación se otorgará únicamente a corporaciones o fundaciones que tengan entre su objeto la asistencia o protección de menores de edad, demuestren competencia técnica y profesional para ejecutar programas de adopción, y sean dirigidas por personas idóneas./ La concesión o denegación de la acreditación se dispondrá por resolución fundada del Director Nacional del Servicio Nacional de Menores, motivada en la concurrencia o ausencia de todos los requisitos señalados; la suspensión o revocación procederá en caso de ausencia o pérdida de alguno de los requisitos indicados./ La institución a la cual se deniegue, suspenda o revoque la acreditación podrá solicitar reposición ante el mismo Director, e interponer en subsidio recurso jerárquico, por intermedio del Ministerio de Justicia, ante el Presidente de la República, dentro del plazo de treinta días, contado desde que le sea notificada la resolución./ Dicha solicitud deberá presentarse acompañando los antecedentes de hecho y de derecho que la fundamenten.

regulares y asegurar el respeto de los derechos de los niños (Cortés Camus, 2004, pág. 80). Precisamente, especial atención cobra entre nosotros el Convenio de la Haya puesto los procesos de adopción internacional dependen en gran medida de la Cooperación entre los distintos Estados y los organismos involucrados. Entre otras cosas este Convenio delega en cada Estado la obligación de mantener una autoridad central que trabaje en la cooperación jurídica internacional en materia de adopciones, en el caso chileno dicha autoridad es ejercida por el Sename.

Por último, en cuanto a la normativa aplicable, es de mencionarse la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores de 1984 y ratificada por Chile en 2002. Convención que resulta de gran importancia debido a que, en ella, se busca enfrentar el problema que afecta a América Latina en lo referente a la niñez abandonada, enfocándose en la seguridad y protección de los niños que nuestro territorio latinoamericano otorga en adopción a adoptantes de países del primer mundo, regulando gran parte de los problemas derivados de la adopción, tanto en su constitución como en su desarrollo (Cortés Camus, 2004, pág. 95).

De esta forma, podemos ver que el proceso de adopción de menores por parte de personas no residentes en Chile, no contienen actualmente una regulación exhaustiva, es más, se apunta más bien a un régimen supletorio al régimen de adopción nacional, sin embargo, con limitantes que esta no contienen. Así, para que las personas no residentes en Chile puedan optar al proceso de adopción deben estar casadas, lo que se desprende de los propios requisitos establecidos en la ley 19.620 como hemos visto, una concepción bastante conservadora y desfasada en torno a los conceptos modernos de familia, pero que abordaremos más profundamente en los demás acápite de este trabajo.

Por otra parte, a pesar de existir tratados internacionales en torno al tema en cuestión, estos son normas bastante generales que dejan en la desprotección de medidas adecuadas para resguardar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, tal como se observa en los casos presentados en la primera parte de este trabajo. Así, por ejemplo, la consagración de la protección del interés superior del niño,

niña o adolescente en la Convención Internacional de sobre Derechos del Niño que supone debe ser un principio rector en los procesos de adopción, no se refleja en procesos en los que se envían niños al extranjero, sin que estos tengan los medios mínimos para comunicarse y solicitar la protección de sus derechos de manera adecuada, el principio a luz de aquello parece más bien letra muerta, algo que nos preocupa por lo que significa la vulnerabilidad de un grupo como el de los menores de edad, los cuales deberían obtener una protección adecuada por parte del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, si consideramos la consagración del interés superior del niño, niña o adolescente como principio rector y garantía de los derechos de los menores en proceso de adopción y aun así existen vulneraciones, entonces, es en los sujetos que intervienen en el proceso de adopción donde debemos poner el foco de atención. Ya hacíamos alusión, anteriormente, al rol que juega el Sename en la calificación de los adoptantes como física, mental, psicológica y moralmente idóneos, esto sin perjuicio del rol que juegan también los organismos acreditados por el Sename que puedan intervenir.

### **Actuales proyectos de reforma en torno a la adopción**

En el Congreso Nacional, según lo que hemos podido observar, se encuentran en tramitación dos proyectos de ley que pueden darnos atisbos de lo que se viene en materia de adopciones internacionales. Es en ellos donde veremos la preocupación por parte del legislador en miras de resolver las cuestiones que se plantean en este trabajo. Así, por un lado, encontramos a un proyecto que busca reformar el Servicio Nacional de Menores, el cual como hemos visto juega un rol protagónico en los procesos de adopción y es en él en quien recaen las responsabilidades de la calificación de los adoptantes como física, mental, psicológica y moralmente idóneos. Mientras que, por otro lado, tenemos un proyecto de ley que busca precisamente reformar el sistema de adopciones en general, influyendo naturalmente en los procesos de adopción internacional.

El primer proyecto al que nos referimos es aquel que busca crear el Servicio de Protección de la Niñez, ingresado por boletín 12027-07, Servicio que busca proteger, esencialmente

el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en familia. Dentro de los principios rectores del denominado proyecto se encuentran el interés superior del niño, su derecho a ser oído, la autonomía progresiva, el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos, el fortalecimiento del rol protector de la familia y el derecho de los niños y niñas a su vida familiar. Con ello se reafirman una vez más los derechos esenciales de los niños, niñas y adolescentes para su pleno desarrollo social, pero a la vez se omiten elementos que nos permitan establecer cuál es el alcance de la protección de los derechos de los menores en los procesos de adopción internacional. Así, se establece en dicho proyecto que el Servicio velará por el cumplimiento del Convenio de la Haya como autoridad central, sin embargo, esto no se aleja mucho de la situación actual. Es más sólo se cambia aquella facultad desde el Sename al Servicio de Protección de la Niñez, más no se regula de forma diametralmente distinta.

Por otro lado, el segundo proyecto que nos interesa busca reformar el sistema de adopción en Chile y fue ingresado por boletín 9119-18. Dicho proyecto, en su título V regula el proceso de adopción internacional por parte de personas no residentes en Chile, sin realizar mayores cambios con la normativa actual<sup>74</sup>. De esta forma el actual proyecto de reforma al sistema de adopción internacional de menores residentes en Chile, por parte de personas residentes en el exterior, sigue siendo un procedimiento supletorio al de adopción nacional. Nada descabellado si pensamos que lo que se busca con aquello es que los niños puedan mantener contacto con sus orígenes, que es más fácil resguardar la protección de sus derechos, que, en definitiva, es posible resguardar la protección de los menores de forma más adecuada.

Por otro lado, y que no se justifica a nuestro parecer, es la mantención del concepto de familia tradicional, siendo aún exigible para los interesados en adoptar que se encuentren casados, sobre el punto, no somos los primeros en apuntar a este tema así, se ha dicho que es injustificado que la adopción por parte de personas no residentes en Chile se pueda hacer sólo por parte de matrimonios y no se reconozca la posibilidad de que las

---

<sup>74</sup> Si es llamativo eso sí, que el proyecto de ley regula de manera bastante más minuciosa la adopción de niños, niñas y adolescentes extranjeros por parte de personas residentes en Chile.

familias se conformen monoparentalmente (Asenjo Cheyre & Vásquez Moncayo, 2017, pág. 75). Creemos que, los nuevos conceptos de la sociedad deben reflejarse en el ordenamiento, negar la existencia de diversas formas de familia es negar la realidad de muchas familias contemporáneas.

Con todo, creemos que estos proyectos claramente no resguardan de manera más rigurosa los derechos de los niños, niñas o adolescentes residentes en Chile en los procesos de adopción internacional. De manera que, en definitiva, para nosotros no existe un gran avance en los proyectos legislativos presentes respecto a la problemática planteada.

### **Los derechos fundamentales esenciales involucrados en la adopción**

A lo largo de este trabajo, hemos visto que son varios los Derechos Fundamentales involucrados en los procesos de adopción. En torno a aquello es que en este apartado abordaremos los que estimamos son los principales derechos en los cuales debe centrarse un procedimiento de adopción adecuado frente a la problemática presentada. Para ello, estimamos que se debe poner especial atención al derecho de estos a vivir en familia, a ser oídos y al interés superior del niño, niña o adolescente.

#### **a. Derecho a vivir en familia**

Este derecho, tal como señala Belén Lama, sólo contempla en forma excepcional la posibilidad de que los niños, niñas y adolescentes constituyan su núcleo familiar a través de la adopción. Esto debido a que se debe dar prioridad a la posibilidad de que los menores puedan vivir y permanecer con su familia de origen, luego, si esto no es posible se debe considerar a la familia ampliada o referentes afectivos (Lama Gálvez, 2019, pág. 86).

Ahora, a nadie le caben dudas acerca del enorme *status* del que goza la familia en nuestro ordenamiento, dicha institución ocupa un lugar privilegiado en nuestra sociedad, lo



que incluso se refleja en la propia Constitución Política de la República al consagrar, en su artículo 1 inciso segundo, que: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. En la misma línea, la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, ratificada por Chile, resalta en su preámbulo la importancia de la familia en el desarrollo de la personalidad de los menores, la misma Convención, en su artículo 21, señala que: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y,” letra b), “Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen”.

Por su parte, la ley N° 19.620 sobre adopción de menores, tal como lo señala el profesor Hernán Troncoso (Troncoso Larronde, 2017, pág. 331), destaca la importancia de la adopción en su artículo 1 inciso 1°, el cual dispone que: “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto, y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”. De ahí la importancia de considerar los conceptos de familia en los procesos de adopción.

Pero a partir de lo recién señalado nos surge entonces otro cuestionamiento, sobre el cual ya hemos adelantado un par de críticas, ¿qué debemos entender por familia? Esta pregunta se ha discutido a larga data tanto en nuestro ordenamiento como el plano comparado e internacional. Así, el profesor Troncoso cita a los hermanos Mazeaud para quienes la familia “es la colectividad formada por las personas que a causa de vínculos de parentesco consanguíneo o de su calidad de cónyuges están sujetas a la misma autoridad” concepto que para el autor citado no se adapta a la concepción de la familia en sí ya que más que la sujeción a una autoridad la familia es en sí la de una comunidad (Troncoso Larronde, 2017, pág. 8).

Por otra parte, don René Ramos, al referirse al concepto de familia que aborda la

Constitución Política, hace referencia a los distintos autores y posturas en torno al tema. Así señala, por un lado, que tenemos aquellos autores que defienden el concepto de familia no sólo legítima, sino más bien de toda forma de familia, basados principalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica, en dicha corriente, aunque con distintos argumentos, se encontrarían autores como Gonzalo Figueroa Yáñez, Jorge Ovalle y Carlos Peña González. Por otro lado, se encontrarían autores como Hernán Corral para quien la familia debe ser considerada estrictamente aquella constituida por el matrimonio (Ramos Pazos, 2007, págs. 9-13).

Pero esto no queda ahí. Jorge del Picó ha señalado que “La familia no está ya ligada exclusivamente al matrimonio ni tampoco es actualmente el único modelo socialmente aceptable” (del Picó Rubio, 2011, pág. 52). En esta línea, del reconocimiento a la flexibilidad de la institución familiar, Eduardo Oliva y Vera Villa han concluido que “es dable recordar que cada familia tiene su propia composición, dinámica y reglas, así como cultura y economía, por tanto, su concepción debe ser tan flexible como la institución misma, contemplando en ella elementos o integrantes tan diversos como sus integrantes lo deseen.” (Oliva Gómez & Villa Guardiola, 2014, pág. 19).

En esta línea, Nicolás Espejo plantea no es posible seguir en la idea de que las familias encajan en un modelo idealizado u orgánico, en vez de aquello plantea, “es mejor hablar de familias complejas: configuraciones familiares que surgen de acuerdos formales (como el matrimonio o acuerdos civiles) o informales (como las uniones consensuales); familias monoparentales; familias extensas y nuevos arreglos familiares que se crean después del divorcio, nulidad, viudez o socios de distribución” (Espejo Yaksic, 2017, págs. 40-41).

Creemos que esta última concepción es la que debería imperar en nuestro ordenamiento, el reconocimiento y el respeto a las distintas formas de familias desde nuestro parecer no es, sino que, el respeto y reconocimiento de las distintas formas de la sociedad y en sí el único camino para resguardar la igualdad en los individuos y sus múltiples maneras de relacionarse. Con ello, estimamos que las diferencias que señala la ley en las distintas formas de familia no son elementos que debieran consagrarse en los ordenamientos

modernos, ni en la legislación actual ni tampoco se justifica en las nuevas normas.

#### **b. Interés superior del niño, niña o adolescente**

La consagración del interés superior del niño se produjo a través de la Declaración de Derechos del Niño del año 1959 siendo luego reiterado en la Convención sobre Derechos del Niño del año 1989, que en su artículo 3 señala que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” y en nuestro ordenamiento se refleja a su vez en la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia y que en su artículo 16 señala que el interés superior del niño, niña o adolescente es un principio rector para el juez de familia. Del mismo modo, el artículo 222 del Código Civil señala que a preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo.

Pero entonces, ¿qué se entiende por interés superior del niño, niña o adolescente? A esta pregunta intenta dar respuesta Belén Lama citando a diversos autores, así nos dice primeramente que para el profesor Miguel Cillero este consiste en “la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derecho en este caso se identifican”. Luego, citando a Maricruz Gómez de la Torre, nos indica que para la autora este principio consistiría en diversos elementos que, a nuestro juicio, no son sino la ejecución de los derechos esenciales de los menores. Posteriormente, entre otros autores, señala que para Cecilia Grosman “el concepto de interés superior del niño representa su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien puede ejercerlos por sí mismos” (Lama Gálvez, 2019, págs. 21-22).

Dicho aquello llegamos a la conclusión lógica de que resulta complejo conceptualizar este principio dada su naturaleza. En este sentido, Isaac Ravetllat y Ruperto Pinochet han puesto acento en el carácter indeterminado, y a la vez abstracto, del concepto de interés superior del niño, niña o adolescente, señalando que este “principio tiene, en el Derecho

civil chileno, una composición necesariamente genérica, abierta y flexible, lo que permite su aplicación a las diversas situaciones jurídicas y sociales que se planteen como consecuencia de la variada realidad social que de antemano no puede ser prevista en su totalidad y a los cambios que vayan suscitándose con el devenir del tiempo.” (Ravetllat Ballesté & Pinochet Olave, 2015, pág. 930). Por otra parte, en cuanto al alcance de este principio, bien a dicho el profesor Ricardo Concha que este ha sido considerado por la doctrina como un principio general del derecho yendo incluso más allá de las relaciones familiares (Concha Machuca, 2012, pág. 241).

Esta flexibilidad y alcance a los que aluden los autores nos permite considerar que el problema no pasa por la no garantía del principio del interés superior del niño, niña o adolescente, sino que, más bien, el problema radica en la incorrecta o incompleta aplicación del mismo. Esto, puesto que, más allá de una falta de regulación, el asunto en cuestión es la actividad que desarrollan el Sename y los organismos acreditados a la hora de tomar decisiones sobre el destino de los menores, y es por tanto en ellos quienes recae la obligación de garantizar la mayor protección posible y un alto grado de precaución respecto a la idoneidad o no de los adoptantes.

Por estas mismas razones creemos que las normativas en relación con la adopción internacional de menores por parte de personas no residentes en Chile deben ser encausadas a la aplicación y ejercicio del principio del interés superior del niño, niña o adolescente como principio rector e integrador. Sirviendo como base para la adecuada protección mediante herramientas que impidan la desprotección de los menores, así, problemas como el idioma, la comunicación y el abandono en sí, deben ser el foco de atención por parte del Estado para así garantizar la seguridad de los niños, niñas y adolescentes en estos procesos de adopción.

### **c. El derecho a ser oídos**

Esta garantía está consagrada por el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, y en términos de este consiste en que aquel niño, niña o adolescente que esté en

condiciones de formarse un juicio propio tenga el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de la edad y madurez del niño, niña o adolescente. Más allá de la consagración de este principio en las distintas normas del ordenamiento nos importa este principio por la aplicación práctica sobre el problema que presentamos razón por la cual nos enfocaremos netamente en el asunto a resolver.

Un elemento esencial para que los menores puedan expresar libremente su opinión es entregarle las herramientas básicas conforme a las cuales pueda ejercer sus derechos plenamente. Así, cuando hablamos de adopción internacional de menores será importante no sólo conocer la opinión del niño respecto a la posibilidad de ser o no adoptado, sino que en caso de darse el proceso de adopción correspondiente será también necesario que aquel menor pueda ejercer su derecho a ser oído, en la medida de lo posible y en consideración a las características propias del menor (sea edad, madurez, capacidad cognitiva, etc.), primeramente será necesario que el menor pueda tener una comunicación estable con sus adoptantes, puesto que son estos últimos los primeros obligados en la garantía del menor, luego, para ejercer esta comunicación, será necesario que los interesados en el proceso de adopción tengan un cierto manejo del idioma mediante el cual se expresa el menor.

Esto a fin de posibilitar una acertada comunicación entre adoptantes y adoptados, algo esencial en una relación familiar. Seguidamente consideramos que, en cuanto al menor, será también importante entregarles, al menos, las herramientas básicas que le permitan comunicarse o solicitar protección a este nuevo hogar al que llegaría en la medida que el menor se encuentre en tales condiciones. De ahí la importancia de empoderar en tal sentido a los menores, de manera que, en caso de emergencia, estos puedan a lo menos solicitar la ayuda adecuada y a su vez es importante el rol que jueguen los organismos estatales en el seguimiento de dicho menor de manera que pueda constatar su cuidado y protección.

## **La cooperación jurídica internacional como pilar fundamental**

La cooperación jurídica internacional se ha definido como “la colaboración o asistencia legal mutua entre Estados, con el objeto de practicar las diligencias que sean necesarias en el desarrollo de un proceso que se ventila en el territorio de otro Estado.” (Villalta Vizcarra, 2017, pág. 102). Esta constituye un elemento primordial para la solución de controversias o la regulación de asuntos que vinculan a particulares que involucran a más de un Estado. De ahí, la importancia de referirnos a aquella.

Ya decíamos en el primer apartado, que la Convención sobre Derechos del niño, el Convenio de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993 o “Convenio de la Haya”, suscrito por Chile en 1999, se encarga de regular la cooperación jurídica internacional en materia de adopciones internacionales. Dicho Convenio señala, en su artículo 7, que serán las autoridades centrales de cada Estado las deben cooperar y promover la colaboración entre los distintos Estados. Así, nuevamente cobra suma importancia el rol que juega el Sename en los procesos de adopción internacional ya que es dicha institución, como lo hemos ya indicado, quien debe velar por la protección de los niños y alcanzar los objetivos del Convenio de la Haya, esto a tenor del artículo recién citado.

En el proyecto de ley que busca crear el Servicio de Protección de la Niñez se establece, en su artículo 24, que será este Servicio el que cumpla el rol de Autoridad Central para efectos del Convenio de la Haya de 1993. Mientras que, en el artículo 4 del proyecto se establece en los principios rectores el cumplimiento de los tratados internacionales vigentes, de manera que se refuerza nuevamente el cumplimiento tanto del Convenio de la Haya de 1993, como aquellos tratados como la Convención de Derechos del Niño. Sin embargo, no se contienen normas específicas sobre el problema que hemos presentado.

Actualmente, en la página web del Sename (Servicio Nacional de Menores, s.f.) se contiene una descripción del proceso que ellos realizan en materia de adopciones internacionales, sin embargo, dicha descripción sólo alcanza a un seguimiento pre-

adopción que concluye con finalización del proceso de adopción en tribunales. Es ahí donde entonces apuntamos nosotros, creemos que la labor de la autoridad central no puede concluir en aquel momento, sino que es necesario trabajar desde la prevención y el cuidado haciéndose un seguimiento post adopción que permita asegurar al Servicio el estado en que se encuentra el menor, esto al menos por un plazo razonable. Así como detectar tempranamente una vulneración a los mismos o un eventual quiebre que podría dejarlo en situación de abandono o semejante. Donde juega un rol importante la cooperación jurídica internacional que la autoridad central pueda ejercer para así facilitar las acciones en miras de la protección del menor cuando se encuentre ante otros Estados. Finalmente, sería interesante que para facilitar las gestiones de cooperación internacional en materia de adopciones sea requisito ser parte del Convenio de la Haya de 1993.

### **Propuestas de cambio**

En cuanto a los requisitos en los procesos de adopción internacional creemos que, en primer lugar, no se justifica el concepto de familia matrimonial exigido por nuestra legislación, de ahí que proponemos eliminar aquel requisito de las normas nacionales. Luego, respecto a la calificación de los adoptantes como física, mental, psicológica y moralmente aptos, creemos que es necesario poner garantía sobre la calificación misma y los canales que permitan la más adecuada comunicación posible entre adoptantes y adoptados. Asimismo, sobre estos último creemos que es necesario incorporar en el proceso, etapas que permitan a los adoptados tener las herramientas suficientes para comunicarse en el país al cual arribarán poniéndose especial atención en aquellos en la diferencia idiomática que pueda haber siendo esta consideración un requisito más que una simple recomendación.

Nuestra siguiente propuesta viene con el rol activo del Estado, es decir, que exista un seguimiento por parte de este que permita garantizar los derechos del menor fortaleciéndose los elementos o herramientas que puedan servir a la autoridad central para fomentar la cooperación internacional. Así, sería importante asegurar que los derechos de los menores puedan ser observados por la autoridad central más allá de las

etapas pre-adopción, como existe actualmente en la legislación. Se debe fortalecer el rol de la autoridad central para que ésta pueda dar ejecución a la cooperación jurídica internacional, asimismo, como se le debe exigir la vigilancia sobre el respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, más aún cuando se pueden vulnerar derechos como los que han sido enunciados en este trabajo en los procesos de adopción internacional.

### **Reflexiones finales**

Visto todo el desarrollo, creemos que correcto concluir que actualmente a nuestro juzgamiento no existen las garantías suficientes para la adecuada protección de los menores involucrados en procesos de adopción internacional. Para ello es que proponemos como *lege ferenda* la necesidad de reforzar las medidas en los procesos de adopción internacional en miras de la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Así, creemos que son 3 los elementos a fortalecer:

- a. Evolucionar en torno al concepto de familia de manera que se entregue igual trato a todo tipo de familia sin importar su forma de composición.
- b. El rol de los distintos sujetos involucrados en el proceso de adopción. Considerando aquí tanto el rol de los adoptantes como el que juega el Estado y sus organismos dependientes o colaboradores. Esencialmente, en cuanto a la autoridad central encargada de velar por el ejercicio de la cooperación jurídica internacional.
- c. Entregar herramientas que permitan a los niños, niñas y adolescentes ejercer sus derechos sin mayores inconvenientes. Así, la importancia de entregar los elementos básicos para que aquellos puedan comunicarse independiente de su contexto territorial e idiomático, dándose efectivo cumplimiento al derecho a ser oído. A la vez que se cuide supervigilar el Estado de aquellos menores independiente del lugar en que se encuentren, para lo que será necesario



entonces que la autoridad central pueda ejercer sus funciones y relacionarse adecuadamente con la de otros Estados.

## Referencias bibliográficas

- ASENJO CHEYRE, R., & VÁSQUEZ MONCAYO, M. G. (2017). *La Necesidad de Modificación al Sistema de Adopción Internacional en Chile*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Internacional, Santiago. Recuperado el 6 de Junio de 2019, de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/144505/La-necesidad-de-modificaci%C3%B3n-al-sistema-de-adopci%C3%B3n-internacional-en-Chile.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- CONCHA MACHUCA, R. (2012) “Investigación de la filiación: Principios que la inspiran y sus consecuencias en la legitimidad pasiva de la acción de reclamación de paternidad”, *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, 231-252.
- CORTÉS CAMUS, M. (2004). *La adopción internacional en Chile frente a la ley n° 19.620*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Civil, Santiago. Recuperado el 6 de Junio de 2019, de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107511/La%20adopci%C3%B3n%20internacional%20frente%20a%20la%20Ley%20N%C2%B0%2019.620.pdf;sequence=3>
- DEL PICÓ RUBIO, J. (2011) “Evolución y actualidad del concepto de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de las reformas del derecho matrimonial chileno”, *Revista Ius et Praxis*, 31-56. Recuperado el 9 de Junio de 2019, de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v17n1/art03.pdf>

- ESPEJO YAKSIC, N. (2017) “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental” En: F. Lathtop Gómez, & N. Espejo Yaksic, *Responsabilidad Parental* (págs. 33-52). Santiago: Thomson Reuters.
- LAMA GÁLVEZ, B. (2019) *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en familia*. Santiago: Legal Publishing.
- OLIVA GÓMEZ, E., & VILLA GUARDIOLA, V. J. (2014) “Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización”, *Justicia Juris*, 11-20. Recuperado el 9 de Junio de 2019, de <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a02.pdf>
- RAMOS PAZOS, R. (2007) *Derecho de Familia* (Vol. Tomo I). Santiago: Editorial Jurídica.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I., & PINOCHET OLAVE, R. (2015) “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, 902-934. Recuperado el 10 de Junio de 2019, de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v42n3/art07.pdf>
- TRONCOSO LARRONDE, H. (2017) *Derecho de Familia* (Décimosexta ed.). Santiago, Chile: Legal Publishing Chile.
- VILLALTA VIZCARRA, A. (2017) “Cooperación jurídica internacional en materia civil y penal”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 98-116.

#### *Normas citadas*

- Código Civil de Chile.
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

- Convenio de la Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993 o “Convenio de la Haya”.
- Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores de 1984.
- Declaración de Derechos del Niño de 1959.
- Ley N° 19.620, sobre adopción de menores.
- Ley N° 19.968, que crea los Juzgados de Familia.
- Proyecto de ley que busca crear el Servicio de Protección de la Niñez, ingresado por boletín 12027-07.
- Proyecto de ley que busca reformar el sistema de adopciones, ingresado por boletín 9119-18.

#### *Sitios web*

- Ahora Noticias. (30 de Mayo de 2018). La dramática historia de chilena que fue adoptada por europeos que luego la abandonaron en Italia. Chile. Obtenido de <https://www.ahoranoticias.cl/noticias/nacional/225812-la-dramatica-historia-de-chilena-que-fue-adoptada-por-europeos-que-luego-la-abandonaron-en-italia.html>
- La Tercera. (31 de Mayo de 2018). Niña chilena es destinada a hogar en Italia tras fracaso en adopción. Chile. Obtenido de <https://www.latercera.com/nacional/noticia/nina-chilena-destinada-hogar-italia-tras-fracaso-adopcion/188057/luego-la-abandonaron-en-italia.html>

- Radio Cooperativa. (31 de Mayo de 2018). Matrimonio italiano adoptó a niña chilena y luego la abandonó. Chile. Obtenido de <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/infancia/matrimonio-italiano-adopto-a-nina-chilena-y-luego-la-abandono/2018-05-31/175927.html>
  
- Servicio Nacional de Menores. (s.f.). *Sename*. Recuperado el 10 de Septiembre de 2019, de Adopción Internacional: <http://www.sename.cl/web/adopcion-internacional/>

# FARO NORMATIVO COSMOPOLITA Y CONSTITUCIONALIZACIÓN INTERNA EN EL DERECHO INTERNACIONAL. UNA MIRADA AL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* LATINOAMERICANO DESDE EL PLURALISMO DIALOGAL

Vicente Vicari Gana

## Introducción

Difícilmente pueda contradecirse la afirmación de que vivimos en una época de transformaciones. Esto se hace particularmente cierto en relación con el derecho, la comunidad y las relaciones internacionales (Habermas, 2015, 138). Muestra de ello es el diagnóstico efectuado por Jürgen Habermas en relación con que vivimos un momento de *transición* desde el derecho internacional hacia un *derecho cosmopolita* (Chernilo, 2007, p. 186; Núñez, 2018, p. 1134; Velasco, 2016a, p. 466).

En este estado de tránsito, el hecho de que las instituciones tradicionales estén desapareciendo y las nuevas no hayan terminado de emerger ha generado incertidumbre (Sánchez-Bayón, 2014, p. 1022). Los nuevos desafíos emergentes para la humanidad como la globalización, un sistema capitalista desenfrenado con sus “poderes salvajes” (Ferrajoli, 2016, p. 272), migraciones masivas, el vertiginoso cambio climático (Linares, 2011), han generado la necesidad de afrontarles a través de una gobernanza que va *más allá* de los Estados Nacionales (Habermas, 2015, p. 138). Este proceso de *apertura* – que ha socavado y deslegitimado el axioma de la *soberanía estatal* en tanto sustento de la ficción del Estado Nación como unidad jurídica todopoderosa e independiente – ha llevado al surgimiento de un orden mundial y una comunidad internacional *interdependiente* que deja atrás la constelación *nacional* y da paso a la que Habermas denomina *constelación postnacional* (Habermas, 2015, p. 1141; Velasco, 2016, p. 530).

En esta nueva constelación, ha crecido un modelo de *gobernanza global*, un sistema de gestión internacional de asuntos de interés público a través de entidades de naturaleza

híbrida, formales e informales que actúan en un sistema multinivel, regidas por un *dogma de eficiencia* que carece de legitimidad suficiente (Bogdandy, 2011, pp. 98-101). Así, la observación de Habermas (2015) en relación con el concepto de gobernanza global como “un término eufemístico para el carácter no democrático de la institucionalización de las relaciones internacionales de la que hemos sido testigos hasta ahora” (p. 142), trae como contrapartida otra observación: el *derecho* tiene un rol protagónico y todavía *pendiente* en el proceso de *legitimación democrática* de dicha estructura institucional (Bogdandy, 2011).

Un evento actualmente en desarrollo puede resultar ilustrativo del estado actual de la gobernanza global y de los desafíos a los que hoy nos enfrentamos. La selva amazónica, el bosque tropical más grande del planeta arde con una intensidad inédita y con repercusiones globales de alcance aún incierto. Por un lado, el presidente francés declara “nuestra casa está en llamas” y se instala en la agenda del G7 la necesidad de abordar el problema aprobándose un fondo financiero destinado a combatir los incendios (CNN, 2019; BBC, 2019). El origen de esta ayuda internacional constituye un dato relevante, proviene de un foro de negociación y cooperación *informal* en que participan los países más poderosos del mundo, cuya sola agrupación en una entidad de esa naturaleza resulta ser síntoma, siguiendo a Habermas (2015), de una sobrecarga de las instituciones existentes para afrontar los retos globales. Por otro lado, el presidente de Brasil acusa de colonialista la discusión de los temas amazónicos sin la participación de los países de la región y se escuda en la sacrosanta soberanía estatal para rechazar los fondos internacionales (República, 2019).

Así, ante una catástrofe que a todas luces requiere de esfuerzos internacionales para ser afrontada, la soberanía estatal de base *ius privatista* y voluntarista opera en este caso como un escudo de (des)protección. A pesar de ello, incluso podrían resultar naturales las sospechas de un ferviente activista medioambiental en relación con las verdaderas intenciones de los países del G7 y su voluntario aporte financiero. Todo se confunde aún más con una disputa de índole personal entre el presidente francés y el presidente brasileño, incluso con descalificaciones hacia la primera dama francesa (Goyzueta, 2019). Con este lamentable panorama, se tornan difusas las líneas divisorias entre la gestión de

asuntos de interés público para la humanidad, y los enconos personales de ciertos mandatarios de turno. Independientemente del desenlace de este episodio, el vacío normativo es evidente, aunque en términos estrictos, siguiendo a Ferrajoli (2005), no se trata de “una ausencia de derecho, a todas luces imposible, sino de un vacío de derecho público” (p. 42). Urge un marco jurídico definido y legitimado democráticamente capaz de encausar la gestión de ésta y otra clase de amenazas.

Con relación a este complejo escenario, la *constitucionalización* del derecho internacional ha sido presentada como un camino adecuado para avanzar en el desarrollo de un *marco jurídico legítimo* que regule las complejas estructuras de la gobernanza global y la gestión de los nuevos desafíos desde la esfera internacional (Azócar, 2008; Habermas, 2015; Peters, 2015). Con todo, hablar de constitucionalización del derecho internacional puede generar expectativas peligrosamente altas, existen importantes críticas en contra de este enfoque (Peters, 2015). Algunas advierten los riesgos de avanzar hacia un gobierno global y tecnocrático desentendido de las demandas de legitimidad democrática, o también que su concreción puede ser genuinamente anti-pluralista desde el punto de vista cultural, y por tanto tener una naturaleza hegemónica (Peters, 2015; Bogdandy, 2011).

En atención a estos aspectos, en este trabajo se buscará proponer un modo específico de abordar una posible constitucionalización del derecho internacional, esta es, su *constitucionalización interna* guiada por el *faro normativo* del proyecto cosmopolita, para luego revisar desde una perspectiva crítica y *constructiva* algunos aspectos de la dinámica de constitucionalización interna de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“la Corte”, “Corte Interamericana”) estrechamente relacionada con el surgimiento de un *lus Constitutionale Commune* en la región, y plantear sobre la base de aquello, algunas reflexiones de cara a las demandas de legitimidad que surgen en relación a su labor. Se busca en última instancia convencer al lector de considerar la vía de la constitucionalización interna *guiada* por el faro normativo cosmopolita, como funcional al avance hacia un *horizonte de derecho verdaderamente cosmopolita*.

El trabajo se estructurará de la siguiente forma: primero, se hará una breve

contextualización para poder hablar de constitucionalización en el derecho internacional; segundo, se explorará en la renovación del proyecto cosmopolita kantiano efectuada por Jürgen Habermas; tercero, se revisará la propuesta eminentemente jurídica de Armin Von Bogdandy y su relación con la constitucionalización interna del derecho internacional entendido éste como nuevo derecho público; cuarto, se abordará el caso regional desde la perspectiva del trabajo de la Corte Interamericana y su constitucionalización interna; y en último lugar, se harán unas breves reflexiones finales.

### **El punto de partida para hablar de constitucionalización en el derecho internacional**

El constitucionalismo, es un programa jurídico y político *sustancial* – no solo formal –, que promueve la *orientación* del derecho hacia el derecho constitucional – y no solo a un documento que pueda ser llamado ‘constitución’ –, es decir a determinados *contenidos* y *principios* considerados fundamentales (Peters, 2014, p. 248). Como paradigma, el constitucionalismo se caracteriza según Brunkhorst por la *limitación del poder* (Núñez, 2018, p. 1147), y si bien su desarrollo ha acontecido predominantemente bajo la realidad de los Estados-Nacionales, su *esencia* o los mayores logros del Estado Constitucional – esto es, contener exitosamente el despotismo (Habermas, 2015, p. 138) – puede ser *trasplantada* a la escena internacional – no sin ajustes previos – (Gutiérrez, 2010), con el objeto de *domesticar* y *juridificar* las relaciones en un escenario que, visto desde la filosofía política contractualista, nace como una “sociedad salvaje, aún en estado de naturaleza” (Ferrajoli, 1998, p. 174).

El punto de inflexión para comenzar a hablar de constitucionalización del derecho internacional se sitúa tras los horrores de la segunda guerra mundial, cuando *literalmente* estalla el orden westfaliano de las relaciones internacionales (Lobo, 2010). En aquel momento, las mayorías nacionales con antecedentes democráticos intachables dieron pie a regímenes fascistas y totalitarios que ejercieron el *poder público ilimitado* del Estado – domésticamente en contra de minorías y externamente en contra de otros Estados Nacionales –, develando así el *germen absolutista* inherente a la formación del Estado Moderno y las relaciones internacionales surgidas con la Paz de Westfalia (Lobo, 2018, p.



87). La esencia de dicho germen, la carencia de límites sustanciales al poder, es justamente contraria a la del constitucionalismo. Así, el desarrollo de *límites formales* al interior de las comunidades nacionales, como la democracia de las mayorías, no resultó suficiente para extirpar los riesgos de la presencia de este germen, riesgos que desde el punto de vista externo eran connaturales a las relaciones internacionales en tanto éstas se basaban en el derecho a la guerra o *ius ad bellum*, el que, siguiendo a Habermas (1997), difícilmente podría ser considerado como derecho en términos estrictos, puesto que resultó ser expresión del libre arbitrio de los Estados en un estado *alegal* de relaciones entre ellos (p. 63).

Pues bien, con la llegada de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), caracterizada por Lobo (2011) como una cicatriz con significancia moral y aleccionadora en el propio rostro de la humanidad, y por Ferrajoli (1998) como una *constitución embrionaria* internacional, los *derechos humanos* pasaron a erigirse como un *límite sustancial* al poder público estatal. Surge así el derecho internacional de los derechos humanos como subsistema jurídico que acoge dicho núcleo constituyente de respeto de la dignidad humana, se genera un progresivo compromiso convencional de los Estados para su resguardo, nacen estructuras jurisdiccionales de carácter internacional encargadas de hacer efectivo dicho compromiso (Nash, 2005), y se genera la irradiación de una nueva cultura jurídica centrada en los derechos humanos en una doble dirección, desde el derecho internacional hacia los ordenamientos internos y viceversa (Herrera, 2014).

Con todo, como señala Peters (2015), la aceptación formal de tratados universales consagrando valores constitucionales no representa el fin, sino más bien el *comienzo* de la *constitucionalización* del derecho internacional (p. 121). Este proceso actualmente en marcha debe atender a las características particulares de la *comunidad internacional*. Como todo trasplante, el constitucionalismo en el derecho internacional requiere de importantes adaptaciones. Una de las más importantes, está justamente en comprender las distintas legitimidades democráticas que pueden llegar a alcanzar estructuras supranacionales en contraste con estructuras locales como las que ya existen en los Estados Nacionales (Habermas, 2005, p. 115).

Ahora, el punto de partida ya no es *solo* el Estado, se suma la *persona humana* y su subjetividad jurídica, capaz de dotar de legitimidad la estructura estatal y también la internacional. Una propuesta particularmente sensible con este último aspecto, consciente de la necesidad de contar con estructuras internacionales legítimas, y partidaria de una constitucionalización del derecho internacional, será revisada a continuación.

### **El faro normativo del cosmopolitismo kantiano y su renovación habermasiana para el siglo XXI**

Ya advirtiendo la contradicción basal en el desarrollo del Estado Moderno – la *negación* del estado de naturaleza hacia adentro y su *afirmación* hacia afuera (Ferrajoli, 1998, p. 175) –, Immanuel Kant hizo hace más de 200 años atrás rescate de la vieja tradición *cosmopolita* inaugurada con la filosofía estoica y que propone la igualdad fundamental de las personas (Chernilo, 2007, p. 178; Velasco, 2016a, p. 455) para efectuar una gran *innovación*, vincularla al proyecto de un *nuevo orden jurídico universal* capaz de regular las relaciones internacionales *salvajes* a través del derecho (Chernilo, 2007, pp. 181-182). La propuesta kantiana introduce la noción de un *derecho de la humanidad* propiamente cosmopolita cuyo núcleo se encuentra en el *principio de la hospitalidad*, referido al trato que debe recibir el forastero en tanto individuo que hace evidente la condición humana de diversidad cultural, que uniría a todas las personas a través de un mínimo común denominador humano obligando a tratar al forastero como *uno de los nuestros* (Chernilo y Mascareño, 2005).

Como muestra Chernilo (2007), esta aproximación jurídica resulta ser una *consecuencia normativa* de la filosofía moral universalista de Kant, sin embargo, éste no logra deshacerse por completo de la *carga metafísica* plasmada en la idea providencial de una naturaleza humana conocida e inmutable (p. 185). Por otro lado, en términos prácticos, su propuesta institucional de juridificación de las relaciones internacionales con forma de una *república mundial* que luego es adaptada a una *federación voluntaria de Estados* no deja de basarse en algunos conceptos errados, como la obligación de pensar en una

constitución para el plano internacional asimilándola a una constitución de un Estado, lo que según Habermas (2005) termina por dejarlo en un callejón sin salida (pp. 108).

Con todo, el principal valor de la propuesta de Kant está en depositar en el derecho y la *juridificación* de las relaciones internacionales la confianza para alcanzar una situación cosmopolita, anticipando como refiere Habermas (2005), la idea contemporánea de constitucionalización de las relaciones internacionales (p. 107). El cosmopolitismo kantiano constituye así un verdadero *faro normativo* para cualquier proyecto actual de regulación jurídica del escenario internacional, que ponga atención a las demandas de legitimidad, y que tome como punto de partida al individuo humano, sin que esto signifique excluir a los Estados.

En pleno siglo XXI, su renovación es posible encontrarla en el pensamiento de Habermas (Chernilo, 2007, p. 185; Habermas, 1997; Bogdandy, 2011, p. 439) quién pretende situarse explícitamente en la dirección de una *prosecución del proyecto kantiano* apoyando el tránsito desde un derecho internacional centrado en los Estados Nacionales hacia un *derecho cosmopolita*, que incluya además de éstos y en *primer lugar* a los seres humanos, tanto en su calidad de ciudadanos de un determinado Estado, como en su calidad de ciudadanos del mundo y de un régimen institucional cosmopolita (Núñez, 2011, p. 1148; Velasco, 2016a, p. 462). Habermas es así deudor de la idea kantiana de una constitución cosmopolita (Velasco, 2016a, p. 463) y actualmente se muestra partidario de una constitucionalización del derecho internacional (Velasco, 2016, p. 541). Recientemente Núñez (2018), a través de una reconstrucción argumentativa del cosmopolitismo habermasiano, ha llegado a calificarlo como un *constitucionalismo cosmopolita*.

Su propuesta toma nota y resulta ser particularmente sensible a las condiciones reales del mundo contemporáneo, considerando así ciertas *tendencias favorables* al tránsito hacia una situación cosmopolita, las que siguiendo la sistematización efectuada por Núñez (2018) pueden observarse tanto en *elementos normativos*, como la existencia de características constitucionales en la Carta de las Naciones Unidas, la pérdida del

monopolio interpretativo de Occidente o la creación de órganos jurisdiccionales internacionales para el resguardo de los derechos humanos, así como también en *elementos fácticos*, entre ellos la existencia de desafíos globales que requieren de respuestas globales y la interdependencia entre Estados para lograr la garantía de los derechos (p. 1134-1135). Estos elementos darían cuenta de que el constitucionalismo cosmopolita resulta igualmente *necesario* como *posible* (Núñez, 2018, p. 1151)

Siguiendo a Chernilo (2007), la renovación habermasiana del proyecto kantiano es llevada a cabo, por un lado, a través del reverdecimiento de la filosofía universalista que sirve de base al proyecto cosmopolita de Kant, y de otro, a través de una reformulación contemporánea de su propuesta institucional (p. 186).

En cuanto a lo primero, Habermas con su noción de *razón comunicativa* anclada *discursivamente* logra superar – en gran medida – los lazos metafísicos kantianos (Chernilo, 2007, p. 185). Esto repercute en que, no obstante coincidir con Kant en la importancia que éste entrega al derecho de la humanidad, cuyo equivalente contemporáneo según Habermas son los *derechos humanos* (Chernilo y Mascareño, 2005), lo lleva a entender que éstos, si bien comparten con las máximas morales una validez universal, aspiran también a contar con validez jurídica y ser considerados derecho positivo (Chernilo, 2007, p. 186; Habermas, 1997, p. 82), pudiendo por tanto ser impuestos como consecuencia de un proceso de origen democrático (Núñez, 2018, 1137). Se trata por tanto de un cosmopolitismo que solo puede acreditarse *desde adentro* y que debe dar cuenta argumentativamente de la pertinencia y plausibilidad de su propia pretensión normativa (Chernilo, 2007, p. 185).

En cuanto a lo segundo, si bien Habermas destaca el descarte que Kant efectúa en un determinado momento de la idea de una república mundial – por el riesgo despótico de generar un *leviatán hobbesiano global* capaz de anteponer la seguridad, a la libertad de las personas –, también advierte un vínculo normativo demasiado débil en la federación voluntaria de Estados, no obstante reconocer que dicha opción constituye un avance normativo en tanto permitiría proteger la *especificidad de formas particulares de vida*

*colectiva*, sin disolver las comunidades socio-políticas realmente existentes (Chernilo, 2007, pp. 187-189).

En concreto, Habermas (2005) opta por un sistema institucional y jurídico *multinivel* (p. 111), que busca la *superación* de la lógica westfaliana estado-céntrica y no su *supresión* (Velasco, 2016, p. 531), y es que entiende que en la tradición liberal “la constitución no tiene la función de constituir una autoridad política de la nada, sino únicamente delimitar los poderes existentes” (Habermas, 2005, p. 108). Si bien busca evitar los problemas que vienen aparejados con la “etiqueta unificadora del gobierno mundial” (Habermas, 2005, p.111), su idea es lograr articular una *política mundial sin un gobierno mundial*, rompiendo así con la analogía entre constitución política nacional y mundial (Velasco, 2016, pp. 536-537). Considera que la legitimidad y efectividad de una institucionalidad cosmopolita depende del soporte efectivo de marcos jurídicos anclados en distintos niveles (Chernilo, 2007, p. 191), cuyas instituciones ejerzan una autoridad pública en consonancia con sus respectivos recursos de legitimidad (Bogdandy, 2011, p. 440), los que, si bien son generados con fuente propia en cada nivel, no logran hacerlo de manera autosuficiente, requiriendo por tanto de *complementariedad* entre ellos y conexión a través de distintas *cadena de legitimación* compartidas (Núñez, 208, pp. 1152; Velasco, 2016, p. 542).

¿Cuáles son esos niveles?, ¿qué legitimidad y labores les correspondería? Al respecto, Habermas (2005) se refiere a “tres escenarios y tres tipos de actores colectivos” (p. 111). Primero, la escena *supranacional* con una *organización mundial* que actúe en campos bien definidos, el aseguramiento de la paz y los derechos humanos (p. 112), campos que por gozar de una amplia legitimidad (Bogdandy, 2011, p. 440) debiesen ser conducidos a través de una toma de decisiones conforme procedimientos eminentemente jurídicos (Velasco, 2016, p. 541). En este sentido, ve una reforma pendiente a la ONU (Habermas, 2005, p. 112) en la dirección de su cosmopolitización y democratización, conformándose en una comunidad tanto de Estados como de ciudadanos cosmopolitas (Velasco, 2016, p. 537). Como dicha organización no adopta un carácter estatal, seguirá dependiendo de que aquellos que detentan el monopolio de la fuerza – los Estados – se subordinen a sus decisiones (Núñez, 2018, p. 1140).

Esto último no es algo descabellado, Habermas (2015) observa que está ocurriendo actualmente a nivel regional con la Unión Europea cuando las cortes constitucionales dan prioridad al derecho europeo por sobre el nacional, y lo denomina como un “desplazamiento en los pesos relativos” de los componentes que constituyen al derecho moderno, de un lado la *exigibilidad*, asociada tradicionalmente al monopolio estatal del uso de la fuerza, y de otro, el reconocimiento de su *legitimidad* u obediencia (p. 139). Este *desplazamiento del peso* pareciera desmitificar que el reconocimiento de la legitimidad de un sistema jurídico y su obediencia, dependen del monopolio coercitivo del Estado.

Un segundo nivel estaría en la escena *transnacional*, hoy ocupada por organizaciones internacionales que debiesen idealmente evolucionar hacia *regímenes continentales o regionales* capaces de abordar los problemas de *política interna mundial*, entre ellos, temas energéticos o medioambientales, esto en adición a los esfuerzos actuales de *coordinación* – no esencialmente política – en torno a problemas *técnicos* como los riesgos transfronterizos (Habermas, 2005, p.111-112). En esta plataforma de intermediación entre el primer y tercer nivel, la legitimidad vendría de la mano de ejercicios de política y negociación entre distintos actores, desde donde emane de verdad el *poder comunicativo* (Núñez, 2018, p. 1140; Velasco, 2016, p. 541).

En tercer lugar, estaría el nivel *nacional* de los *Estados*, los que tendrían que ocuparse de cuestiones de *política interior* vinculadas a la solución de los niveles de desigualdad social, que serían aquellos ámbitos donde los Estados manejan mayores márgenes de actuación e implementación (Núñez, 2018, p. 1141), debiendo éstos responder a una legitimidad que sería entera y exigentemente democrática (Velasco, 2016, p. 541). Éste sería así el nivel más importante de legitimación de una sociedad mundial constitucionalizada, ya que sus mayores niveles de legitimidad democrática podrían ser transmitidos a través de cadenas de legitimación *activadas* debido a una *interacción complementaria* con los otros niveles.

Es más que evidente la preocupación de Habermas en relación con los requerimientos de

*legitimidad democrática* necesarios para la regulación de un sistema cosmopolita, la importancia preponderante que en este sentido adquiere el nivel nacional como el más exigido democráticamente es muestra de ello. Dado que resulta medular en su pensamiento la noción de democracia, directamente relacionada con la autodeterminación de los pueblos y la existencia de mecanismos de control participativos (Núñez, 2018, p. 1141; Velasco, 2016, p. 540), reconoce que actualmente, en razón del inevitable quebranto de la participación ciudadana en relación a los niveles superiores en pos de una gestión eficiente, se generan déficits de legitimidad, los que conceptualiza como *agujeros de legitimidad* (Velasco, 2016, p. 539-540).

Tras constatar que no está en el horizonte la pronta superación de esa carencia, descarta la factibilidad actual de una democracia planetaria en sentido estricto (Velasco, 2016, p. 540). Como señala Velasco (2016), esto no implica para Habermas renunciar a la introducción de canales participativos y deliberativos en el ámbito global que *induzcan* a la progresiva emergencia de un *sentimiento de pertenencia* a una ciudadanía común, uno de los puntos prioritarios sería así, afrontar la *despolitización* y evitar las formas tecnocráticas o elitistas de gobierno, para lo cual resulta necesario generar nuevas formas de autocontrol democrático (p. 540-541).

Siguiendo a Peters (2015), el constitucionalismo constituye una *alternativa jurídica* que por un lado *moraliza* y por otro *empodera la política* en el escenario internacional (p. 133). Esto último dice relación con que el constitucionalismo puede permitir la *legalización* de problemas políticos y la *politización* del derecho, en tanto opere de un modo opuesto a su entendimiento jerárquico de clausura del debate, y permita por el contrario nutrirlo desde distintas perspectivas, desarrollando en vez de un potencial crítico obstructivo, uno *constructivo* (Peters, 2015, p. 132-135). Esta conexión con la política contribuiría así a evitar un desacople del derecho en relación con cadenas políticas de legitimación y también los riesgos de la tecnocracia o el elitismo.

En relación a su efecto moralizador, Habermas apunta a una autocomprensión jurídico-moral traducida en el marco normativo a la idea de derechos humanos (Núñez, 2018, p.

1146) cuyos graves incumplimientos despiertan la misma *indignación moral* a lo largo del mundo formando una *comunidad de ciudadanos cosmopolitas*, que como agentes de la *comunidad internacional* (Bogdandy, 2011, p. 444) sientan sus lazos, no sobre el interés político de autoafirmación de una determinada comunidad política de identidad local – como sucedería al interior de los Estados –, sino que sobre un *sentimiento de pertenencia común* basado en lazos de *solidaridad transnacional* (Núñez, 2018, p. 1145-1146). La constitucionalización del escenario internacional sobre la base de los derechos humanos como principios jurídicos podría contribuir entonces desde el derecho a generar dicho sentimiento de pertenencia.

Martti Koskenniemi ha advertido los riesgos de una constitucionalización de naturaleza hegemónica (Bogdandy, 2011, p. 443), sin embargo, también ve virtudes en un constitucionalismo de *enfoque universalizante* que permita con una *mentalidad constitucionalista* coherente con el proyecto kantiano (Lobo, 2018, p. 102), lograr a través de un *vocabulario constitucional* “transformar el sufrimiento individual en un objetivo ilícito que no solo concierna a la víctima sino a todos [...]” (Peters, 2015, p.134). En ese sentido tendría que entenderse la necesidad que refiere de “dar mayor poder a aquellos grupos privados de sus derechos que se encuentran en su mayor parte fuera de las instituciones internacionales” (Bogdandy, 2011, p. 411). Justamente una constitucionalización que se inserta en esta última línea buscará ponerse de relieve más adelante en relación con el surgimiento de un *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*. Antes de ello, se explorará la esclarecedora propuesta, que, en relación con distintos aspectos tratados hasta aquí, aporta la mirada eminentemente jurídica de Armin Von Bogdandy.

### **La constitucionalización interna en el derecho internacional como parte de un enfoque de derecho público**

Como parte de una amplia propuesta a través de la cual busca desarrollar la idea del derecho internacional como un derecho verdaderamente *público* o como un *nuevo derecho público*, y, lograr así aproximarse *jurídicamente* al fenómeno de la gobernanza global, Bogdandy (2011), contempla una específica forma de abordar la



constitucionalización en el derecho internacional, esta es, una *constitucionalización interna* que se base en el documento constitutivo de cada institución internacional con el objeto de permitirle desarrollar instrumentos, procedimientos y limitaciones jurídicas de sus actividades en relación con las especificidades del régimen en que se inserta (p. 114). Se trata de una estrategia de constitucionalización que debe ser llevada a cabo con *sensibilidad constitucional*, en el sentido de que debe nutrirse del constitucionalismo desarrollado dentro de los Estados, en donde se ha subrayado la importancia de principios como la *libertad individual* o la *autodeterminación colectiva*, pero sin que ello implique incurrir en analogías simplistas con el derecho interno (Bogdandy, 2011, p. 113).

Es importante señalar que este autor no es partidario de una reconstrucción general del derecho internacional a la luz del constitucionalismo (Bogdandy, 2011, p. 424), si bien comparte con el enfoque constitucionalista la preocupación respecto a ciertos *principios fundamentales*, se muestra alejado del entendimiento que sugiere una jerarquización del orden internacional o la búsqueda de su cierre a través de razones últimas que a su juicio son inalcanzables (Bogdandy, Goldmann y Venzke, 2017, p. 129). Más bien, esta estrategia de constitucionalización forma parte de lo que denomina *enfoques internos* al derecho, así, su propuesta se nutre también de las perspectivas del derecho administrativo global y del derecho institucional internacional (Bogdandy, 2011, p. 112). La relevancia de estos enfoques internos está en que permiten a los juristas participar en la construcción de un marco normativo que posibilite la formulación de juicios de legalidad sintonizados con las demandas de legitimidad. Veamos esto de mejor manera.

Lo que en última instancia busca Bogdandy (2011), es evitar un régimen de gobernanza global tecnocrático y unidimensional bajo el principio de la eficiencia y un funcionalismo a ciegas que afecte los derechos de las personas sin que exista como contrapartida, una regulación jurídica capaz de *constituir y limitar* el poder de las estructuras de gobernanza global por medio de un derecho que opere como *canalizador* de las demandas de *legitimidad* – de la gestión de asuntos públicos en el campo internacional – a través de argumentos de *legalidad* (p. 102-103). El logro de una *sintonía* entre legitimidad y legalidad, podría permitir entonces que en aquellos casos en que existan dudas

importantes acerca de la legitimidad de algunos actos de gestión pública internacional – como por ejemplo sucede con las listas de presuntos terroristas elaboradas por el Consejo de Seguridad de la ONU – puedan estos actos ser envueltos en un marco de derecho que posibilite la traducción en términos jurídicos de las dudas de legitimidad, y por tanto se pueda considerar así su legalidad o ilegalidad (Bogdandy, 2007, pp. 101-102, 111, 305).

Para lograr esto, Bogdandy (2011) efectúa una innovación conceptual con el objeto de concebir teóricamente la autoridad pública más allá de su desarrollo tradicional referente al poder público estatal y adaptarla al escenario internacional contemporáneo (p.103). Promueve de este modo, un enfoque de derecho público que envuelva los *ejercicios de autoridad pública internacional* desde una perspectiva amplia en relación a aquellos actos que requieren de justificación normativa por afectar el derecho a la libertad personal y la autodeterminación colectiva (Bogdandy y Venzke, 2012, p. 100).

En este orden de ideas, concibe la *autoridad* como la capacidad legal de determinar a otros y de reducir sus libertades, esto es, configurar unilateralmente su situación jurídica o de facto, y, el *ejercicio* de autoridad, como la materialización de esa capacidad de determinar a otro, ya sea a través de un acto jurídicamente vinculante, o a través de un acto que, sin serlo, determine unilateralmente a otro *condicionándolo* a través de una presión cuya intensidad sola pueda ser resistida con dificultad (Bogdandy, 2011, p. 103-104; Bogdandy, 2014, p. 73). De otro lado, lo *público* e *internacional* se vincula en su propuesta con que el ejercicio de autoridad se efectúe sobre la base de una competencia atribuida por un acto internacional común adoptado por autoridades públicas – como Estados o comunidades supranacionales –, y que persiga un objetivo definido por estas mismas autoridades como de interés público (Bogdandy, 2011, pp. 105-106).

Con la ampliación del concepto de autoridad esta propuesta permite abarcar también actos de *soft law* o de estándares no estrictamente vinculantes como pueden llegar a serlo, por ejemplo, los instrumentos de evaluación de política económica nacional del Banco Mundial, dentro de los cuáles se destaca el informe *Doing Business* – un ranking de países efectuado en relación a variables que facilitarían la actividad empresarial –, y a

partir de cuyos criticados cambios metodológicos la clasificación de Chile aumento “durante el gobierno conservador de Piñera y después se redujo considerablemente durante el posterior gobierno de izquierda de Bachelet” (Bogdandy y Ebert, 2018, pp. 378-379). En esta propuesta, contempla tanto entidades formales como las instituciones internacionales con personalidad jurídica, así como también las informales sin personalidad jurídica pero que ejercen autoridad pública (pp. 106-107), como por ejemplo el G7. La idea es que cualquier acto de gestión pública, ya sea administrativa o intergubernamental, que realicen instituciones internacionales debe ser considerado como un ejercicio de autoridad pública *si* afecta a individuos, asociaciones privadas o empresas, Estados u otras instituciones públicas (Bogdandy, 2011, p. 97).

Si en la constelación postnacional la preocupación habermasiana de legitimidad pone en un lugar central la interacción y complementariedad entre los distintos ordenamientos y niveles de un orden cosmopolita, la traducción que es posible hallar de esto en la propuesta de Bogdandy (2014), dice relación con que un problema de legitimidad de una autoridad pública se transmite y afecta también la legitimidad de las decisiones de otras autoridades públicas en distintos niveles. Sobre esa base, adquieren gran relevancia los *principios jurídicos* que pueden cumplir un rol especial en la tarea de otorgar legitimidad a las decisiones de las autoridades públicas, entre ellos, la protección de los derechos humanos, el Estado de derecho o la democracia (Bogdandy, 2014, p. 66).

Estos principios, anclados en distintos ordenamientos, entregan según Bogdandy (2014) la posibilidad de crear *puntos de referencia* para *discursos comunes* que logren *legitimar* y respaldar los ejercicios de autoridad pública de un modo interactivo y multinivel (p. 66). La práctica de un discurso jurídico desde distintos niveles a través de estos principios resultaría así deseable dado su potencial *constructivo* (Bogdandy, 2014). Sin embargo, surge una interrogante práctica – y no solo teórica – respecto a qué ordenamiento jurídico en específico ha de servir de base para un entendimiento generalizado de estos principios, puesto que, si bien son principios compartidos que encuentran arraigados en distintos ordenamientos y niveles, el hecho de que su contenido específico sea variable puede generar conflictos a raíz de una interacción sobre la base de entendimientos

divergentes de ellos (Bogdandy, 2014, p. 66, 104). Tienen también entonces, un potencial *conflictivo*.

Las reflexiones que buscan dar respuesta a este problema práctico se encuentran cautivas según Bogdandy (2014), de las teorías del *monismo* y el *dualismo*, que habiendo sido desarrolladas hace más de 100 años ya no estarían en capacidad de proponer soluciones plausibles para este tipo de interrogantes contemporáneas (pp. 106-107), las considera así, unos *zombis* intelectuales (Bogdandy, 2011, p. 288). Por un lado, el dualismo, que parte de la premisa de que las normas internacionales y las normas nacionales regulan materias distintas, se encuentra desconectado de la realidad, en que muchas normas internacionales regulan cuestiones internas que también son objeto de regulación por normas nacionales (Bogdandy, 2014a, p. 18). Por otro lado, el monismo con su noción de un orden piramidal de las normas, tanto en su vertiente que aboga por la primacía del derecho internacional, como en aquella que da prevalencia al derecho interno, no resulta compatible con una experiencia plural y diversa de los distintos entendimientos normativos y con ello de los principios jurídicos en cuestión (Acosta, 2016, p. 19; Bogdandy, 2011, p. 289).

Ante esta situación, la respuesta que ofrece Bogdandy (2011) es la del *pluralismo jurídico*, en tanto concepto que no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos como la del dualismo, sino que por el contrario promueve una *interacción* entre ordenamientos jurídicos diversos, lo que, desde el punto de vista constitucional, conlleva el hecho de que ninguna Constitución constituiría ahora un universo en sí mismo, sino que más bien formaría parte de un *pluriverso* normativo (p. 289). Lo común a las perspectivas pluralistas, es que *rechazan* el *paradigma de la jerarquía* como mecanismo que defina la relación entre ordenamientos distintos (Bogdandy, 2014a, p. 20). Estas perspectivas se dividen en dos campos, por un lado, las del *pluralismo radical*, que entienden que los conflictos derivados de la interacción son “de poder y por ende difícilmente pueden ser abordados desde la lógica jurídica”, y por otro lado, las del *pluralismo dialogal*, que parten “desde un punto de vista diametralmente opuesto: la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones usualmente desarrollan relaciones jurídicas estables a

pesar de su independencia normativa”, lo que implica que los conflictos fundamentales son la *excepción*, y que la *regla* más bien consiste en un trabajo conjunto y fructífero (Bogdandy, 2014, p. 109).

Al inclinarse por la regla y no por la excepción, Bogdandy (2014) toma un camino en que, estrechar vínculos entre los distintos discursos normativos en relación a los principios jurídicos que son capaces de dotar de legitimidad los ejercicios de autoridad en el escenario postnacional, resulta “tan *probable* como *necesario*”, para lo cual señala, sería “útil identificar la esencia común de estos principios”, dentro de los cuáles considera la protección del *núcleo esencial* de los *derechos humanos* (p. 110).

Según lo expuesto hasta aquí, la constitucionalización interna – basada en el documento constitutivo de cada institución internacional para permitirle el desarrollo de instrumentos, procedimientos y limitaciones jurídicas de sus actividades –, siempre considerada como *parte de una estrategia más amplia*, debiese orientarse hacia ciertos principios jurídicos que permitan a las instituciones internacionales justificar normativamente a sus ejercicios de autoridad. Esa búsqueda puede ganar en legitimidad y cooperar con la construcción de discursos jurídicos comunes, si es que es efectuada desde la óptica de un pluralismo dialógico.

En lo que viene, se intentará hacer referencia desde una perspectiva crítica, pero constructiva a un proceso de este tipo en el espacio jurídico latinoamericano, un proceso que, si bien ha tenido resultados notables, se enfrenta actualmente a importantes desafíos.

### **Constitucionalización interna de la Corte Interamericana: *Ius Constitutionale Commune* Latinoamericano y desafíos a la luz del pluralismo dialógico**

En su calidad de *tribunal internacional*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una *institución internacional* cuya labor, efectuada a partir de la base de la Convención Americana de Derechos Humanos (“CADH”) considerada como su *documento constitutivo*,

se traduce en importantes *ejercicios de autoridad pública internacional* que toman forma a través de su función jurisdiccional contenciosa, y a través de su jurisprudencia consultiva, en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (“SIDH”).

Sin perjuicio de la incidencia que su jurisprudencia pueda tener hacia afueras del SIDH (Burguorgue y Montoya, 2013), su impacto en el *espacio jurídico latinoamericano* (Urueña, 2018) en relación con los Estados, los ordenamientos constitucionales domésticos, y sobre todo, en relación a los individuos, ha sido particularmente fuerte, dando impulso a lo que Bogdandy (2015) y otros autores latinoamericanos han concebido como un *Ius Constitutionale Commune*, estrechamente vinculado a un *constitucionalismo transformador* de raíces regionales que busca un cambio en la realidad política y social latinoamericana a través de la construcción de un marco jurídico que permita la realización de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos (Bogdandy, Ferrer, Morales, Piovesan y Soley, 2017).

Este *Ius Constitutionale Commune* se ha generado sobre la base de *discursos jurídicos convergentes* en relación al *núcleo esencial de protección de los derechos humanos*, discursos que si bien cuentan con anclaje universal, han sido desarrollados desde una *perspectiva latinoamericana* (Bogdandy, 2015), destacándose así importantes avances en materia de lucha contra la impunidad a través de la prohibición de amnistías (Morales, 2016), en relación a los derechos de grupos vulnerables como niños y mujeres (García, 2017 p. 100), así como también en relación al reconocimiento de los derechos de grupos tradicionalmente discriminados y excluidos de la institucionalidad como los pueblos indígenas (Aguilar, 2010) y las personas migrantes (Bogdandy 2015). Su impacto no solo ha sido jurídico, también ha generado un lenguaje común que antes no existía para nutrir los debates políticos y públicos en torno a temas conflictivos en Latinoamérica (Bogdandy, 2015).

Hay que entender que este derecho común surge como parte de un proceso de *apertura* de los Estados latinoamericanos al derecho internacional, con especial sensibilidad al derecho internacional de los derechos humanos, por ello, siguiendo a Morales (2014), es

que el constitucionalismo en el SIDH y la internacionalización de las constituciones en la región ha sido denominada como *humanización*, emergiendo a la inversa que en Europa, en donde el punto de partida o *convergencia* estuvo en la integración económica, hablándose así de *uropeización* (p. 242-243).

Sin perjuicio de que el *Ius Commune latinoamericano* esté estrechamente vinculado a la *interacción* entre los jueces constitucionales domésticos y la Corte, el foco de este análisis está puesto en esta última. En ese sentido, se sostiene que su trabajo puede ser analizado también como reflejo de un proceso de *constitucionalización interna* en que el mismo tribunal ha *delimitado y encausado* sus ejercicios de autoridad pública a través del entendimiento que ha desarrollado de su misión con base en la CADH como documento constitutivo.

Esto puede verse manifestado, por ejemplo, en que sobre la base de la CADH y sus normas de interpretación ha creado la figura del *corpus iuris interamericano* (Acosta, 2015 p. 46; Bogdandy, 2017, p. 169), como cuerpo normativo conformado por tratados de protección de los derechos humanos diversos a la CADH (Morales 2014, p. 280), ampliando así la base normativa positiva respecto de la cual se pronuncia, lo que a su vez le ha permitido ampliar el alcance garantista de los derechos contenidos en su documento constitutivo, con efectos vinculantes para los Estados miembros del SIDH. Otro ejemplo puede hallarse en relación con el diseño que ha efectuado de un mecanismo para lograr la supervisión de cumplimiento de sus sentencias, una facultad que ha entendido como “inherente a sus funciones” y que ha favorecido el diálogo con las autoridades nacionales en ese espacio (Acosta, 2015, p. 48).

De igual modo, sobre la base de preceptos convencionales y de principios generales del derecho de los tratados, la Corte ha impulsado la doctrina del control de convencionalidad, no exenta de ambigüedades en su desarrollo jurisprudencial (Acosta, 2015) y “cuyo alcance exacto todavía se desconoce” (Bogdandy, 2015, p. 34). Aquí no se harán referencias detalladas de esta figura, de copioso – y a veces confuso – desarrollo doctrinal. En lo concerniente a este trabajo, basta con entender que se trata de una

herramienta que tiene como objeto final la búsqueda de compatibilidad de los actos o normas estatales en relación con la garantía de los derechos humanos, y que cabría su aplicación también a los jueces constitucionales domésticos con lo que ha sido llamado como “control difuso de convencionalidad” (Ferrer, 2011). Como señala García (2017), se trata de un instrumento de “manejo delicado” (p. 94), en el que Bogdandy (2015) ve una evidente dimensión constitucional. Dependiendo del entendimiento que se tenga, éste podría cuadrarse tanto con una mirada monista de primacía del derecho internacional como con una perspectiva pluralista dentro del espacio jurídico latinoamericano. Desde aquí se entiende que se trata de una herramienta *en desarrollo*, al igual que el *proceso en curso* de constitucionalización interna de la Corte, un proceso de *calibración* de sus ejercicios de autoridad llevado a cabo fundamentalmente en relación con el principio de protección de los derechos humanos.

Dada su naturaleza, que la Corte desarrolle instrumentos y limite sus ejercicios de autoridad sobre la base del principio de protección de los derechos humanos puede considerarse como una cuestión inherente a su trabajo. Sin perjuicio de que este principio goza de un gran potencial para legitimar las actividades de las instituciones internacionales – y dentro de ellas también los tribunales internacionales –, el efectivo desarrollo de este potencial no depende del solo hecho de que un órgano oriente sus actividades en relación con ciertos principios jurídicos como los derechos humanos. Debido a los distintos entendimientos que pueden haber de éstos, es necesario que se genere una *convergencia* con los discursos de otras autoridades públicas sobre la base de la *interacción*.

En este sentido, cabría considerar que, como refieren Bogdandy y Venzke (2012) la justificación democrática de los ejercicios de autoridad pública de los tribunales internacionales no puede derivar *únicamente* del criterio tradicional del *consentimiento* estatal cristalizado en un tratado, ni tampoco, de una *narrativa funcionalista* que atienda exclusivamente a los objetivos y valores que éstos resguardan. Así, que la Corte sea un tribunal internacional de derechos humanos no la exime de esta última observación, es más, dada la dimensión constitucional de su trabajo (Burgorgue, 2014), ésta se hace



particularmente relevante. Al encontrarse la fuente de legitimidad de los ejercicios de autoridad pública estrechamente vinculada a las dinámicas de *interacción* con otras autoridades, resultaría deseable que la *fuerza transformadora* que ha demostrado la Corte, y su proceso de *constitucionalización interna* – plasmado en el desarrollo de instrumentos, procedimientos y límites de su actuar orientados por el principio de protección de los derechos humanos –, siga avanzando *cuidadosamente* a través de una dinámica pluralista y dialogal, esto, principalmente en relación a los jueces constitucionales y los respectivos ordenamientos de los Estados miembros de la CADH.

El *correlato constitucional* del pluralismo jurídico dialogal, puede hallarse en el *pluralismo constitucional*, – una teoría de pretensiones descriptivas y también *normativas* – que se identifica con la interacción no jerarquizada y por tanto *heterárquica* entre ordenamientos jurídicos que se reconocen legitimidad mutuamente no obstante poseer cada uno su *propia constitución* (Acosta, 2015; Bustos, 2012; Torres, 2013). En directa referencia a la metáfora de *zombis intelectuales* planteada por Bogdandy para caracterizar al monismo y dualismo, Acosta (2016) ha defendido la existencia de un pluralismo constitucional en la región, entendiéndolo como un *Frankenstein* jurídico conformado por partes de aquellos zombis o “muertos vivientes”. Así, toma del dualismo la existencia de ordenamientos distintos – aunque no estancos –, del monismo la interconexión de éstos – pero sin pretensiones de unicidad ni jerarquía –, y agrega al Frankenstein un nuevo corazón que le permita moverse, resultando central para ello el *diálogo* entre los jueces nacionales y los jueces interamericanos (Acosta, 2016).

Este diálogo, debiese ser desarrollado sobre la base de una estructura *deliberativa* (Bustos, 2012), *argumentaciones* que buscan convencer a otras autoridades (Bogdandy, 2014a), y la conciencia de contar con un *objetivo común* respecto al cual es necesario *articularse* (Acosta, 2017). Con todo, como señala Bogdandy (2014a), al “no existir más últimas palabras”, el diálogo no implica siempre armonía, y si bien esto “no deja de producir miedos y angustias”, se trata de un escenario positivo si las cortes entienden que hoy tienen una *responsabilidad común* tanto para la aplicación como el desarrollo del derecho (p. 15). Compartir el espacio con los jueces domésticos sobre la base de una

interacción heterárquica y retroalimentativa contribuye a liberar “al orden jurídico internacional de cargas legitimatorias que *no siempre* estará en posición de aguantar” (Bogdandy y Venzke, 2013, p. 127).

Por lo demás, el vocabulario constitucional del *Ius Commune Latinoamericano* como lenguaje de este diálogo, tiene la ventaja de hallarse conectado con temas altamente políticos (Bogdandy, 2015), que permiten por tanto abrir frentes de justificación para una construcción jurídica que no se encuentre totalmente desacoplada de la política, contribuyendo así, a paliar el déficit democrático del derecho desarrollado por la Corte, en tanto – al igual que el resto de los tribunales internacionales –, no cuenta con un poder legislativo *funcional* como contraparte (Bogdandy y Venzke, 2013). Así, una constitucionalización interna de la Corte Interamericana sobre la base del diálogo, la interacción con jueces domésticos en un escenario de pluralismo, y a través de un vocabulario constitucional que no esté desconectado de la política, puede funcionar siguiendo a Peters (2015) *compensatoriamente* respecto a esta carencia.

Para que la Corte Interamericana no pierda su fuerza ni su valioso ímpetu transformador, pareciera ser necesario que atienda conscientemente alguna las pistas que saltan a propósito de los aspectos aquí comentados, esto, lógicamente, si es que le preocupa – dada su condición de tribunal internacional – la inherente necesidad que tiene de buscar mayores justificaciones democráticas a sus ejercicios de autoridad, y no terminar siendo “víctima de su propio éxito” (Bogdandy y Venzke, p. 129).

## **Reflexiones finales**

El cosmopolitismo kantiano depositó en el derecho y la juridificación de las relaciones internacionales, la confianza para avanzar hacia un horizonte cosmopolita de respeto de la igualdad fundamental de las personas y sus derechos. A la luz del escenario contemporáneo, Habermas, ha revitalizado leal y críticamente el proyecto de juridificación de Kant, a través de un reverdecimiento de su filosofía y el diseño de una arquitectura institucional multinivel adaptada al escenario postnacional.

La imposibilidad de contar con una democracia planetaria en sentido estricto lleva a Habermas a entender que es necesario generar nuevas formas de autocontrol democrático, que permitan a través de canales deliberativos inducir a un *sentimiento de pertenencia* de una ciudadanía cosmopolita basada en lazos de *solidaridad* transnacional. Para ello se hace necesario un lenguaje de enfoque universalista pero *inclusivo*. El constitucionalismo como fórmula de limitación del poder en un sistema multinivel, puede proveer un vocabulario que cumpla con estas características en la medida en que sea entendido desde una perspectiva constructiva y pluralista.

El *ius commune constitucional* que se ha generado en Latinoamérica ha mostrado una especial sensibilidad con los grupos vulnerables y excluidos. Precisamente ese es el vocabulario jurídico- constitucional que puede permitir también el desarrollo de un lenguaje político y social coherente con la preocupación de Koskenniemi de adoptar una mentalidad constitucional que logre transformar el sufrimiento individual en un *objetivo ilícito* que concierna *a todos*, y que por tanto induzca a la solidaridad transnacional y el sentimiento de pertenencia cosmopolita que preocupa a Habermas. No obstante, las dinámicas constitucionalistas deben ser trasplantadas cuidadosamente al escenario internacional.

En este sentido resulta esclarecedora la propuesta eminentemente jurídica de Bogdandy (2011), quién ha reconocido que “La Paz Perpetua de Kant continúa siendo un faro de orientación normativa en estos tiempos tan confusos” (p. 424), y además sostiene que la renovación habermasiana del cosmopolitismo kantiano presenta una base teórica innovadora y sólida que entrega buenas razones para seguir luchando por un proyecto universalista (Bogdandy y Delavalle, 2009, p. 29). A pesar de ello, el publicista alemán es cauto, y como parte de una propuesta de derecho público que busca canalizar las demandas de legitimidad a través de argumentos de legalidad, se centra en los ejercicios de autoridad pública y no en una reconstrucción general del derecho internacional a la luz del constitucionalismo. De todas formas, apoya la constitucionalización interna de las instituciones internacionales, y promueve un enfoque pluralista y dialogal que permita la

construcción de discursos jurídicos convergentes sobre la base de principios con potencial legitimador.

La constitucionalización interna de la Corte Interamericana y la auto delimitación que ha efectuado de su labor ha generado una dinámica transformadora responsable en gran medida del surgimiento del *ius commune interamericano* en derechos humanos. Sin embargo, considerando su calidad de tribunal internacional, debe continuar con su proyecto transformador atendiendo las naturales demandas de legitimidad democrática que puedan surgir en relación con sus ejercicios de autoridad pública. En este sentido, el pluralismo dialógico, el pluralismo constitucional y el diálogo judicial parecieran entregar pistas para que este encomiable trabajo no se vea deslegitimado.

El faro normativo cosmopolita muestra un camino al que hay que apuntar, pero para avanzar a pasos firmes y lograr un cosmopolitismo que se forje desde adentro, es necesario resignificar en términos plurales y dialógicos los acuerdos que se adopten, incluso, en relación con los principios jurídicos que gozan de mayor potencial legitimador. Naturalmente lo que sigue, es asumir esta responsabilidad y desarrollar su potencial conscientemente.

## Referencias bibliográficas

- ACOSTA ALVARADO, P. (2015) *Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel* (Tesis doctoral). Madrid: Universidad Complutense de Madrid Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset.
- ACOSTA ALVARADO, P. A. (2016) “Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno” *Estudios Constitucionales*, 15-16.

- ACOSTA, P. A. (2017) “Ius Commune interamericano. Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo” En A. Von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, & E. Ferrer Mac-Gregor, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión* (págs. 371-384). Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
  
- AGUILAR CAVALLO, G. (2010) “Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas” En A. Von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, & M. Morales Antoniazzi, *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina? Tomo II* (págs. 3-84). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
  
- AZÓCAR, G. (2008) “Del origen del derecho internacional público a la discusión sobre su constitucionalización” *Persona y Sociedad*, 27-39.
  
- BURGORGUE-LARSEN, L. (2014) “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional” En H. Fix Fierro, A. v. Bogdandy, & M. Morales Antoniazzi, *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos* (págs. 421-457). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
  
- BURGORGUE-LARSEN, L., & MONTOYA CÉSPEDES, N. (2013) “El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos” En G. R. Bandeira Galindo, R. Urueña, & A. Torres Pérez, *Protección Multinivel de Derechos Humanos, Manual* (págs. 187-210). Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
  
- BUSTOS GISBERT, R. (2012) “XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales” *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13-63.

- CHERNILO, D. (2007) “Universalismo y cosmopolitismo en la teoría de Jürgen Habermas” *Estudios Públicos*, 175-203.
  
- CHERNILO, D., & MASCAREÑO, A. (2005) “Universalismo, particularismo y sociedad mundial: Obstáculos y perspectivas de la sociología en América Latina” *Persona y Sociedad*, 17-45.
  
- FERRAJOLI, L. (1998) “Mas allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global” *Isonomía*, 173-184.
  
- FERRAJOLI, L. (2005) “La crisis de la democracia en la era de la globalización” *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 37-51.
  
- FERRAJOLI, L. (2016) “El futuro de la filosofía del derecho” *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 255-263.
  
- FERRER MAC-GREGOR, E. (2011) “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” *Estudios Constitucionales*, 531-622.
  
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (2017) “La ‘navegación americana’ de los derechos humanos: Hacia un *Ius Commune*” En A. Von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, & E. Ferrer Mac-Gregor, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión* (págs. 55-136). Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
  
- HABERMAS, J. (1997) “La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de doscientos años” *Isegoría*, 61-90.
  
- HABERMAS, J. (2005) “¿Es posible una constitución política para la sociedad mundial pluralista?” *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 107-119.

- HABERMAS, J. (2015) “Un alegato a favor de la constitucionalización del derecho internacional” En J. L. Fabra Zamora, & L. García Jaramillo, *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (págs. 137-148). México: UNAM. Instituto de Investigación Jurídicas.
  
- HERRERA, D. (2014) “Del estado de derecho liberal moderno al estado constitucional de derecho actual” *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 11-41.
  
- LINARES SALGADO, J. E. (2011) “Del colonialismo al cosmopolitismo: hacia una ética cosmopolita” *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 127-138.
  
- LOBO FERNÁNDEZ, J. F. (2010) “Adiós a Westfalia: hacia la «constitución» de un derecho cosmopolita” *Estudios Internacionales*, 55-73.
  
- LOBO FERNÁNDEZ, J. F. (2011) “De la negación de la voluntad de poder. Fundamento moral de los derechos humanos: De su incorporación en el mundo de la vida a la justificación de su pretensión” *Derecho y Humanidades*, 197-211.
  
- LOBO FERNÁNDEZ, J. F. (2018) “¿No hay lugar para el derecho internacional? Crítica a La forma del derecho de Fernando Atria” *Revista de Estudios de la Justicia*, 77-107.
  
- MORALES ANTONIAZZI, M. (2014) “El nuevo paradigma de la apertura de los órdenes constitucionales: una perspectiva Sudamericana” En J. M. Serna de la Garza, & A. Von Bogdandy, *Soberanía y Estado en América Latina y Europa* (págs. 233-282). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
  
- MORALES ANTONIAZZI, M. (2015) *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- MORALES ANTONIAZZI, M. (2016) “Interamericanización a la luz del pluralismo dialógico. Un aporte al ius constitutionale commune” *Inter-American and European Human Rights Journal* , 138-162.
  
- NASH ROJAS, C. E. (2005) “La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿continuidad o cambio?” En M. D. Martinic, & M. Tapia, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación* (págs. 1151-1192). Santiago: LexisNexis.
  
- NÚÑEZ DONALD, C. (2018) “Habermas y el constitucionalismo cosmopolita: una reconstrucción argumentativa” *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.*, 1129-1159.
  
- PETERS, A. (2014) “El constitucionalismo como conquista global” En J. Alguacil González-Aurioles, & I. Gutiérrez Gutiérrez, *Constitución: norma y realidad* (págs. 247-256). Madrid: Marcial Pons.
  
- PETERS, A. (2015) “Los méritos del constitucionalismo global” En J. L. Fabra Zamora, & L. García Jaramillo, *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (págs. 119-135). México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
  
- REPÚBLICA. (23 de agosto de 2019) *Bolsonaro acusa a Macron de “colonialista” por incluir los incendios en la Amazonia en la cumbre del G-7*. Obtenido de <https://www.republica.com/2019/08/23/bolsonaro-acusa-a-macron-de-colonialista-por-incluir-los-incendios-en-la-amazonia-en-la-cumbre-del-g-7/>
  
- SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2014) “Fundamentos de derecho comparado y global: ¿Cabe un orden común en la globalización?” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1021-1051.



- TORRES PÉREZ, A. (2013) “En defensa del pluralismo constitucional” En E. Ferrer Mac-Gregor, *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales* (págs. 457-480). México D.F.: Tirant Lo Blanch.
  
- URUEÑA, R. (2018) “Después de la fragmentación: ICCAL, derechos humanos y arbitrajes de inversiones” En A. Von Bogdandy, P. Salazar Ugarte, M. Morales Antoniazzi, & F. C. Ebert, *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo* (págs. 59-84). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
  
- VELASCO, J. C. (2016a) “Cosmopolitismo plurinacional. Variaciones actuales de un tema kantiano” En R. Rodríguez Aramayo, J. F. Álvarez, F. Maseda, & C. Roldán Panadero, *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual* (págs. 453-472). España: CSIC.
  
- VELASCO, J. C. (2016) “La política en la constelación postnacional. Una aproximación habermasiana del Estado” *Pensamiento*, 72(272), 523-543.
  
- VON BOGDANDY, A. (2011) *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
  
- VON BOGDANDY, A. (2014a) “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual” En A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, & M. Morales Antoniazzi, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades, y Desafíos* (págs. 3-23). México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- VON BOGDANDY, A. (2014) “Los principios fundamentales después de la apertura del Estado: un estudio desde la perspectiva alemana” En A. Von Bogdandy, & J. M. Serna de la Garza, *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa* (págs. 61-110). México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
  
- VON BOGDANDY, A. (2015) “Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador” *Revista Derecho del Estado*, 3-50.
  
- VON BOGDANDY, A., & DELLAVALLE, S. (2009) “Universalism Renewed: Habermas’s Theory of International Order in Light of Competing Paradigms” *German Law Journal*, 5-30.
  
- VON BOGDANDY, A., & EBERT, F. C. (2018) “El Banco Mundial frente al constitucionalismo transformador latinoamericano: panorama general y pasos concretos” En A. von Bogdandy, P. Salazar Ugarte, M. Morales Antoniazzi, & F. C. Ebert, *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo* (págs. 355-395). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
  
- VON BOGDANDY, A., & VENZKE, I. (2013) “¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación normativa” En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Herrera García, *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales* (págs. 83-129). México D.F.: Tirant Lo Blanch.

- VON BOGDANDY, A., FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES ANTONIAZZI, M., PIOVESAN, F., & SOLEY, X. (2017) “Ius Constitutionale Comune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador” En A. Von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, & E. Ferrer Mac-Gregor, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión* (págs. 17-51). Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- VON BOGDANDY, A., GOLDMANN, M., & VENZKE, I. (2017) “From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Law” *The European Journal of International Law*, 115-145.

#### *Hemeroteca digital*

- BBC (26 de agosto de 2019) *Incendios en el Amazonas: el G7 aprueba un fondo de US\$22 millones para ayudar a combatir el fuego*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49472449>
- CNN (22 de agosto de 2019) *“Nuestra casa está en llamas”: Macron se une a la protesta por los incendios del Amazonas y dice que el G7 lo discutirá*. Obtenido de CNN: <https://cnnespanol.cnn.com/2019/08/22/nuestra-casa-esta-en-llamas-macron-se-une-a-la-protesta-por-los-incendios-del-amazonas-y-dice-que-el-g7-lo-discutira/>
- Goyzueta, V. (28 de agosto de 2019) *La Amazonia se vuelve un asunto personal entre Bolsonaro y Macron*. Obtenido de [https://www.abc.es/internacional/abci-amazonia-vuelve-asunto-personal-entre-bolsonaro-y-macron-201908280114\\_noticia.html](https://www.abc.es/internacional/abci-amazonia-vuelve-asunto-personal-entre-bolsonaro-y-macron-201908280114_noticia.html)

# ANÁLISIS GRAMSCIANO DEL CAPITULO DE INVERSIONES DEL TPP-11: LA DISPUTA POR EL CONTENIDO DE LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA AUTORIDAD DEL ESTADO

Bruno Morales Orrego

## Introducción

El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico<sup>75</sup>, que está a la espera de entrar en vigor entre los Estados signatarios, se inserta en el marco de la globalización neoliberal y específicamente en el marco de disputa hegemónica dentro del espacio político de Asia-Pacífico.

Este Tratado ha traído consigo un gran número de críticas debido a la influencia de las corporaciones durante su desarrollo y a la excesiva regulación en áreas que no eran comunes para los tratados de libre comercio. Sin embargo, hay quienes consideran favorable una regulación más compleja en tanto que permite crear un marco jurídico de protección integral, favoreciendo la promoción del comercio en virtud de la seguridad jurídica.

El objetivo de este ensayo es analizar la influencia del proceso de globalización en la creación del marco jurídico internacional de protección de las inversiones que se concreta en el sistema de arbitraje estado-inversor del TPP-11, develando que la Internacionalización de la Autoridad del Estado es un fenómeno cuyo contenido se debe disputar cuando la finalidad es la reducción de las inequidades soberanas y el progreso económico.

Para ello adoptaré un enfoque crítico-gramsciano, esto es, analizar desde la conceptualización y teorización de los elementos y características del sistema

---

<sup>75</sup> Durante la lectura me referiré a este como el Tratado o TPP-11.

internacional que, en particular, el teórico Stephen Gill ha adoptado a partir de la influencia de Antonio Gramsci.

En primer lugar, explicaré el marco teórico a utilizar, el cual posee como base la teoría crítica social internacional de Stephen Gill. Luego, caracterizaré el TPP-11 identificando los intereses que se ciernen en su origen, sus propósitos y su proyección. En tercer lugar, analizaré críticamente el capítulo de inversiones y el sistema de arbitraje. Finalmente, elaboraré proposiciones en torno al marco jurídico de protección de las inversiones y la necesidad de disputar su contenido.

## **Conceptualizando la globalización y el rol del Estado**

### **a. Hegemonía en el sistema internacional**

La hegemonía gramsciana estima que un elemento central para el ejercicio del poder es la “creación de un sistema de normas basado mayoritariamente en aspectos consensuales antes que en el ejercicio de la coerción directa” (Gill, 2008, p.91-99). Por lo tanto, la hegemonía de un Estado se manifiesta en que los demás actores internacionales aceptan su liderazgo y los valores que conlleva.

Robert Cox hace referencia a que las hegemonías necesitan de un marco de pensamiento, el cual denomina “conciencia”. Este marco, al definir sus principios y normas rectoras, se debe concretizar en organizaciones internacionales y en la promoción de políticas de determinada índole en las esferas burocráticas de los demás Estados (Gill, 2008, p.91-99), esto con la finalidad de disputar el resto de “conciencias” dentro del sistema global y contribuir a la supremacía del Estado.

Un ejemplo de hegemonía es el marco político-económico para el mundo capitalista que creó EEUU pues busca promover el crecimiento económico de los Estados mediante el comercio y la inversión como elementos centrales (Gill, 2008), los cuales nadie dudaría de su importancia para dicha finalidad.

Respecto al sistema internacional, en la concepción gramsciana, se caracteriza por ser un “complejo interestatal relativamente autónomo, articulado por fuerzas, mecanismos e instituciones que interactúan en los niveles internacional y doméstico de los estados” (Gill, 2008, p.22-30).

En ese sentido, el sistema internacional no se explica fundamentalmente por la ausencia de un órgano regulador de las relaciones entre los diversos actores, sino que, en virtud de las alianzas entre quienes interactúan, se forjan diversas instituciones y mecanismos que disputan la hegemonía global a través de su coordinación (Gill, 2008).

Los Estados que se someten a este sistema de normas requieren de la legitimación general de los demás actores internacionales, en tanto que lo reconocen como tal, y del consentimiento activo para participar en este, en tanto que es una decisión inequívoca del Estado de someterse a los principios y normas del sistema hegemónico (Gill, 2008).

Ahora, es necesario comprender que la hegemonía dentro del sistema internacional se desenvuelve dentro de determinados períodos históricos (Gill, 2008, p.124-126). Actualmente nos encontramos en el proceso de globalización neoliberal impulsado desde el modelo occidental (Gill, 2008, p.124-126).

Dentro de este período histórico operan diversas fuerzas sociales, y uno de los actores fundamentales dentro del proceso de globalización corresponde al Capital transnacional<sup>76</sup>, en el cual se comprenden los Inversionistas que poseen capital financiero y productivo.

Dentro de la globalización, el marco de pensamiento es la promoción del discurso de las ideales liberales, en donde las principales fuerzas materiales asociadas a sus ideas e

---

<sup>76</sup> El capital transnacional corresponde a uno de los grupos que integra el conjunto de fuerzas dominantes en el siglo XXI configurando un Bloque Histórico, el cual corresponde a un conjunto de grupos potencialmente hegemónico, que comparten ideas similares y emplean diversos mecanismos a través de instituciones para alcanzar un grado de supremacía dentro de un estado o del sistema internacional. En este ensayo se denominará a la individualización del capital transnacional como “corporación” o “inversionista”, puesto que forman parte del grupo.

instituciones corresponden a la internacionalización de la producción, el crecimiento de la interdependencia económica y la internacionalización de los mercados financieros (Cutler, 2003, p.100-104), siendo los elementos constitutivos de la Conciencia hegemónica dentro de este periodo y el Derecho Transnacional la herramienta que crea el marco normativo que permite otorgarle eficacia y validez al desarrollo de esta Conciencia.

#### **b. Internacionalización de la autoridad del Estado**

El capital transnacional corresponde a una “fuerza social relevante en el sistema internacional” (Chimni, 2019, p.137) debido a su necesidad histórica de generar ganancias y la posibilidad de que los Estados participen en estas le ha permitido influir para que se impulsen instituciones de carácter internacional que le permitan desarrollarse a escala global.

Dentro de las diversas instituciones encontramos mecanismos jurídicos de protección de las inversiones cuya importancia deriva en dar certeza jurídica al Inversionista al relacionarse con el Estado receptor (United Nations, 2007, p.7).

Por lo tanto, se devela un proceso dentro de la globalización en que el sistema formal de la soberanía estatal se reconfigura en virtud del sistema económico internacional (Gill, 2008), en donde la integración económica y la competencia entre las corporaciones ha creado nuevas fuerzas, oportunidades y peligros.

Uno de los principales elementos corresponde a la “*movilidad transnacional del capital*”, es decir, la necesidad de crear mecanismos que otorguen la capacidad y seguridad a la inversión de ser trasladada desde un territorio a otro (Gill, 2008).

Para que este elemento sea efectivo requiere de un “*Proceso de Internacionalización del Estado*” (Gill, 2008), en donde este necesita interactuar con los demás actores del sistema global a través de mecanismos que han sido impuestos por los actores dominantes y que le restan competencia para la toma de decisiones en esferas que eran de su soberanía,

siendo trasladadas a organismos internacionales promotores de la conciencia de la hegemonía dominante.

Uno de estos mecanismos corresponde a la “*Internacionalización de la Autoridad del Estado*” (Cutler, 2003, 62-70). Es decir, el Estado debe formar parte del sistema político-económico global, por lo que este tiene que asumir las condiciones si no tiene poder para disputar las reglas que lo fundamentan. Esto conlleva que en aquellas áreas en que el estado manifestaba su autoridad a través del uso de su soberanía, ahora se vea coartado debido a que trasladó estas competencias de autoridad<sup>77</sup> a organismos internacionales.

Este proceso ha sido promovido no sólo por la hegemonía de la política económica global de EEUU a través de la globalización (Gill, 2008), sino que el capital transnacional mediante su capacidad de ejercicio de poder a podido desarrollar un liderazgo hegemónico que nutre el contenido de este proceso histórico (Gill, 2008).

El concepto de poder para el actuar del Capital transnacional posee dos vertientes, el “poder directo”<sup>78</sup> en tanto el actor ejerce mecanismos que le permiten compeler a las autoridades administrativas de un estado (Gill, 2008), y el “poder estructural” -en términos simples- es un fenómeno desarrollado históricamente, que debido a la interacción de las relaciones entre el capital y el Estado, se crea un consenso sistémico del cómo se deben organizar y administrar las relaciones de las fuerzas sociales con las fuerzas económicas, y cuya interpretación estructural depende de la hegemonía dominante en un periodo histórico determinado (Gill, 2008).

La lógica interna de este “Proceso de Internacionalización de la Autoridad del Estado” no es una consecuencia inherente al predominio de un sistema de mercado global, sino que posee una *dirección política* en donde el uso del “poder directo” tiene como finalidad desarrollar el “poder estructural del capital” a escala internacional (Gill, 2008). A su vez, el capital necesita de bienes públicos como la ley, pues su poder estructural es insuficiente y

---

<sup>77</sup> Ejemplos: Resolución de conflictos exclusivamente bajo jurisdicción internacional, compromisos regulatorios obligatorios, derecho aplicable a un conflicto determinado por un instrumento internacional, entre otros.

<sup>78</sup> Ejemplos: Lobby en instituciones del estado, leyes pro-movilidad del capital, financiamiento de la política.



necesita del poder directo (Gill, 2008).

A esto se suma que existe una *relación dialéctica entre el Estado y el capital transnacional*, en donde el objetivo del primero es reconciliar la potencial riqueza de la actividad económica global con el proyecto político y de desarrollo de los gobiernos. Mientras que el segundo busca expandir su alcance a la mayor cantidad de mercados posibles, interactuando con diversas formas regulatorias (Gill, 2008).

Esta relación es importante, puesto que la expansión internacional de los mercados contribuye al poder estructural del capital móvil internacional y solamente los Estados, a través de su capacidad regulatoria - característica esencial de la autoridad estatal- es capaz de limitar dicho poder estructural (Gill, 2008).

Una manifestación del poder estructural a escala global es la prioridad de los gobiernos de crecimiento económico (Gill, 2008, p.107-122). El *sentido común*<sup>79</sup> que dota de contenido a este elemento es el “clima de negocios” y el “clima de inversiones” (Gill, 2008, p.107-122), es decir, existe consenso en que el crecimiento económico es fuertemente favorecido por una regulación en que el Estado cree condiciones favorables para los Inversionistas, asegurando la mayor rentabilidad posible y otorgando seguridad jurídica para sus inversiones.

Este aspecto estructural implica el “*Disciplinamiento Indirecto del Estado por parte del capital*” (Gill, 2008, p.107-122), es decir, los Estados, a través del consenso internacional sobre el crecimiento económico, consideran que este tipo de medidas serán necesariamente favorables para dicha finalidad, pero este disciplinamiento se gesta a partir de la hegemonía del capital transnacional que a través de sus ideas e instituciones

---

<sup>79</sup> El concepto de “sentido común” es definido por Gramsci como “(...) la filosofía de las multitudes que se trata de hacer homogéneas ideológicamente (...)”. Ver: Gramsci, A. (1975) “Cuaderno 11 Introducción al estudio de la filosofía” En: *Cuadernos de la cárcel. Tomo cuatro. Cuadernos nueve, diez, once y doce*. Segunda edición. México D.F. Editorial Benemérita. Pp. 263-265.

El cual es llevado al plano internacional con la intención de asegurar la hegemonía, pues el sentido común es un plano en disputa que dota de contenido a la hegemonía, y cuya principal función se relaciona con *propiciar* el desarrollo de un sistema de normas que se consideran válidas por sí mismas, evitando que su cuestionamiento desintegre el sistema estructural y homogeneizando el marco de decisiones de los diversos actores internacionales.

internacionales logra un “sentido común” de cómo conseguir el crecimiento económico, convirtiéndolo en un valor que posee elementos inherentes.

Como consecuencia, las maniobras regulatorias y programas de gobierno son limitados para generar un ambiente propicio para atraer el capital foráneo (Chimni, 2019, 134-135), además de adoptar políticas de mercado para la mantención del capital financiero.

Una de las consecuencias más relevantes de la Internacionalización de la Autoridad del Estado se manifiesta en la creación de mecanismos de solución de controversias internacionales<sup>80</sup> (Dalhuisen, 2016, p.69), específicamente los tribunales arbitrales, pues los conflictos que derivan entre un Estado receptor de inversiones y el Inversionista son de jurisdicción no de tribunales nacionales, sino que de centros de arbitrajes internacionalmente constituidos<sup>81</sup> (Stephan, 2014, p.354) y que se les delega competencia en virtud de diversos tratados.

## **Breve caracterización del TPP-11**

### **a. Megarregulación en el Asia-Pacífico**

Este Tratado corresponde a un instrumento “político-legal” (Kingsbury, 2019, p.27-28) que crea un marco regulatorio económico en el área estratégica de Asia-Pacífico. Siendo su objetivo la promoción transnacional de flujos comerciales de bienes, servicios, capital e información, cimentando el terreno para que corporaciones e inversores puedan operar con facilidad a través del grupo de Estados que forman parte (Kingsbury, 2019).

Benedict Kingsbury manifiesta que el tratado no es un acuerdo jurídico tradicional, pues el ámbito de regulación al que se extiende excede a lo que usualmente manejan los tratados de libre comercio. En ese sentido, considera que estamos en presencia de un “tratado megarregional” (Kingsbury, 2019, p.36-37) que permite, a través de la alineación

---

<sup>80</sup> La transnacionalización del capital conlleva la necesaria transnacionalización del derecho.

<sup>81</sup> Se establecen mecanismos que pueden complementar o sustituir a la jurisdicción nacional.

regulatoria nacional de los Estados, el establecimiento de una gobernanza económica intergubernamental.

En ese sentido, una megarregulación se caracteriza por la extensiva cobertura jurídica de los flujos comerciales, una libertad generalizada para la operación de las corporaciones, la alineación regulatoria que estandariza sustantiva y procedimentalmente los sistemas regulatorios nacionales, el alcance en el volumen de la actividad económica y, finalmente, por ser un “tratado institucional”, pues es un tratado comprensivo y detallado que empodera a ciertas instituciones intergubernamentales y transnacionales” (Kingsbury, 2019, p.27-28).

Dentro de estas características es posible develar que están acorde a lo que expuse anteriormente como “Conciencia” de la globalización, pues hay una correlación directa con la promoción de la internacionalización de la producción y los mercados financieros en tanto que es favorecida por la libertad de operación para las corporaciones.

Respecto al elemento de integración económica de la globalización, esta es promovida particularmente por la alineación regulatoria que produce el Tratado, pues la necesidad de ajustar los marcos normativos para la entrada a los mercados de los inversionistas produce necesariamente un disciplinamiento de la autoridad del estado para la satisfacción del estándar internacional dentro del cual se está insertando.

## **b. Disputa hegemónica del Asia-Pacífico**

El TPP-11 es simultáneamente un proyecto de orden político internacional y un acuerdo económico megarregulatorio (Kingsbury, 2019, p.3-4). Es decir, es un instrumento jurídico-económico que asegura una finalidad política-estratégica de EE.UU.<sup>82</sup> a través de

---

<sup>82</sup> A pesar de que este Estado se retiró de las negociaciones del TPP-12, este se transformó en el TPP-11, el cual mantiene la esencia valórica y regulatoria que le dio origen a la inicial, por lo que la finalidad y la importancia no han variado más allá de los artículos que entraron en suspensión.

De hecho, en el mismo preámbulo se deja constancia de la intención de “crear las bases de una zona de libre comercio del Asia-Pacífico”, por lo que los demás estados signatarios consideran la importancia política-económica de la futura inclusión de EE.UU. en el tratado y de su expansión. Como resultado, la agenda de

otorgar un rol protagónico -funcional y estructural- a las corporaciones (Kingsbury, 2019).

Respecto a la finalidad político-estratégica de EEUU este es un proyecto que posee una motivación geopolítica en su génesis, puesto que busca construir un contrapeso al proyecto político-económico de China (Kingsbury, 2019, p.5), pues esta potencia también disputa la hegemonía de Asia Pacífico a través de la promoción de su modelo de regulación del comercio y las inversiones en donde tenemos una fuerte presencia del rol del Estado como promotor del desarrollo económico.

Por ello el TPP-11 es un proyecto de orden político neoliberal liderado por EEUU que promueve una concepción regulatoria del estado que se contrapone a la de China, puesto que la pretensión del primero es mantener el marco de libertad del capital transnacional como vía de favorecer el crecimiento económico.

Respecto al rol de las corporaciones hay que distinguir su influencia durante la negociación del Tratado del rol que este les asigna en la regulación que crea el acuerdo. En primer lugar, se reconoce la participación durante la etapa de las negociaciones por parte de las corporaciones a través del ejercicio del poder directo, es decir, el lobby como herramienta fue utilizada con el objeto de influenciar a los gobiernos de los estados negociantes (Kingsbury, 2019) para que el contenido del marco jurídico favoreciera la internacionalización de la autoridad.

Respecto al rol que el Tratado les asigna a las corporaciones que poseen interés en invertir, no solamente las convierte en sujetos de derecho que poseen la capacidad de demandar al estado en caso de infracción de las normas por las cuales se pactó el flujo de inversión (Chile, 2018). Sino que cobra relevancia el hecho de que las corporaciones podrán utilizar las normas sustantivas y procedimentales para influenciar a la administración del Estado receptor en las decisiones que puedan adoptar con el fin de no vulnerar sus legítimos intereses (Kingsbury, 2019).

---

política exterior de este país no permanecerá inmutable, por lo que más temprano que tarde se abrirá la posibilidad de que se reintegre.

En ese sentido, es relevante que el Tratado crea un marco jurídico para las corporaciones que les permite forzar al estado a cumplir con las obligaciones que emanan del acuerdo (Kingsbury, 2019), por lo tanto, se crea un “*mecanismo de control transnacional*” (Kingsbury, 2019, p.16-17) que es garantizado a través de la presión intergubernamental y de los mecanismos de disputa estado-inversor.

En consecuencia, el tratado tiene el efecto de disciplinar al estado puesto que va a necesitar liberalizar su regulación para insertarse en el mercado, por lo que va a necesitar un mercado interno más accesible, estratégico y que posea atractivos simbólicos para el comercio y la inversión.

## **Capítulo de inversiones y el sistema de solución de controversias Estado-inversor: núcleo de la internacionalización de la autoridad del Estado**

### **a. Breve caracterización del capítulo de inversiones del TPP-11**

En esta sección abordaré los elementos más relevantes de la sección A y B del Capítulo noveno y en que se manifiesta la Internacionalización de la Autoridad del Estado.

#### *— Nociones fundamentales de la sección A*

En primer lugar, las partes y el objeto jurídico crean la relación jurídica que será protegida en virtud del Tratado, siendo la base jurídica de la Internacionalización de la Autoridad del Estado. En ese sentido, se protege al Inversionista de un Estado miembro que efectúa una Inversión dentro de otro Estado que también es miembro del Tratado, el cual se denomina Estado receptor.

Respecto al ámbito de aplicación, el capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte posterior a la entrada en vigor del tratado y que vulnere las obligaciones que emanan del acuerdo, lo cual se le puede imputar a cualquier autoridad que ejerza funciones estatales o de carácter público, así como de cualquier persona que

desempeñe labores administrativas (Chile, 2018, p. 5-6).

Junto con ello, el tratado limita la autoridad del Estado para expropiar o nacionalizar una inversión cubierta si es que esta no es por una causa de interés público, de manera no discriminatoria y mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva (Chile, 2018, p. 9-10), la que será determinada por un Tribunal arbitral en base a las reglas establecidas en el Capítulo.

Un punto que destacar es que los instrumentos de “Acuerdo de Inversión” y el de “Autorización de Inversión” entraron en un proceso de suspensión debido a la salida de EE.UU. los cuales eran llamativos al hacer explícito la concesión de derechos sobre recursos naturales, suministración de servicios para el público y sobre proyectos de infraestructura (Chile, 2018, p. 1-2). Esto nos ayuda a suponer que el contenido de la Internacionalización de la Autoridad del Estado buscaba reducir el poder soberano sobre proyectos de gran envergadura e importancia económica.

A continuación, hay dos artículos que innovan dentro de la existencia de los tratados multilaterales, pero su intención no es acorde al resultado que se podría esperar materialmente. El artículo 9.16. permite que los estados puedan adoptar, mantener o hacer cumplir medidas para la protección de la salud, medio ambiente u otros objetivos regulatorios sobre la actividad de inversión, siempre y cuando no vulnere el contenido del capítulo noveno (Chile, 2018, p.20).

Este artículo es criticable en virtud de tres argumentos, el primero es que el Tratado no establece un estándar de protección exigible tanto al Estado como al Inversionista en materia de regulación, por lo que estos quedan a la discreción de la relación jurídica que se genere entre estos actores, vaciando la intención de la norma.

En segundo lugar, a pesar de la existencia del Capítulo sobre Medio Ambiente que pretende instalar un estándar exigible al Estado, este excluye su relación con el inversionista de esta protección, pues en su artículo 20.3. párrafo 4 estipula que las leyes

medioambientales no pueden afectar al comercio y a la inversión (Chile, 2018), por lo que el Estado deberá ajustar su normativa ambiental, una vez que entre en vigor el Tratado, para no perjudicar al Inversor.

En tercer lugar, las medidas no pueden ser incompatibles con el Capítulo, por lo que a pesar del interés público que las fundamenten, si el inversionista considera que vulnera sus legítimos intereses, entonces buscará acuerdos o advertirá a la autoridad el potencial conflicto (Pohl, 2018, p.55-56), por lo tanto, la capacidad regulatoria del estado se puede ver mermada al tener que considerar la opinión del inversionista para tomar una decisión que es de interés público.

También es criticable el artículo 9.17. sobre la responsabilidad social corporativa, puesto que hace referencia a que los estados podrán alentar a que sus inversionistas o aquellos que operen en su territorio, *adopten de manera voluntaria los estándares, directrices y principios de la responsabilidad social corporativa que han sido reconocidos internacionalmente* (Chile, 2018, p.20).

Como se dejó claro anteriormente, este tratado corresponde a una megarregulación que a través de normas detalladas y comprensivas crea un marco regulatorio para el comercio y la inversión. Pues bien, así como se establece detalladamente derechos para los inversionistas, sería responsable para un tratado progresista establecer normas obligatorias que aseguren un estándar mínimo de comportamiento en los estados en que ejercen sus derechos.

No sólo sería establecer un marco de responsabilidad en el sentido legalista formal, sino que sería una medida paliativa de la estratificación del sistema internacional reflejada en el área de Asia pacífico, puesto que dentro de este tratado hay estados que poseen mayor capacidad de inversión -Japón, Canadá, Australia- y por lo tanto, si el tratado pretendiera ser coherente con su objetivo de reconocer las diferencias en sus niveles de desarrollo y diversidad de sus economías, debiera establecer medidas que permitan la protección del interés público dentro de los estados que serán los posibles mayores receptores de

inversión -Brunéi, Nueva Zelanda, Chile, por nombrar algunos.

— *Solución de controversias Inversionista-Estado.*

Considero que la Internacionalización de la Autoridad del Estado se manifiesta respecto al Mecanismo de Solución de Controversias entre el Inversionista y el Estado, en los siguientes elementos:

Para el sometimiento de un conflicto a arbitraje se debe en primer lugar intentar un acuerdo o solución en base a la negociación y las consultas (Chile, 2018, p.20). En caso de que estas sean frustradas, el inversionista podrá someter a un arbitraje al Estado cuando este ha vulnerado cualquier obligación que haya sido establecida en la sección A del Capítulo noveno y, copulativamente, esta infracción debe haber producido pérdidas o daños respecto de la inversión al inversionista (Chile, 2018, p.20-21).

Al inversionista se le permite someter el conflicto a las normas de arbitraje que éste estime conveniente, pues se hace alusión a las normas del Convenio de la CIADI, a las reglas del mecanismo complementario de la CIADI, a las normas de la CNUDMI; así como también puede pactar con el estado demandado un centro de arbitraje distinto de los aludidos (Chile, 2018, p.21). Mientras que el derecho aplicable del tribunal arbitral serán las reglas del Tratado y del derecho internacional (Chile, 2018, p.31).

Por lo tanto, se vislumbra que el inversionista posee la competencia exclusiva y excluyente de demandar al Estado ante un Tribunal Arbitral Internacional, cuyo Centro de arbitraje será elegido por el primero, y además se deberá aplicar el Derecho Internacional y las normas del TPP-11.



## **b. Análisis crítico del Capítulo noveno y del Arbitraje Estado-Inversor**

Primero abordaré el efecto de disciplinamiento de la autoridad del Estado debido a la internacionalización de la facultad jurisdiccional y luego develaré que el marco regulatorio que protege este mecanismo se funda en inequidades materiales que se traspasan a la equidad formal que crea el arbitraje. Por lo tanto, el progreso económico que se pretende es insuficiente si la Internacionalización de la Autoridad del Estado hereda las falencias materiales-estructurales propias de la Conciencia hegemónica.

### *— Disciplinamiento de la autoridad estatal mediante el Arbitraje*

El mecanismo de solución de controversias estado-inversor que contiene el TPP-11 es consecuencia del continuo desarrollo de este modelo a través de otros tratados de libre comercio e inversión, los cuales han sido influenciados por organismos internacionales que promueven el marco de pensamiento del sistema hegemónico.

Este instrumento es la concreción jurídica del concepto de Internacionalización de la Autoridad del Estado, específicamente en la competencia jurisdiccional que tradicionalmente caracteriza a la equidad soberana.

En ese sentido, podemos establecer que este mecanismo jurídico se ha transformado en un elemento de continuidad dentro del sistema de globalización, que le permite al capital transnacional ejercer poder directo debido a la transnacionalización de las normas de la economía política preponderante en el sistema internacional.

El poder directo del capital transnacional se manifiesta en la capacidad que tendrán los inversionistas para presionar a los Estados parte para que cumplan con las obligaciones que han suscrito en el tratado, pero el problema está sobre la interpretación que se hará sobre la medida potencialmente infractora.

Esta interpretación que efectúe el inversionista le permitirá crear un marco de negociación

previo con la autoridad o el funcionario a cargo del posible ejercicio de la medida regulatoria. En base a esta posibilidad, acompañada de la amenaza de recurrir al arbitraje, se convertirá en un fuerte estímulo para que la autoridad estatal reconsidere las acciones a llevar adelante.

De hecho, la evidencia demuestra el ejercicio del poder directo en estos dos escenarios por parte de los inversionistas: cuando estos plantean su objeción y la posibilidad de demandar, y además cuando el estado se ve obligado a negociar para evitar el litigio (Pohl, 2018, p.64-65).

En ese sentido, la sola posibilidad de que el potencial conflicto quede en manos de tribunales arbitrales internacionales genera un disciplinamiento directo de la autoridad estatal, y como explica el Profesor Kingsbury (2019), crea un mecanismo de control transnacional, en que las corporaciones se aprovechan de las normas sustantivas y procedimentales para articular un escenario que proteja sus expectativas de ganancias.

Uno de los peligros que se manifiesta es la posibilidad de que se cree un “enfriamiento regulatorio” (Pohl, 2018, p.61-62), es decir, que el Estado se vea ligado en tantas materias económicas internacionales, que no pueda producir grandes reformas dentro de su institucionalidad debido a la amenaza de recurrir al tribunal arbitral, lo cual se agudiza si estamos hablando de estados subdesarrollados que necesitan de la inversión para proveer determinados servicios a su población.

Este enfriamiento regulatorio se produce cuando la autoridad estatal correspondiente toma precaución respecto de su comportamiento legislativo o administrativo y, copulativamente, las consecuencias de un posible arbitraje desfavorable son lo suficientemente disuasivas (Pohl, 2018, p.61-62).

Lo anterior se explica en el hecho de que las normas que fundamentan el capítulo de inversiones del Tratado obedecen al Estado que promovió la esencia regulatoria de este proyecto político-legal, pues EEUU como promotor de la globalización neoliberal, busca

dotar de competencias jurídicas a los inversionistas para asegurar la utilidad a través de la certeza jurídica de este tipo de instituciones.

El capital transnacional, cuya hegemonía es legitimada en virtud de la política económica de la potencia dominante (Gill, 2008, p.119), aprovecha esta instancia para articular el poder estructural en el Asia Pacífico.

Por lo tanto, el poder estructural del capital que se manifiesta tradicionalmente en crear un “clima de negocios e inversiones” que discipline el actuar del Estado de manera que pueda promover el crecimiento económico, se concretiza en una institución jurisdiccional internacional que garantiza a los inversionistas un pago pronto, adecuado y en efectivo cuando se declare la existencia de una infracción producida por el actuar de la autoridad estatal.

En síntesis, los estados toman medidas para reducir su protección y se limita el derecho soberano de regular el capital transnacional para permitirle movilidad, pues los estados subdesarrollados necesitan de la inversión y de la transferencia tecnológica (OECD, 2015, p.27) que este provee para estimular el crecimiento, teniendo que sumarse al marco globalizador hegemónico.

— *Realismo liberal: La equidad soberana perpetúa la inequidad soberana*

El capítulo de inversiones del Tratado posee un “enfoque realista liberal” (Leng, 2019, p.568), esto debido a que el Tratado considera que el crecimiento económico que se debe forjar en Asia-Pacífico debe responder al distinto estado de desarrollo de las economías que forman parte del Tratado (Chile, 2018, p.1). Para ello, articula como mecanismos para el flujo de inversión el desarrollo de las cadenas globales de valor y la globalización de la producción (Leng, 2019, p.568), interrelacionando a los diversos Estados que forman parte de este circuito económico.

En ese sentido, se busca instalar una idea del ganar-ganar, es decir, que los estados que

poseen corporaciones con mayor grado de inversión tendrán acceso a un amplio mercado en los cuales pueden obtener derechos gracias al Tratado. Pues el Estado receptor, se ve beneficiado debido a que se ofrece la posibilidad de insertarse en cadenas globales de valor, que le permitirán tener acceso a transferencias de tecnología e información que pudieran ser útiles para su desarrollo, además de recibir inversión directa, lo cual permitirá aumentar el flujo de dinero dentro de la economía y, por consiguiente, mejor desempeño económico.

Esta Conciencia del Tratado se concretiza en normas sustantivas que dan forma a los derechos de los inversionistas, y en normas procedimentales que crean un mecanismo de seguridad jurídica para el reclamo de sus derechos.

El problema de esta Conciencia es que, a través de la equidad formal que establece la ley, pretende crear un estado de conformidad entre los Estados para paliar los efectos de la realidad internacional articulada históricamente por el proceso de estratificación.

Por lo que el tratado es realista en el diagnóstico de las diferencias entre las economías, pero a la vez es liberal al instalar la equidad formal y soberana -que tradicionalmente ha caracterizado al derecho internacional- para hacerse cargo de estas diferencias, asumiendo que a través de este legalismo formalista se pueda promover una integración económica que necesariamente consiga el crecimiento económico y un mejor nivel de desarrollo humano.

De hecho, el Profesor Scheneiderman (2008) considera que el liberalismo económico utiliza las técnicas de generalidad y equidad para la creación de las normas. Arguye que esta técnica legislativa tiene el inconveniente de que, al ser aplicada en un ambiente de disparidad económica, tiene como efecto el *impedir la distribución de la riqueza y el poder*, pues mantiene y privilegia el statu quo de los estados con mayor influencia durante la negociación y de aquellos que lideran la conciencia hegemónica.

Por lo tanto, el reconocimiento de la disparidad entre los Estados por sí sólo es

insuficiente si se pretende utilizar un mecanismo que busca el progreso y el desarrollo pero que a la vez mantiene y perpetua las inequidades que le dieron origen. Entonces, no basta solo el reconocimiento y el uso de la técnica legislativa de la generalidad, sino que es necesario un marco regulatorio que reconozca la diferencia material-estructural y funcional, permitiendo ventajas materiales enfocadas en el desarrollo de las fuerzas productivas y tecnológicas de los Estados subdesarrollados, con el objeto de nivelar hacia el desarrollo y no hacia la mantención del statu quo.

Entonces, ¿en qué instancia de desarrollo del Tratado se concretizó esta inequidad? La desigualdad que se plasma en este instrumento jurídico deviene en primer lugar por la etapa de negociación entre los estados y se manifiesta posteriormente durante la vigencia de este.

Respecto a la etapa de la negociación, las obligaciones centrales de los tratados no son determinadas por las negociaciones propiamente tal, sino que por un proceso global en continua construcción (Mills, 2014, p.439), en ese sentido, los principios que posee el capítulo de inversión son parte de las normas consensuadas dentro del marco de pensamiento hegemónico que se promovió con el Tratado.

Además, durante las negociaciones fue relevante el balance de fuerzas entre los Estados, cuya influencia determinó su posición negociadora (Mills, 2014, p.441). Y se suma al poder del Estado la influencia del potencial inversor (Mills, 2014, p.442), pues como hemos visto, dentro de las negociaciones del TPP-11 hubo una influencia desproporcionada por parte de las corporaciones, principalmente en EEUU por lo que el estándar de protección exigido por este Estado fue fuerte en virtud de proteger a los Inversionistas (Mills, 2014, p.443-444).

Este estándar fuerte de protección se vislumbra en elementos nombrados del Tratado tales como la prohibición de expropiación o nacionalización, concreción de principios del derecho internacional de las inversiones, mecanismos de solución de controversias exclusiva y excluyentemente internacionales, así como la alineación regulatoria que

deberán hacer los Estados.

Respecto de la aplicación del arbitraje estado-inversor, este mecanismo hereda las posiciones de los Estados respecto al estándar de protección que defendieron (Mills, 2014, p.464), por lo tanto, los inversores de los Estados con mayor poder durante la negociación serán fortalecidos al momento del arbitraje.

En consecuencia, el arbitraje crea una equidad formal entre el estado y el inversor, ocultando la disparidad material de poder e influencia que le dio origen y el consiguiente desbalance sistémico-estructural que favorece las reclamaciones del inversor (Choukroune, 2016, p.1-8).

### **La disputa por el contenido de la internacionalización de la autoridad del Estado**

Respecto a lo que he venido exponiendo, me gustaría realizar algunas proposiciones personales y destacar aportes de profesionales que ven la necesidad de disputar el contenido de la gran diversidad de esferas que aborda este imparable y necesario proceso internacional.

Considero que el fenómeno que se debe disputar corresponde a la Conciencia de la globalización, es decir, los lineamientos del marco de pensamiento que sustentan a la globalización neoliberal puesto que el contenido de este proceso histórico ha sido desarrollado por intelectuales orgánicos<sup>83</sup> que sustentan sus pilares.

La Internacionalización de la Autoridad del Estado está dotada actualmente de la Conciencia que ha sido desarrollada por la globalización neoliberal, esto explica que las corporaciones tengan la legitimación para demandar en tribunales arbitrales al Estado, además de influenciar a sus instituciones para guiar medidas que no vulneren sus

---

<sup>83</sup> Es un concepto acuñado por Gramsci para referirse al grupo de intelectuales de un determinado grupo, el cual, a través de la reflexión y la acción colectiva, disputan el contenido ético-político de la sociedad. Ver: Gramsci, A. (1975) Cuaderno 12 Apuntes y ensayos dispersos sobre la historia de los intelectuales En: Cuadernos de la cárcel. Tomo cuatro. Cuadernos nueve, diez, once y doce. Segunda edición. México D.F. Editorial Benemérita. Pp. 353-358.

expectativas.

Sin embargo, surge un conflicto desde el mundo subdesarrollado, el cual necesita de la transferencia tecnológica y de la posibilidad de que corporaciones compartan sus patentes para favorecer el crecimiento tecnológico y económico.

Por lo tanto, ante esta relación dialéctica entre el Estado y el Inversionista, producida por la inequidad del sistema internacional, perpetuada por las normas político-económicas del marco de globalización actual y por el poder estructural del capital que genera la alineación regulatoria de los Estados. Considero que es necesario apoyar la creación de un marco jurídico internacional sobre inversión responsable, sustentable y que se haga cargo de la inequidad material y estructural de los Estados.

En ese sentido, el problema no es el legalismo formal que a través del respeto de la equidad soberana establece medidas insuficientes e insatisfactorias para las necesidades de los Estados en vías de desarrollo, sino que el problema es que la Conciencia hegemónica lleva a plantear este tipo de medidas. En consecuencia, el derecho se transforma en un fenómeno en disputa que dota de contenido a la Internacionalización de la Autoridad del Estado y además otorga eficacia a los lineamientos de la Conciencia hegemónica.

Es de destacar que los principios jurídicos son preconditionantes para la aplicación de las reglas del derecho internacional (Petersmann, 2009, p.187), y en ese sentido, surge la necesidad de disputar el contenido tanto del principio como de la norma sustantiva y procedimental que se utilizan en los tribunales arbitrales, los cuales plasman esta Conciencia en disputa a través de la jurisprudencia (Petersmann, 2009, p.13-14) que emana de los diversos conflictos que toman conocimiento.

También es cuestionable el rol que le asignan los tratados de inversión a la sociedad civil cuando el litigio trata sobre bienes públicos jurídicamente protegidos y que poseen un alto

valor para la sociedad<sup>84</sup> (Fernández, 2016, p.245-247), pues la disputa por “democratizar” estos tratados va de la mano con la inclusión de mecanismos que permitan la participación de terceros (Mashigo, Nohen & Pohl, 2012, p. 37) tales como ONG o asociaciones de ciudadanos que expresen sus posiciones ante el tribunal arbitral, pero con la suministración de información suficiente, puesto que la protección de la información dentro de los procesos arbitrales dificulta la defensa de los legítimos intereses de los ciudadanos ante estas instancias (Fernandez, 2016, p.256-259).

Existen diversas proposiciones que vienen a disputar dentro de la academia el contenido de los principios que debiesen regir al derecho internacional de las inversiones<sup>85</sup>, entre estas encontramos la necesidad de reconceptualizar un derecho ecológicamente sustentable (Miles, 2013, p.382-383), así como la incorporación de cláusulas que establezcan responsabilidad por el actuar de las corporaciones en los Estados receptores (Miles, 2013, p.382-383).

En búsqueda de concretar estas proposiciones, es necesario evaluar oportunidades estratégicas para la postulación de estas ideas que vienen a disputar el proceso global existente, una de estas instancias corresponde a las negociaciones para el desarrollo de estos mecanismos jurídicos (Mcrae, 2019, p.546), siendo acuciante reducir la influencia de grupos económicos (Gaukrodger, 2017, p.30) o que al menos los negociadores tengan la capacidad de balancear los intereses presentes para la materialización de estos instrumentos guiados por principios esencialmente democráticos y de protección de los DD.HH.

Finalmente, considero un ejemplo relevante de cómo disputar la globalización económica internacional, la Constitución de la República Plurinacional de Bolivia, la cual en el capítulo sobre “Condiciones para la ratificación de los tratados” en su artículo 257 establece un

---

<sup>84</sup> Recursos acuíferos, reservas naturales, salud pública, entre otros.

<sup>85</sup> Un ejemplo de esta disputa corresponde a la proposición de los académicos Howard Mann y Konrad Von Moltke consistente en la elaboración de un “Modelo de Acuerdo Internacional sobre Inversión para el desarrollo sostenible”, en el cual se han elaborado normas modelo y que poseen un contenido contrahegemónico a lo que tradicionalmente se ha estado desarrollando. Además, estos Profesores velan por la importancia de disputar académica y profesionalmente a través del cultivo de sus proposiciones basadas en un nuevo marco regulatorio de las inversiones.



mecanismo plebiscitario en el cual la sociedad civil es la encargada de ratificar los tratados en determinadas condiciones. Entre estas encontramos la integración monetaria, económica estructural y la cesión de competencias institucionales a organismos internacionales (Bolivia, 2009).

Por lo cual, Bolivia es un ejemplo sobre cómo a través de un proceso democrático plebiscitario, la sociedad se empodera sobre las consecuencias de mecanismos jurídicos internacionales a los cuales sus representantes quieren obligar al Estado.

Por lo tanto, la Internacionalización de la Autoridad del Estado tiene un contenido jurídico-institucional en disputa y los Estados como Bolivia, más allá de comprender su rol en el sistema internacional, instalan mecanismos activos dotados de un contenido contrahegemónico que buscan desafiar la Conciencia hegemónica internacional y disputarla.

### **Reflexiones finales: hacia un nuevo marco regulatorio del derecho internacional de las inversiones**

El proceso histórico de globalización neoliberal posee una conciencia que ha sido elaborada a través de la política económica de los EEUU el cual ejerce una hegemonía que le permite sostener un sistema de alianzas internacionales para la promoción de un marco político que le permite mantener un rol de supremacía.

El capital transnacional, como fuerza social relevante, ha logrado convertirse en el instrumento expansivo de la globalización, utilizando el poder directo y estructural del capital para ejercer un disciplinamiento indirecto de los estados que se someten al marco de pensamiento promovido por EEUU.

En virtud de este disciplinamiento, los estados se someten a un inevitable proceso de internacionalización de la autoridad, en el cual delegan competencias a organismos internacionales que, en virtud del legalismo formal, concretizan la inequidad derivada de la

estratificación internacional. A esto se suma el proceso de alineación regulatoria, produciendo que los estados deban ajustar sus regulaciones para permitir que las corporaciones puedan desarrollar sus actividades, reduciendo el margen de acción legislativa.

En ese sentido, el Capítulo de inversiones del Acuerdo megarregulatorio del Asia-Pacífico conserva los elementos que perpetúan la inequidad entre los Estados y sin establecer mecanismos de responsabilidad para los Inversores. Entonces es necesario un marco regulatorio que se haga cargo de la diferencia material permitiendo ventajas materiales enfocadas en el desarrollo de las fuerzas productivas y tecnológicas de los Estados subdesarrollados.

El mecanismo de arbitraje que posee el Tratado es reflejo de la Internacionalización de la Autoridad del Estado, en tanto que necesariamente lo excluye de la posibilidad de demandar, la sede es inevitablemente un tribunal internacional y el derecho aplicable es el derecho internacional, en donde los principios que forman parte del derecho de las inversiones colaboran hacia una interpretación pro-inversor. Además, la existencia del mecanismo permite que los inversionistas puedan influenciar en la autoridad del estado para evitar la adopción de medidas que puedan ser relevantes para el interés público o que limiten con los intereses de las corporaciones. Entonces, el arbitraje crea una equidad formal entre el estado y el inversor, ocultando la disparidad material de poder e influencia que le dio origen y el consiguiente desbalance sistémico-estructural.

Finalmente, se plantea que la Internacionalización de la Autoridad del Estado, el cual se ve profundizado por el mecanismo de solución de controversias del TPP-11, es un proceso inevitable debido a la globalización, por lo tanto, surge la necesidad de disputar el contenido de los mecanismos jurídicos, los cuales deben estar guiados por principios que exijan herramientas de participación para la sociedad civil con el fin de paliar el déficit democrático que acarrearán.

Estos principios se deben concretizar en normas que nos permitan crear un “nuevo marco

regulatorio internacional del derecho de las inversiones” (Miles, 2013, p.385), en donde la transferencia tecnológica, la responsabilidad corporativa efectiva, la ecología sustentable y la democracia sean los entes rectores del proceso de internacionalización del estado y, por consiguiente, que nos permitan contribuir a reducir la inequidad soberana del sistema internacional.

### Referencias bibliográficas

- BOLIVIA (2009) *Constitución Política del Estado*. La Paz.
- CHILE (2018) *Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico*. 8 de marzo. Santiago de Chile.
- CHIMNI, B. (2018) “Power and Inequality in Megaregulation: The TPP Model” In: *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering after TPP*. Oxford. Oxford University Press. pp. 124-139.
- CHOUKROUNE, L. (2016) “Introduction. Judging the State in International Trade and Investment Law. Why, How and What for?” In: *Judging the State in International Trade and Investment Law*. Singapore. Springer. pp. 1-8.
- CUTLER, A. C. (2003) *Private Power and Global Authority. Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge. Cambridge University Press.
- DALHUISEN, J. (2016) “Foreign Investment Arbitration” In: *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law. Volume I. The New Lex Mercatoria and its Sources*. Hart Publishing. pp. 559-590.

- FERNÁNDEZ, D. (2016) “La transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones” En: *Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*. Leiden. Koninklijke Brill. pp. 244-271.
  
- GAUKRODGER, D. (2017) “Adjudicator Compensation Systems and Investor-State Dispute Settlement” In: *OECD Working Papers on International Investment 2017/05*. pp. 1-41.
  
- GILL, S. (2008) *Power and Resistance in the New World Order*. Segunda Edición. Nueva York. Palgrave Macmillan.
  
- GRAMSCI, A. (1975) *Cuadernos de la cárcel. Tomo cuatro. Cuadernos nueve, diez, once y doce*. Segunda Edición. México D.F. Editorial Benemérita.
  
- KINGSBURY, B. (2019) “Introduction: The essence, significance, and problems of the trans-pacific partnership” In: *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering after TPP*. Oxford. Oxford University Press. pp. 1-24.
  
- KINGSBURY, B. (2019) “The Trans-Pacific Partnership as Megaregulation” In: *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering after TPP*. Oxford. Oxford University Press. pp. 27-60.
  
- LENG, C. (2019) “Finding a Workable Balance Between Investor Protection and the Public Interest in the Trans- Pacific Partnership” In: *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering after TPP*. Oxford. Oxford University Press. pp. 551-568.
  
- MASHIGO, K; NOHEN, A. & POHL, J. (2012) “Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey” In: *OECD Working Papers on International Investment 2012/02*. pp. 1-58.

- MCRAE, D. (2019) “State-to-State dispute settlement in Megaregionals” In: *Megaregulation contested: Global economic ordering after TPP*. Oxford. Oxford University Press. pp. 537-550.
  
- MILES, K. (2013) “Reform of the Dispute Settlement System” In: *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge. Cambridge University Press. pp. 372-385.
  
- MILLS, A. (2014) “The Balancing (and Unbalancing?) of Interests in International Investment Law and Arbitration” In: *The Foundations of International Investment Law. Bringing Theory into Practice*. Oxford. Oxford University Press. pp. 437-465.
  
- OECD (2015) “Investment Policy” In: *Policy Framework for Investment 2015 Edition*. Paris. OECD Publishing. pp. 23-37.
  
- PETERSMANN, E. (2009) “Constitutional Theories of International Economic Adjudication and Investor-State Arbitration” In: *Human Rights in Investor-State Arbitration*. Oxford. Oxford University Press. pp. 137-194.
  
- PETERSMANN, E. (2009) “Introduction and Summary: ‘Administration of Justice’ in International Investment Law and Adjudication?” In: *Constitutional Theories of International Economic Adjudication and Investor-State Arbitration*. Oxford. Oxford University Press. pp. 3-42.
  
- POHL, J. (2018) “Societal Benefits and Costs of International Investment Agreements: A Critical Review of Aspects and Available Empirical Evidence” In: *OECD Working Papers on International Investment 2018/01*. pp. 1-78.
  
- SCHENEIDERMAN, D. (2008) “Conclusion: A World of possibilities” In: *Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy’s Promise*. Cambridge. Cambridge University Press. pp. 223-235.

- SCHENEIDERMAN, D. (2008) “The Rule of Law” In: *Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy’s Promise*. Cambridge. Cambridge University Press. pp. 205-222.
  
- SORNARAJAH, M. (2015) “Earlier Phases of the International Law on Foreign Investment” In: *Resistance and Change in the International Law of Foreign Investment*. Cambridge. Cambridge University Press. pp. 31-77.
  
- STEPHAN, P. (2014) “International Investment Law and Municipal Law: Substitutes or complements?” *Capital Markets Law Journal*, Volume 9, Issue 4, pp. 354-372.
  
- UNITED NATIONS (2007) “Trends in International Investment Rulemaking: Arbitration Practice” In: *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*. Geneva. pp. 7-26.

# ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES: LOS EFECTOS NEGATIVOS EN LA SOBERANÍA AMBIENTAL

Raúl Martínez Cofré  
Ignacio Vásquez Torreblanca

## Introducción

Los Estados que firman tratados internacionales de comercio lo hacen debido a los beneficios económicos que estos significan, al mismo tiempo que los tratados regulan diferentes aspectos de la economía, como las inversiones extranjeras, al mismo tiempo imponen reglas tanto para los particulares como para los Estados. Parte de estas reglas consiste en establecer el método para la resolución de los conflictos jurídicos que puedan darse entre los particulares y el Estado, en este caso los Tribunales de Arbitraje Internacional son el órgano encargado de ejercer la función jurisdiccional.

El que instituciones externas a los ordenamientos jurídicos nacionales sean los encargados de resolver las contiendas, genera conflictos de diversa naturaleza entendiendo que la normativa de los tratados internacionales de comercio establece reglas especiales para los inversores extranjeros, tales como la posibilidad de invocar la figura de la expropiación indirecta, situación dispar en el caso de los inversores nacionales.

Este contexto jurídico diferente supone una serie de consecuencias problemáticas para los Estados y para la sociedad que habita en el estado, en este ensayo analizaremos en particular dos aspectos considerados de especial relevancia social: el contexto normativo y factico en el que se producen los arbitrajes y, siguiendo esa misma línea argumentativa las repercusiones negativas en la soberanía ambiental de los Estados.

## **La regulación de inversiones en los tratados internacionales: la expropiación indirecta**

Los tratados internacionales comerciales, regulan diferentes aspectos de la economía de un país, y un ejemplo claro de ello es el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TPP-11) que regula materias tales como: la Administración Aduanera, la defensa comercial, los servicios financieros, las telecomunicaciones y las inversiones<sup>86</sup>. Al regular estas materias también se definen, en estos tratados, los conceptos relevantes que conforman estas materias según criterios que encuentran su justificación en la seguridad jurídica que se debe para los sujetos, sean estos Estados o empresas.

En este orden de ideas, la normativa de inversiones en los tratados internacionales comerciales define una serie de conceptos que considera relevantes para la seguridad jurídica y la protección de los derechos del inversor extranjero, en particular el derecho de propiedad. Una institución de especial importancia que aparece señalada es la figura de la expropiación, y como se busca garantizar la protección al derecho de propiedad, es señalada solo como una excepción, además, para ser llevada a cabo se debe justificar con una serie de elementos, con especial atención a la oportuna indemnización que debe cancelar el Estado expropiador.

Respecto de los elementos que debe reunir la expropiación estos se encuentran mencionados en diversos tratados internacionales de comercio, como por ejemplo el Tratado de Libre Comercio Perú-EEUU, o el TPP-11; en estos aparecen mencionados cuatro elementos fundamentales para justificar el acto expropiatorio:

1. El bien expropiado debe ser expropiado debido a un fin público,
2. La expropiación debe realizarse con apego al principio del debido proceso,

---

<sup>86</sup> Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales (2019) *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP), Capítulo 9 de INVERSIÓN*. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/capitulos-del-acuerdo/>



3. La expropiación no debe darse de una manera discriminatoria,
4. Y una indemnización pronta, adecuada y efectiva<sup>87</sup>

Los elementos o condiciones mencionados para la existencia de una expropiación son plenamente razonables, en nuestro propio ordenamiento jurídico se encuentra consagrada la figura de la expropiación, con elementos similares o iguales a los mencionados, en el Artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República.

En ese orden de ideas, los tratados internacionales de comercio y el ordenamiento jurídico nacional son similares, con la importante salvedad que tienen los tratados internacionales de comercio al mencionar la figura de la *expropiación indirecta*<sup>88</sup>.

Ahora bien, si bien existe una discusión en torno el concepto de expropiación indirecta se entiende como expropiación indirecta aquella expropiación en la que no existe transferencia del título de propiedad, es decir, cuando el Estado realiza actos regulatorios que limitan o afectan el derecho de propiedad de una empresa o persona, pero esta conserva el título de propiedad<sup>89</sup>.

De acuerdo con lo anterior, es correcto afirmar que la figura de la expropiación indirecta posee cierto grado de discrecionalidad en el sentido de determinar cuáles actos o hechos facticos en particular son los que constituyen la expropiación indirecta.

En ese orden de ideas el principal problema que surge es determinar cuándo una actuación del Estado que afecte este derecho de propiedad es una actuación legítima o

---

<sup>87</sup> Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (2019) *Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos. Capítulo Diez de INVERSIÓN.* Disponible en: [http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=category&layout=blog&id=57&Itemid=80](http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=57&Itemid=80)

<sup>88</sup> Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (2019) *Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos. Capítulo Diez de INVERSIÓN, en particular el punto 9.8.* Disponible en: [http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=category&layout=blog&id=57&Itemid=80](http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=57&Itemid=80)

<sup>89</sup> Páez, M. (2006). La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. *Estudios Internacionales*, 39(153), p. 5-36. doi:10.5354/0719-3769.2011.14421

una actuación ilegítima, constitutiva de expropiación indirecta de los derechos e intereses de los inversores extranjeros<sup>90</sup>.

En una situación hipotética, en la cual un Estado en vista de las presiones políticas de la ciudadanía, regule de manera más estricta parámetros medioambientales de funcionamiento a empresas que trabajen con recursos naturales, estas se verían afectadas a cumplir con esta nueva normativa, con los gastos económicos que esta nueva situación supone, es decir, la regulación volvería la inversión o actividad económica de la empresa menos onerosa.

La importancia de la hipótesis anterior, es la siguiente reflexión: ¿podría una empresa inversora extranjera demandar a un Estado por un cambio en sus regulaciones? , es decir, ¿un cambio en las regulaciones de un Estado puede interpretarse como una expropiación indirecta?, si la respuesta es positiva, una variedad de situaciones hipotéticas podrían considerarse por la parte afectada como expropiaciones, argumentando que el actuar del Estado ha sido el causante de estas y que debe recibir una oportuna indemnización.

Lo anterior es de vital importancia, como se mencionó anteriormente los tratados internacionales de comercio buscan dar seguridad jurídica al inversor extranjero y el deber del Estado es cumplir con las disposiciones del tratado. El conflicto sucede cuando otro ámbito sectorial de la realidad, como lo es el cuidado del medioambiente, pasa a ser una prioridad para el Estado y este se ve contrapuesto con los intereses económicos de un particular. El Estado, entendiéndose el Legislador y la Administración del Estado, le resulta imposible rigidizar su actuar para evitar afectaciones a los patrimonios de los particulares, si entendemos un cambio en las regulaciones inevitablemente implica cambios en el patrimonio de los particulares, es decir, si el Estado actuase bajo la premisa de no dañar o modificar indirectamente el patrimonio de los particulares, limitaría indeterminadamente su actuar regulador hasta la no innovación normativa.

---

<sup>90</sup> Páez, M. (2006). La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. *Estudios Internacionales*, 39 (153), pp. 5-36.

De acuerdo con lo anterior, podemos entender que se configuran dos posturas antagónicas y dadas las circunstancias en la cual el Estado expropie, de manera directa o indirecta, el patrimonio de un inversor extranjero, este podrá demandar frente a los Tribunales de Arbitraje que aparezcan señalados en la normativa del tratado, es decir, el Estado y el inversor demandante se regirán por las reglas de arbitraje que señale el tratado respectivo.

### **Problemática entre Estados e inversores: análisis del caso de la Oroya**

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, también conocido como CIADI o ICSID por sus siglas en inglés, en diversos tratados internacionales comerciales es la institución elegida para resolver las disputas entre estados y particulares inversores, mediante los mecanismos de conciliación, arbitraje o comprobación de hechos<sup>91</sup>.

El estado de Perú desde el año 2006 forma parte de un Tratado de Libre Comercio con EEUU, conocido como también como *U.S.- Perú Trade Promotion Agreement (PTPA)*, el cual fija como tribunal de arbitraje en disputas de inversiones al CIADI en su capítulo relativo a las Inversiones.

En el contexto de este tratado, RENCO GROUP dueños de DOE RUN PERÚ (DRP), una empresa que desarrollaba sus actividades relativas a la metalurgia en la ciudad de la Oroya, inicio un arbitraje en contra del Estado Peruano, argumentando que este constantemente imponía a DRP nuevos proyectos ambientales que incrementaban el tiempo y dinero que anteriormente el Estado Peruano y DRP habían acordado previamente en el acuerdo PAMA, acusándolos de crear un ambiente hostil para las inversiones<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> CIADI (2019) *Acerca del CIADI*. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>

<sup>92</sup> ITALAW (2010) *The Renco Group, Inc. v. The Republic of Peru, ICSID Case No. UNCT/13/1 Claimant's Notice of Intent to Commence Arbitration*. Available: <https://www.italaw.com/cases/906>

En ese mismo orden de ideas, RENCO GROUP indica que DRP es susceptible de ser expropiado si es que Perú sigue con su trato injusto, acusando al Estado Peruano de intentar tomar el control sobre la compañía y de violar principios del derecho internacional, tales como el trato justo y equitativo. RENCO GROUP indica en términos generales un actuar malicioso de parte del Estado Peruano al generar circunstancias perjudiciales y lograr una expropiación indirecta a través de sus nuevas regulaciones y el consecuente debilitamiento en el patrimonio de la empresa debido a estas, es decir, RENCO GROUP interpreta que las innovaciones en la legislación medioambiental configuran un peligro para su actividad empresarial y entiende factible el reclamar una violación del tratado ante el CIADI.

La empresa desarrollaba su actividad económica metalúrgica, en un contexto de grave contaminación que enfermaban gravemente a la población en general y en particular a los niños de La Oroya, los cuales mostraban en exámenes de sangre una cantidad muy alta de metales pesados<sup>93</sup>. Los efectos a la salud por exposición de los contaminantes provenientes de fundiciones son de largo plazo y en la mayoría de los casos no son inmediatamente perceptibles. Estos pueden incluir entre otros: el deterioro irreversible del sistema respiratorio, cáncer, efectos adversos en la reproducción y en el desarrollo, daños a órganos vitales<sup>94</sup>.

Si bien finalmente el CIADI fallo a favor del Estado de Perú, las millonarias costas del juicio<sup>95</sup>, y los efectos nocivos en el medioambiente en la ciudad de la Oroya, siguen siendo parte de la realidad social provocada por la inadecuada configuración de los tratados internacionales de comercio, con particular atención a el apartado de inversiones y la figura de la expropiación indirecta.

Si bien es cierto que los tratados internacionales de comercio, como el citado PTPA

---

<sup>93</sup> Gismondi.G (2017) The Renco Group Inc v Republic of Peru: An Assessment of the Investor's Contentions in the context of Environmental Degradation. *Harvard Online Journal* 59, 1-2

<sup>94</sup> Anna K Cederstav & Alberto Baradiaran (2002). *La Oroya Cannot Wait, primera edición*. Lima, Perú.

cuentan con un apartado con regulación medioambiental, se entiende que esta regulación es mínima y que es necesaria una mayor exigencia a los inversores en virtud de la protección de la soberanía ambiental de los Estados.

### **Soberanía ambiental: un conflicto latente entre Estados e inversores**

El objeto de discusión en la relación Estado-inversión es la Soberanía Ambiental del propio estado, esta última entendida como la forma en que un estado focaliza el uso del territorio, tópico relacionado con grandes proyectos de inversión, ya sea en sectores de la industria minera, forestal o pesquera, además de agregar recientemente a la industria de energías renovables, junto al necesario control o regulación ejercido mediante la vía de la constitución política o bien a través de leyes (concesiones, permisos, regulación de planes de manejo y otros), que se transforman en un desafío creciente para una disciplina del derecho, como lo es el derecho ambiental.

La soberanía ambiental se sostiene bajo la subdivisión de principios, los cuales deben ser reconocidos y adoptados por los estados donde destaca el principio de buena vecindad, el cual coloca en los estados la responsabilidad de no dañar el medio ambiente y se relaciona con la obligación de cooperar para investigar, identificar y evitar daños ambientales entre estados, también resalta el principio de prevención de contaminación, donde el estado se obliga a prevenir daños dentro de su propia jurisdicción, esto se expresa por ejemplo en la detención de la eliminación de sustancias tóxicas en cantidades o en concentración que excedan la capacidad de degradación del medio ambiente, a fin de garantizar que no se causarán daños a los ecosistemas, todo esto bajo el contexto de actuación al comienzo del proceso, en lugar de esperar y luego restaurar las áreas contaminadas (Asamblea General ONU, 1987).

Entre otros principios destaca el de precaución, cabe mencionar que la norma relacionada con este principio se encuentra todavía en evolución, aunque ya se manifestó en el principio quince de la Declaración de Río, definiéndolo como la situación que ante un peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no se utilizará

como justificación para postergar la adopción de medidas eficaces en costos para evitar la degradación del medio ambiente (Naciones Unidas, 1992). Es decir, se da mayor atribución y discrecionalidad al poder político, de avanzar medidas precautorias y no estar sujeto en su totalidad a la respuesta científica.

Probablemente, el principio que marca la agenda mundial de los estados es el principio de desarrollo sostenible, el cual se define por primera vez en el Informe Brundtland (Asamblea General ONU, 1987), como un desarrollo que satisface las necesidades (en especial las necesidades esenciales de la población pobre del mundo) del presente, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer las suyas.

La idea de desarrollo sostenible sugiere que la labor de protección del medio ambiente corresponde al mejoramiento de la condición humana. Bajo el alero de un enfoque antropocéntrico, la protección de la fauna y de los recursos naturales no es un objetivo en sí mismo, sino una necesidad para garantizar una mejor calidad de vida para los seres humanos, autores como Alexandre Kiss, llegan mucho más allá en este alcance, definiendo que la problemática ambiental, no se soluciona solo bajo la creación de normas, sino más bien atacando el problema de fondo, es decir, el utilitarismo en las relaciones hombre-naturaleza, acá toda la naturaleza, animales, plantas y seres deben ser respetado y reconocidos, por tanto ha de faltar una ética que abarque a todos los seres para vivir en armonía y no desequilibrar uno u otro grupo, pues los problemas ambientales son un conflicto planetario (Kiss, 1976).

El desarrollo sostenible, tal como se refleja en los acuerdos internacionales, abarca al menos tres elementos:

— *Equidad intergeneracional*

La equidad intergeneracional es la responsabilidad de cada generación de dejar a las nuevas generaciones una herencia de riquezas que no sea menos que lo que ellas mismas heredaron.

— *Uso sostenible de los recursos naturales*

Si bien se ha intentado definir el principio del uso sostenible de los recursos naturales, no existe una definición general. Se usan términos tales como: apropiado, uso prudente, explotación sensata, gestión ambientalmente sana, ecológicamente sana y utilización racional, intercambiándose sin definiciones.

— *Integración del medio ambiente y desarrollo*

*“A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”* (Naciones Unidas, 1992). Las obligaciones ambientales, consideran el desarrollo económico y social y viceversa. Hoy el cambio hacia un desarrollo sostenible exige, por ejemplo, nuevos sistemas de contabilidad para la evaluación del progreso del país. El sistema de contabilidad debería incluir al menos un mecanismo de control de la contaminación y del daño ambiental al calcular el producto interno bruto (PIB). Por ejemplo, la extracción de minas no reflejaría un aumento del PNB, sino también una reducción de los recursos naturales. En la microeconomía, el desarrollo sostenible requeriría, por ejemplo, la imposición de costos por daños ambientales al estado que causó el daño.

La integración del medio ambiente y el desarrollo se remite a la Conferencia de Naciones Unidas de 1949 sobre Conservación y Utilización de Recursos, la cual reconoció la necesidad de desarrollo permanente y la aplicación generalizada de las técnicas de conservación y utilización de recursos.

Para la soberanía del Estado, el control del territorio o porción del medioambiente, y su relación con el espacio marítimo, continental o aéreo, desencadena un conjunto de procesos geopolíticos, donde hay un sistema de interacción de poder, donde la tradicional “autonomía” en una visión de dualismo de órdenes jurídicos, va cediendo progresivamente

a un *coupling* donde por sus características las normas del Derecho internacional ambiental, van integrándose al orden jurídico interno, siendo incluso autoejecutables, incorporándose así progresivamente grandes principios que por razones de certeza jurídica se van desarrollando en la normativa legal nacional (Guevara, 2017).

Los estados tienen una responsabilidad conductual frente a los derechos soberanos en relación con sus recursos naturales, por consecuente esta responsabilidad se transforma en un imperativo de conducta y en un pacto explícito con la ciudadanía, con el fin de ausencia total de daño al medio ambiente. Aunque en muchas circunstancias, el concepto de soberanía de un estado recaiga sobre sus recursos naturales arraigado en el antiguo principio de soberanía territorial, la Asamblea General de las Naciones Unidas lo impulsó más aun, al declarar, *inter alia*, que el derecho de los pueblos y naciones a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales y riquezas debe ejercerse en interés del desarrollo y el bienestar de los habitantes del país. Esta resolución refleja el derecho a la soberanía permanente sobre los recursos naturales como un derecho internacional, aceptado por los tribunales, como un reflejo de las costumbres internacionales. La soberanía nacional sobre los recursos naturales se ha corroborado en acuerdos internacionales (UNESCO, 1972).

Paulatinamente los sistemas jurídicos han avanzado reconociendo mediante las Constituciones Políticas, el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, fijando además un mandato extra al Estado, que es velar por que este derecho no sea afectado y a su vez, tutelar la preservación de la naturaleza. Ahora bien, cabe destacar que, a la hora de la celebración de tratados internacionales, la iniciativa personal emanada por multinacionales al adoptar voluntariamente acciones medioambientales debe ser reconocida, siempre cuando se ejecuten respetando los márgenes constitucionales, los estados tienden a confundir la libre iniciativa empresarial con la responsabilidad social empresarial, dejando a un lado las obligaciones concretas a las que debieran someterse tal empresa.

El desafío del Estado de derecho Ambiental, es entender la soberanía ambiental



desplegada bajo una doble dimensión, humana y natural, mejor dicho, en dos ámbitos más extendidos del concepto de naturaleza, que incluyen la “naturaleza de la persona humana” y la “preservación de la naturaleza”, entendiendo este dúo como aquel conjunto de cosas que existen en el mundo o que se producen o modifican sin intervención del ser humano, finalmente los estados cumplen una relevancia decisoria al cuestionarse, sobre las llamadas “barreras no arancelarias”, que a su vez plantean un sin fin de interrogantes a la hora de la celebración de un tratado, es decir, ¿ estas barreras arancelarias dañaran o generarán perjuicio a la soberanía de los pueblos originarios sobre su territorio? ¿Serán estas las medidas que en pro de una inversión cortoplacista y/o mal diseñadas dañarán a las comunidades campesinas o pescadores artesanales sobre ciertos bienes ambientales?

### **Reflexiones finales**

La importancia de resguardar la soberanía nacional, hacen menester configurar tratados internacionales de comercio que regulen de manera más estricta la protección del medioambiente, es decir, que se disponga de manera expresa una garantía superior que impida que se den situaciones en las que inversores extranjeros puedan presionar, con la amenaza de comenzar un arbitraje, a los Estados a aceptar condiciones empresariales que no cumplan con la normativa medioambiental.

Los riesgos de no aumentar la rigurosidad suponen esperar más situaciones como la del caso de la Oroya. Sin embargo, el cambio de ánimo de los Estados respecto de la soberanía ambiental hace pensar que el progreso en la implementación de los principios, como lo es la integración del medio ambiente y desarrollo, pronto se verán reflejados en la normativa internacional relativa a el comercio.

En ese mismo orden de ideas, hay que mencionar que los Estados deben realizar una evaluación al momento de aceptar condiciones preexistentes en los tratados, verificando en un juicio de ponderación si el beneficio económico vale el sacrificio de parte de su soberanía ambiental. El ejercicio de justificación argumentativa es necesario, porque los

Estados son responsables de aceptar las condiciones de los tratados y por lo tanto de todas las problemáticas anteriormente comentadas. Si los Estados no tienen los mecanismos para prever las consecuencias jurídicas, significa que se deben crear nuevos mecanismos, ya sea en forma de instituciones jurídicas o procedimientos que permitan soluciones menos costosas para la sociedad civil.

Finalmente, hay que indicar que la soberanía ambiental y sus principios conformantes, deben funcionar como justificación para la creación de estas nuevas instituciones jurídicas, de otra manera el medioambiente y la salud de la población civil nuevamente estarán sometidos a la decisión de un tribunal de arbitraje.

### Referencias bibliográficas

- Asamblea General ONU (1987) *Informe de la comisión mundial sobre el medio ambiente y el desarrollo*, Nueva York: Naciones Unidas
- CEDERSTAV, Anna K. & BARADIARAN, Alberto (2002) *La Oroya Cannot Wait*, Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental & AIDA
- CIADI (2019) *Acercas del CIADI*. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>
- GISMONDI, G (2017) “The Renco Group Inc v Republic of Peru: An Assessment of the Investor’s Contentions in the context of Environmental Degradation”, *Harvard Online Journal*, 59, pp. 1-2
- Guevara, D. (2017) *Soberanía Ambiental y Justicia Ambiental*, Santiago, Cuenta Pública 2017 del Primer Tribunal Ambiental.

- ITALAW (2010) *The Renco Group, Inc. v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. UNCT/13/1 *Claimant's Notice of Intent to Commence Arbitration*. Available: <https://www.italaw.com/cases/906>
  
- KISS, A. (1976) *Survey of Current Developments Environmental Law*. Switzerland: International Union of Conservation of Nature and Natural Resources (IUCN).
  
- MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO DE PERÚ (2019) *Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos. Capítulo Diez de INVERSIÓN*. Disponible en: [http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=category&layout=blog&id=57&Itemid=80](http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=57&Itemid=80)
  
- NACIONES UNIDAS (1972) *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano*. Estocolmo.
  
- NACIONES UNIDAS (1992) *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Rio de Janeiro.
  
- PÁEZ, M. (2006) “La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados”, *Estudios Internacionales*, 39 (153), pp. 5-36
  
- SUBSECRETARIA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES DE CHILE (2019) *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP), Capítulo 9 de INVERSIÓN*. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/capitulos-del-acuerdo/>
  
- UNESCO (1972) *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*, París: UNESCO.

# EL USO DE LA FUERZA EN LA ERA DIGITAL: UN ANÁLISIS CRÍTICO DEL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 2 (4) DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

María Consuelo Gálvez

*«When I look at a nuclear explosion and the explosion that happened in our country in May, I see the same thing (...) Like nuclear radiation, cyber war doesn't make you bleed, but it can destroy everything» Ene Ergma, ex vocera del Parlamento de Estonia (2007)*

## Introducción

Los avances tecnológicos son armas de doble filo. Por un lado, nos brindan nuevos beneficios, nuevas oportunidades y herramientas más eficientes y eficaces. Pero, por otro lado, traen consigo nuevos desafíos, nuevas dificultades y consecuencias imprevistas para el derecho. La rueda, la imprenta, la pólvora y la energía nuclear son algunos ejemplos de avances tecnológicos que tuvieron impactos revolucionarios sobre la sociedad, y que exigieron que ésta reaccionara rápidamente para adaptarse a los nuevos cambios. En la actualidad, existe un nuevo avance que ha evolucionado a pasos desmesurados y que ha llegado a alterar prácticamente todo aspecto de las relaciones humanas. Ese nuevo avance es el internet. Todas estas invenciones, a pesar de haber surgido en períodos históricos radicalmente distintos, tienen un factor en común: todas ellas nacieron con el fin de innovar y mejorar el estado de las cosas, pero, al mismo tiempo, todas nacieron bajo la amenaza de caer en manos de aquellos que pudieran llegar a manipularlas maliciosamente.

El presente trabajo tiene por objetivo realizar un análisis crítico del concepto de *fuerza* contenido en la prohibición del artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas, particularmente, a la luz del surgimiento (cada vez más frecuente) de los ciberataques como una nueva forma de fuerza que cabría encuadrar dentro de esta prohibición. Para

estos efectos, el trabajo se dividirá en tres partes. En la primera parte se expondrá un breve desarrollo histórico del principio de prohibición del uso de la fuerza que culmina con la redacción del artículo 2 (4) de la Carta de la ONU. Luego se presentarán las distintas posturas que han surgido en torno al entendimiento e interpretación del concepto de “fuerza” empleado en el artículo 2 (4) de la Carta.

Finalmente, se introducirá el concepto de *ciberataques* y se argumentará que estos pueden llegar a constituir un uso de fuerza que se encuentra prohibido al tenor del artículo 2 (4) de la Carta. Esta parte se subdividirá a su vez en: (i) el concepto de *ciberataques* (ii) un análisis de cuándo puede entenderse que los ciberataques vulneran la prohibición del artículo 2 (4) teniendo en cuenta sus efectos, y (iii) una exposición de casos que abren el debate sobre los ciberataques que no producen consecuencias físicamente perceptibles. Finalmente, se harán algunos comentarios a modo de conclusión.

### **El principio de prohibición del uso de la fuerza en el derecho internacional: un breve desarrollo histórico.**

*Ojo por ojo, diente por diente.* La fuerza ha sido utilizada por el ser humano como un medio de justicia retributiva desde las primeras civilizaciones. Ello ha tenido como consecuencia el surgimiento de numerosos instrumentos a lo largo de la historia que han proscrito el uso injustificado de la fuerza como mecanismo de solución de conflictos, y que la han delimitado al cumplimiento de ciertas condiciones<sup>96</sup>.

Luego de las atrocidades que dejó la Primera Guerra Mundial, la Liga de las Naciones intentó dar un gran paso hacia erradicar la guerra como medio de solución de controversias a través del Tratado de Versalles. Sin embargo, si bien este Tratado marcó un importante hito dentro del desarrollo del principio de prohibición del uso de la fuerza, sus disposiciones no prohibían expresamente que los Estados optaran por la guerra como forma de solucionar sus conflictos<sup>97</sup>. Más bien lo que hacían era incentivar que los

---

<sup>96</sup> Coleman Phillipson, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, ii (1911), 179.

<sup>97</sup> James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, vols., 8th ed. (London: Oxford University Press, 2012). p. 744.

Estados prefirieran solucionar sus conflictos mediante mecanismos pacíficos señalando que, de no ser posible para los Estados solucionar sus controversias por medio de estos, ellos podrían optar por la guerra como último recurso para solucionar sus disputas<sup>98</sup>.

En opinión de Sir Ian Brownlie, un aporte mucho más significativo para el desarrollo de la doctrina de prohibición del uso la fuerza estuvo dado por el Tratado de Renuncia a la Guerra de 1928 o *Pacto Briand-Kellog*, cuyas partes en su artículo I condenaban el hecho de recurrir a la guerra para efectos de solucionar controversias internacionales y renunciaban a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas.<sup>99</sup> Dicho instrumento tuvo una influencia importante sobre la práctica estatal de la época, llevando a la creación de numerosos tratados nuevos que reafirmaban y precisaban sus obligaciones<sup>100</sup>. El Pacto también aportó a la construcción de las bases sobre las cuales se fundaron los Tribunales de Núremberg y Tokio<sup>101</sup>, y sentó algunos precedentes legales para la elaboración de la Carta de las Naciones Unidas<sup>102</sup>,

Finalmente, en 1945, luego de que los instrumentos normativos vigentes a la época fallaran rotundamente en evitar que los Estados volvieran a ser víctimas de las atrocidades de la guerra, se firmó la Carta de las Naciones Unidas creando la Organización de las Naciones Unidas<sup>103</sup>. Uno, y quizás el mayor, de los fundamentos bajo los cuales se creó la Organización y que se consta en el preámbulo de Carta fue el de “(...) asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común”<sup>104</sup>. Este principio fundante de las Naciones Unidas fue expresamente consagrado como regla en el artículo 2 (4) por los redactores de la Carta.

---

<sup>98</sup> Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force By States*. (London: Oxford University Press, 1963). p. 56.

<sup>99</sup> Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*. p. 745.

<sup>100</sup> Brownlie, *International Law and the Use of Force By States*. pp.75-76.

<sup>101</sup> Hans Kelsen, “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?” *The International Law Quarterly*. 1.2 (1947): 153–171.

<sup>102</sup> Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*. p. 745.

<sup>103</sup> “Organización de las Naciones Unidas: Información general,” 2 octubre 2014, online, Internet, 14 Sep. 2019, Available <https://www.un.org/es/sections/about-un/overview/index.html>.

<sup>104</sup> Organización de las Naciones Unidas, “Carta de las Naciones Unidas,” 24 octubre 1945, Disponible [https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/Carta\\_NU.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Carta_NU.pdf).

## El artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas y el concepto de “fuerza”.

El artículo 2 (4) de la Carta de la ONU establece que “*Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: [...] 4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o a la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.*” Esta norma ha sido considerada por la Corte Internacional de Justicia como uno de los cimientos de la Carta de las Naciones Unidas<sup>105</sup>, e incluso ha sido calificado como una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*) por la Comisión de Derecho Internacional<sup>106</sup>. Con todo, junto con la gran importancia que se le ha reconocido a este artículo dentro de la Carta, también han surgido importantes debates en torno a su aplicación y extensión.

Resulta obvio que el artículo 2 (4) prohíbe el uso de la fuerza entendida como *fuerza militar* física, no obstante, existe una enorme falta de consenso en la doctrina respecto a si debe entenderse que la regla se extiende a otras clases de fuerza fuera de la militar<sup>107</sup>. En cuanto a la práctica de la Corte Internacional de Justicia, si bien esta ha sido fundamental para clarificar puntos oscuros sobre la aplicación de la regla, tampoco ha dejado el debate en torno al concepto de *fuerza* completamente zanjado<sup>108</sup>. En este sentido, han surgido dos posturas doctrinarias divergentes en torno al alcance del concepto de *fuerza* del artículo 2 (4). Por un lado, se encuentran aquellos que abogan por una interpretación restrictiva de la regla, y por el otro lado, están quienes que sostienen una interpretación

---

<sup>105</sup> “Judgments | *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), 2005 | International Court of Justice,” n.d., online, Internet, 11 September 2019, Available: <https://www.icj-cij.org/en/case/116/judgments>. para. 223.

<sup>106</sup> Véase International Law Commission, “Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries” (1966), p. 247. Véase también Judgments | *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. The United States), 1986 | International Court of Justice, para. 190.

<sup>107</sup> Véase Oliver Corten, “The Controversies Over the Customary Prohibition on the Use of Force: A Methodological Debate” *The European Journal of International Law*. 16.5 (2006): 803–822.

<sup>108</sup> Clause Krieb, “International Court of Justice and the ‘Principle of Non-Use of Force’” *Oxford Handbooks Online*., Jun. 2016, online, Internet, 11 Sep. 2019., Available: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/law/9780199673049.001.0001/oxfordhb-9780199673049-e-26>.

extensiva de la misma<sup>109</sup>.

#### a. Interpretación restrictiva del artículo 2 (4)

Aquellos que defienden una interpretación restrictiva del artículo 2 (4) de la Carta sostienen que el término *fuerza* hace referencia exclusivamente a fuerza física militar, sin extenderse a otras clases de fuerza<sup>110</sup>. Quienes abogan por esta interpretación construyen un argumento en base a los *travaux préparatoires* de la Carta, ya que, conforme al artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los trabajos preparatorios de un tratado sirven como medios de interpretación complementarios cuando la interpretación de un término resulta ambigua u oscura<sup>111</sup>. Los *travaux préparatoires* de la Carta reflejan claramente que sus redactores tenían la intención de excluir la fuerza económica o política del alcance del concepto de *fuerza* empleado en el artículo 2 (4) de la Carta<sup>112</sup>.

En consecuencia, el argumento de quienes sostienen esta clase de interpretación se resume en que, dado que los redactores de la Carta no tuvieron la intención de extender el concepto a otros tipos de fuerza, el término *fuerza* empleado en el artículo 2 (4) únicamente debe ser entendido como fuerza militar. Adicionalmente, considerando el contexto histórico dentro del cual fue redactado el artículo, queda claro que su propósito era proscribir la guerra y con ello todo tipo de uso de fuerza militar entendida como ejércitos profesionales haciendo uso de armas convencionales<sup>113</sup>. Por ende, al menos a primera vista, resultaría lógico restringir el alcance del término *fuerza* exclusivamente a la fuerza militar teniendo en cuenta la historia fidedigna de la regla.

---

<sup>109</sup> Clause Krieb, "International Court of Justice and the 'Principle of Non-Use of Force'" *Oxford Handbooks Online*, Jun. 2016, online, Internet, 11 September 2019, Available <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/law/9780199673049.001.0001/oxfordhb-9780199673049-e-26>.

<sup>110</sup> Bruno Simma et al., "Purposes and Principles, Article 2 (4)" in *The Charter of the United Nations: A Commentary*, vol. I, vols., 3rd ed. (Oxford University Press, 2012)

<sup>111</sup> "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados" (Viena, Austria, 23 May 1969), Available: [https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference\\_docs/convencion\\_viena.pdf](https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf).

<sup>112</sup> Simma et al., "Purposes and Principles, Article 2 (4)"

<sup>113</sup> Russell Buchan, "Cyber Attacks: Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions?" *Journal of Conflict and Security Law*. 17.2 (2012): pp. 212–227.



## b. Interpretación extensiva del artículo 2 (4)

Por otra parte, quienes defienden una interpretación extensiva de la regla contenida en el artículo 2 (4) de la Carta de la ONU sostienen que el concepto *fuera* puede ampliarse a otras clases de fuerza que no caben necesariamente dentro del concepto de fuerza militar física<sup>114</sup>. A juicio de Sir Ian Brownlie, no cabe duda de que el concepto de “uso de la fuerza” se refiere generalmente a ataques militares armados llevados a cabo por fuerzas militares, navales o aéreas de los Estados, sin embargo, en principio y en la práctica el término tiene un significado mucho más amplio<sup>115</sup>. Quienes sostienen esta interpretación del artículo 2 (4) lo hacen en base a una serie de argumentos que se expondrán a continuación.

Un primer argumento se ha formulado a partir de la regla contenida en el aforismo *expressio unius est exclusio alterius*<sup>116</sup>. Este argumento señala que, mientras que algunos preceptos en la Carta de la ONU hacen referencia expresa a la “*fuera armada*”<sup>117</sup>, el artículo 2 (4) únicamente se refiere a la “*fuera*” en términos generales. Lo cual reflejaría que el significado de *fuera* dentro del artículo 2 (4), al estar expresado en términos generales, puede extenderse a otras clases de fuerza fuera del concepto de fuerza armada en un sentido militar<sup>118</sup>.

Se ha alzado otro argumento en base al contenido de la Resolución 2625 de la Asamblea General, la cual fue elaborada para reafirmar y precisar los principios fundantes de la Carta de la ONU. Dicha Resolución afirma expresamente que “[...] *no solamente la intervención armada, sino también cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y*

---

<sup>114</sup> Distefano, Giovanni. “Use of Force.” *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (2014). Online. Internet 11 September 2019. Available: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/law/9780199559695.001.0001/law-9780199559695-e-22>. p. 2.

<sup>115</sup> Brownlie, *International Law and the Use of Force By States*. p. 361.

<sup>116</sup> Regla de interpretación jurídica que se traduce en: “la inclusión de uno supone la exclusión de otro”.

<sup>117</sup> Véanse los artículos 41 y 46 de la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>118</sup> Distefano, “Use of Force” p. 2.

*culturales que lo construyen, son violaciones del Derecho Internacional*<sup>119</sup>. Por tanto, dado que se trata de una resolución proveniente de autoridad competente que reafirma y expande el principio de prohibición del uso de la fuerza contenido en la Carta de la ONU a otras clases de fuerza distintas a la fuerza militar, la palabra *fuerza* contenida en el artículo 2 (4) también debe leerse en ese mismo sentido amplio<sup>120</sup>.

Un tercer argumento ha sido construido en base a la regla general de interpretación contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Dicha regla establece que los tratados deben ser interpretados “(...) *de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”<sup>121</sup>. De aquí se desprenden dos factores que deben considerarse para determinar el sentido corriente de los términos de un tratado, en primer lugar, el *objeto y fin* del tratado, y, en segundo lugar, el *contexto* en el que fue elaborado el tratado.

En cuanto al *objeto y fin* del tratado, la Corte Internacional de Justicia al aplicar esta regla en la práctica ha establecido que debe recurrirse al preámbulo de una convención para dilucidar su objeto y fin<sup>122</sup>. El preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas refleja claramente que su objeto y fin es asegurar el mantenimiento de la paz y seguridad mundial incentivando la cooperación entre estados para la solución de sus conflictos. Lo anterior es coincidente con los propósitos y objetivos de la Organización en el mundo<sup>123</sup>, y refleja un interés humanitario común que tuvieron los Estados al momento de firmar la

---

<sup>119</sup> “Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” *Derecho Internacional Público* - [www.dipublico.org](http://www.dipublico.org), 24 June 2010, online, Internet, 14 Sep. 2019. Available <https://www.dipublico.org/3971/resolucion-2625-xxv-de-la-asamblea-general-de-naciones-unidas-de-24-de-octubre-de-1970-que-contiene-la-declaracion-relativa-a-los-principios-de-derecho-internacional-referentes-a-las-relaciones-de/>.

<sup>120</sup> Distefano, “Use of Force.” p. 2.

<sup>121</sup> “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”

<sup>122</sup> Véase “Judgments | Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening) | International Court of Justice,” n.d., online, internet, 14 Sep. 2019, Available <https://www.icj-cij.org/en/case/148/judgments>. paras. pp. 56-58.

<sup>123</sup> “Propósitos y objetivos de la ONU en el mundo” *ONU.*, 16 noviembre 2015, online, internet, 14 sep. 2019, Available <https://onu.org.gt/onu-en-el-mundo/propositos-y-objetivos-de-la-onu-en-el-mundo/>.

Carta<sup>124</sup>. En consecuencia, si interpretamos los términos del artículo 2 (4) conforme a la regla general de interpretación de la Convención de Viena, estos deben interpretarse teniendo en cuenta que el objeto y fin de la Carta es lograr el mantenimiento de la paz y seguridad mundial. Una interpretación realmente consistente con este objeto y fin necesariamente extiende el concepto de *fuerza* a cualquier manifestación de fuerza que pueda poner en peligro ese estado de paz<sup>125</sup>.

En cuanto al *contexto* histórico dentro del cual fue redactada la Carta de la ONU, los *travaux préparatoires* reflejan claramente que el propósito específico del artículo 2 (4) era lograr la proscripción de la guerra armada como medio de solución de controversias internacionales<sup>126</sup>. Sin embargo, aquí resulta de suma importancia destacar el hecho de que en 1945 era prácticamente imposible que los redactores de la Carta lograran prever todas las formas en las que pudiera llegar a manifestarse la fuerza, especialmente si consideramos tecnologías que a la época eran inexistentes. La incapacidad de los redactores de la Carta de anticiparse a nuevas formas de fuerza que a la fecha de eran inimaginables por ningún motivo debe ser entendida como una intención de querer excluir estas formas imprevistas de fuerza de la prohibición contenida en el artículo 2 (4).

En consecuencia, si interpretamos el término *fuerza* contenido en el artículo 2 (4) de la Carta acorde a la regla del artículo 31 de la Convención de Viena, esto es, conforme al objeto y fin de la Carta y considerando el contexto en el que fue redactada, debemos concluir que el término *fuerza* ha de ser interpretado de forma amplia extendiéndose a otras clases de fuerza fuera de la militar. Especialmente considerando que era imposible que los redactores de la Carta en 1945 lograran prever todas las formas de ejercer la fuerza que pudiesen surgir con la llegada de nuevas tecnologías, lo cual es precisamente lo que ocurre con los ciberataques.

---

<sup>124</sup> Enzo Cannizzaro, *Common Interests of Humankind and the International Regulation of the Use of Force*, vols. (Oxford University Press, 2018), online, Internet, 14 Sep. 2019., Available: <https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/oso/9780198825210.001.0001/oso-9780198825210-chapter-22>.

<sup>125</sup> Buchan, "Cyber Attacks." p. 215.

<sup>126</sup> Brownlie, *International Law and the Use of Force By States*. pp. 361-368.

## Los ciberataques: Una nueva manifestación del uso de la fuerza

### a. Concepto de *ciberataque*

El *Manual de Tallin 2.0 sobre el derecho internacional aplicable a las operaciones cibernéticas*<sup>127</sup> define a los ciberataques como “(...) *aquellas operaciones cibernéticas, tanto ofensivas como defensivas, que pueden causar la lesión o muerte de personas o producir el daño o destrucción de objetos*”<sup>128</sup>. En los comentarios a la regla que contiene esta definición, el grupo de expertos redactores del manual (haciendo referencia al caso *Tadić*<sup>129</sup>) subraya que los “actos de agresión” no deben limitarse a actividades que implican una liberación de energía cinética, sino que deben observarse las consecuencias de una operación y no su naturaleza para considerarlas “ataques”<sup>130</sup>. Adicionalmente, el grupo de expertos señala que el hecho de que la regla haga expresa mención a “*personas*” y “*objetos*” no implica la exclusión de ataques ejercidos contra datos informáticos<sup>131</sup>.

Este concepto de ciberataque es plenamente consistente con una interpretación extensiva del término *fuerza* contenido en el artículo 2 (4) de la Carta de la ONU, por lo que resultaría lógico encuadrar a esta clase de operaciones dentro del principio de prohibición de uso de la fuerza. Sin embargo, antes de llegar a esta conclusión, resulta importante determinar bajo qué circunstancias se entiende que los ciberataques constituyen un uso de fuerza prohibido por el artículo 2 (4) de la Carta.

---

<sup>127</sup> El Manual de Tallin 2.0 fue el resultado de una segunda convocatoria impulsada por la OTAN de un grupo de expertos en materias relacionadas con la ciberseguridad para determinar el derecho internacional aplicable a las operaciones cibernéticas. Véase: Dra. Claudia Elizabeth Fonseca and Ivonne Luz Perdomo, “El Manual de Tallin y la Aplicabilidad del Derecho Internacional a la Ciberguerra” *Revista de la ESG*. 588 (2014), Available [http://www.cefadigital.edu.ar/bitstream/123456789/993/1/Revista%20ESG%20no.588-2014\\_Fonseca\\_172.pdf](http://www.cefadigital.edu.ar/bitstream/123456789/993/1/Revista%20ESG%20no.588-2014_Fonseca_172.pdf).

<sup>128</sup> International Group of Experts at the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, *Tallin Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, (United Kingdom: Cambridge University Press, 2017). Rule 92. p. 415. (Traducción libre por M. Consuelo Gálvez R).

<sup>129</sup> *Prosecutor v. Dusko Tadic (Appeal Judgement)*, IT-94-1-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 15 July 1999, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICTY,40277f504.html> [accessed 16 September 2019]. Paras. 120, 124.

<sup>130</sup> International Group of Experts at the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, *Tallin Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*. p. 415.

<sup>131</sup> *Ibid.* p. 416.

**b. Los efectos que producen los ciberataques: ¿cuándo se entiende que los ciberataques vulneran la prohibición del artículo 2 (4)?**

Los expertos redactores del Manual de Tallin 2.0 han manifestado claramente que no es el estatus del ciberataque lo que lo califica como un ataque, sino que son más bien las *consecuencias* que estos producen<sup>132</sup>. Lo anterior es consistente con el argumento sostenido por Brownlie de que, para determinar si un acto constituye un uso de la fuerza, deben observarse los *efectos* que produce el arma<sup>133</sup>. En este sentido, resulta necesario distinguir entre ciberataques que producen consecuencias físicamente perceptibles, y ciberataques que no producen consecuencias físicamente perceptibles.

En cuanto a los primeros, no cabe duda de que un ciberataque que causa daños físicos a personas o a objetos cabe dentro del concepto amplio de *fuerza* del artículo 2 (4) que hemos construido, y que, en consecuencia, se encuentra prohibido (*a priori*) por el derecho internacional. Tal sería el caso, por ejemplo, de un ciberataque que altera el sistema operativo de una planta de energía y causa un incendio. Ahora bien, cuando se trata de la segunda clase de ciberataques – esto es, aquellos que no producen consecuencias físicamente perceptibles – el asunto resulta mucho más complejo. Para determinar si esta segunda clase de ciberataques debería encuadrarse dentro del concepto de “uso de fuerza” del artículo 2 (4), se hará referencia a casos emblemáticos que han dado lugar a este debate.

**c. Casos prácticos**

— Estonia 2007

Este caso es de especial relevancia dado que marcó el inicio de las discusiones sobre el lugar que guardan los ciberataques dentro del derecho internacional. Fue producto de este suceso que nació el *Cyber Defence Centre of Excellence* de la OTAN, el cual

---

<sup>132</sup> Ibid. p. 417.

<sup>133</sup> Brownlie, *International Law and the Use of Force By States*. pp. 362-363.

posteriormente tomó la iniciativa de convocar a un grupo de expertos a un *think-tank* mundial que culminó con la publicación de la primera versión del Manual de Tallin en 2013<sup>134</sup>.

En abril del 2007 el gobierno de Estonia anunció que movería una estatua de un soldado soviético a las afueras de la ciudad de Tallin, lo cual generó mucha controversia entre los ciudadanos estonios. Para algunos, la estatua representaba la victoria liberadora de la Unión Soviética sobre el régimen nazi, mientras que, para otros, la estatua era un símbolo de un soldado soviético invasor y opresor. La decisión del gobierno desató una serie de agitadas manifestaciones que iniciaron las calles de la capital, pero que acabaron traspasándose a la red digital<sup>135</sup>.

Según relata un reportaje de la *BBC*, a partir del 27 de abril del 2007, Estonia fue blanco de ciberataques que en algunos casos duraron semanas. El noticiero aseguró que “*Las páginas web de bancos, medios de prensa y organismos gubernamentales colapsaron debido a niveles sin precedente de tráfico en internet. Redes de robots informáticos – conocidos como ‘botnets’ – enviaron cantidades masivas de mensajes basura (‘spam’) y pedidos automáticos online para saturar los servidores. El resultado fue que los estonios se quedaron sin poder usar cajeros automáticos y servicios de bancos online [y que] los empleados estatales no pudieron comunicarse por correo electrónico*”<sup>136</sup>.

Este caso da cuenta de cómo un ciberataque puede llegar a afectar negativamente el funcionamiento corriente de las actividades de un país entero, sin producir ningún daño físico. Si bien resulta problemático para algunos autores ampliar el concepto de *fuerza* del artículo 2 (4) a esta clase de ataques<sup>137</sup>, el caso de Estonia del año 2007 nos hace cuestionar si –al menos en algunos casos, cuando las consecuencias resultan ser de carácter grave y masivo– debiese considerarse que los ciberataques que no producen

---

<sup>134</sup>Véase la introducción al *Tallin Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*.

<sup>135</sup> Buchan, “Cyber Attacks.” p. 218.

<sup>136</sup> Damien McGuinness, “How a cyberattack transformed Estonia” *BBC News*, 27 Apr. 2017, sec. Europe, online, Internet, 5 sep. 2019. Available <https://www.bbc.com/news/39655415>.

<sup>137</sup> Buchan, “Cyber Attacks.” p. 219.

consecuencias directas físicas caben dentro de la prohibición contenida en la regla del artículo 2 (4) de la Carta de la ONU.

— Irán 2010: *Stuxnet*

En julio del 2010 las autoridades iraníes detectaron un virus llamado *Stuxnet* en sus sistemas operativos. Según informa la BBC, el objetivo del virus era alterar el funcionamiento de las centrifugadoras utilizadas para enriquecer uranio en la planta nuclear en Natanz<sup>138</sup>. Se dice que el virus se infiltró en el sistema informático de la planta en Natanz llevando a cabo dos clases de ataques diferentes. El primero de ellos consistió en hacer que las centrifugadoras aceleraran a velocidades peligrosamente rápidas por períodos cortos de tiempo para luego volver a programarlas a su velocidad normal. Luego, las centrifugadoras fueron programadas para hacer todo lo contrario, es decir, desacelerar drásticamente por largos períodos de tiempo y luego volver a su velocidad normal<sup>139</sup>.

Si bien el gobierno iraní nunca reveló mucha información sobre los detalles del impacto que generó el virus sobre la maquinaria de la planta, algunas fuentes especulan que el verdadero objetivo del *Stuxnet* fue destruir las centrifugadoras y que logró cumplir con su objetivo. Dentro de las teorías también hay aquellos que sostienen que Estados Unidos e Israel serían los autores del ataque<sup>140</sup>. Aunque muchos de los hechos de este evento continúen siendo meras especulaciones, es otro caso que también nos deja mucho para reflexionar.

Si bien no está del todo claro cuáles fueron las consecuencias que produjo finalmente el *Stuxnet* sobre las centrifugadoras, sí hay una cosa que podemos tomar por cierta, y eso es que un ciberataque logró que se alterara el funcionamiento del sistema operativo de la

---

<sup>138</sup> ¡Wonder BBC, “El virus que tomó control de mil máquinas y les ordenó autodestruirse” *BBC News Mundo.*, n.d., online, Internet, 16 Sep. 2019., Available [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/10/151007\\_iwonder\\_finde\\_tecnologia\\_virus\\_stuxnet](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/10/151007_iwonder_finde_tecnologia_virus_stuxnet).

<sup>139</sup> “Timeline: How Stuxnet attacked a nuclear plant” *BBC Timelines*, n.d., online, Internet, 16 Sep. 2019, Available: <http://www.bbc.co.uk/timelines/zc6fbk7>.

<sup>140</sup> HispanTV, “Hackers: NSA, autor de ataque de Stuxnet a programa nuclear iraní” *HISPANTV*, n.d., online, Internet, 16 Sep. 2019, Available: <https://www.hispantv.com/noticias/ee-uu-/339031/nsa-autor-ataque-virus-stuxnet-nuclear-iran>.

maquinaria de una planta nuclear. Hay quienes sostienen que en este caso solamente sería posible constatar un “uso de la fuerza” en términos del artículo 2 (4) si se constatare que las consecuencias producidas por el virus causaron daño irreparable a la maquinaria física de la planta<sup>141</sup>. Sin embargo, cuando se trata de un ciberataque que afecta una actividad tan delicada y amenazante para el mantenimiento de la paz mundial como lo es el funcionamiento de una planta nuclear, quizás sí resultaría necesario prohibir dicha clase de ataques conforme a la regla del artículo 2 (4) de la Carta de la ONU, aunque las consecuencias que se produzcan no sean perceptibles físicamente.

— Irán 2019

En junio de 2019 *Yahoo News* advirtió sobre un ciberataque llevado a cabo por los Estados Unidos en contra de una base de datos militares de Irán<sup>142</sup>. Dos meses después, el *New York Times* informó que el ataque secreto llevado a cabo por Estados Unidos habría logrado destruir una base de datos militares del gobierno iraní que contenía información clasificada sobre operaciones de ataques contra tanques de petróleo. Según las fuentes del noticiero estadounidense, a fines del mes de agosto el gobierno iraní todavía estaría intentando recuperar la información destruida en el ataque y reiniciar algunos de sus sistemas informáticos, incluyendo redes de comunicación militar<sup>143</sup>.

Este caso reciente da cuenta de cómo los ciberataques se han convertido en una práctica normalizada dentro de las políticas exteriores de los Estados como represalias encubiertas. Lo anterior se debe al hecho de que el derecho internacional aún no los ha condenado como formas de fuerza que estarían prohibidas bajo el mandamiento del artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas, algo que, como reiteradamente hemos sostenido, debería reflexionarse.

---

<sup>141</sup> Buchan, “Cyber Attacks.” p. 220-221.

<sup>142</sup> Yahoo News, “Pentagon secretly struck back against Iranian cyberspies targeting U.S. ships,” n.d., online, Internet, 16 Sep. 2019, Available: <https://news.yahoo.com/pentagon-secretly-struck-back-against-iranian-cyber-spies-targeting-us-ships-234520824.html>.

<sup>143</sup> Julian E. Barnes, “U.S. Cyberattack Hurt Iran’s Ability to Target Oil Tankers, Officials Say” *The New York Times*, 28 Aug. 2019, sec. U.S., online, Internet, 16 Sep. 2019, Available: <https://www.nytimes.com/2019/08/28/us/politics/us-iran-cyber-attack.html>.



## Reflexiones finales

En la actualidad, pareciera ser que el internet nos presenta más problemas que herramientas para solucionarlos. No cabe duda de que muchas de las ventajas que nos trajo esta revolucionaria innovación han caído en manos de aquellos que encuentran formas de manipularlas maliciosamente. Lo importante ante este hecho es que las autoridades permanezcan flexibles y que el derecho sea capaz de adaptarse rápidamente a estos nuevos avances.

Hemos determinado que una interpretación apropiada del artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas es aquella que, conforme al artículo 31 de la Convención de Viena, toma en cuenta el objeto y fin de la Carta –esto es, el mantenimiento de la paz y seguridad promoviendo la cooperación entre los Estados– y el contexto histórico post Segunda Guerra Mundial en el que fue desarrollada. Esta lectura de la norma nos lleva a concluir que el término *fuerza* empleado en el enunciado debe entenderse de forma amplia, extendiéndose a otras formas de fuerza fuera de la fuerza militar física o cinética. Conforme a esta interpretación del artículo 2 (4) de la Carta de la ONU, sería perfectamente plausible circunscribir a los ciberataques dentro del término *fuerza* empleado en su texto.

Ahora bien, resulta un poco más problemático determinar cuándo un ciberataque puede encuadrarse dentro de la prohibición del uso de la fuerza contenida en el artículo 2 (4) de la Carta, dado que en algunos casos estos pueden llegar a producir consecuencias que no siempre son físicamente perceptibles. Sin embargo, considerando los casos que han sido presentados, y la magnitud y gravedad de las consecuencias que llegaron a producir los ciberataques en cada uno de ellos, pareciera ser necesario –al menos bajo ciertas circunstancias– extender la prohibición del artículo 2 (4) a ciberataques que no necesariamente producen consecuencias palpables físicamente.

Casos recientes reflejan cómo el uso de los ciberataques por parte de los Estados se ha vuelto más y más frecuente en sus relaciones internacionales. También nos demuestran

cómo en la actualidad los ciberataques son operaciones que pasan prácticamente desapercibidas y no acarrearán ningún tipo de consecuencia para los Estados que los llevan a cabo. ¿Qué hubiese ocurrido si, en vez de un ciberataque que destruyera la base de datos militares iraní, Estados Unidos hubiese bombardeado (sin causar casualidades civiles) los computadores que contenían esos datos? Salvo el costo pecuniario de haber tenido que reponer el *hardware*, los efectos habrían sido prácticamente los mismos, con la única diferencia de que la comunidad internacional probablemente hubiese condenado a Estados Unidos por haber hecho un uso ilegítimo de la fuerza.

¿Por qué, entonces, nadie condena a un Estado por haber ejercido ilegítimamente la fuerza en contra de otro cuando ese Estado hace uso de un virus cibernético para manipular el funcionamiento regular de una planta nuclear ajena? Es tiempo de que el derecho internacional comience a reconocer la verdadera amenaza que presentan los ciberataques para relaciones entre Estados en la era digital. El punto de partida está en reconocer que el principio de prohibición del uso de la fuerza, contenido en el artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas, también se extiende a los ciberataques.

### Referencias bibliográficas

- BARNES, Julian E. “U.S. Cyberattack Hurt Iran’s Ability to Target Oil Tankers, Officials Say.” *The New York Times*, 28 Aug. 2019, sec. U.S. Online. Internet. 16 sep. 2019. Available <https://www.nytimes.com/2019/08/28/us/politics/us-iran-cyber-attack.html>
- BBC, IWONDER. “El virus que tomó control de mil máquinas y les ordenó autodestruirse” *BBC News Mundo*, n.d. Online. Internet. 16 Sep. 2019. Available [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/10/151007\\_iwonder\\_finde\\_tecnologia\\_virus\\_stuxnet](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/10/151007_iwonder_finde_tecnologia_virus_stuxnet).
- BROWNLIE, Ian. *International Law and the Use of Force by States*. London: Oxford

University Press, 1963.

- BUCHAN, Russell. “Cyber Attacks: Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions?” *Journal of Conflict and Security Law* 17.2 (2012): pp. 212–227.
  
- CANNIZZARO, Enzo. *Common Interests of Humankind and the International Regulation of the Use of Force*. Oxford University Press, 2018. Online. Internet. 14 Sep. 2019. Available <https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/oso/9780198825210.001.0001/oso-9780198825210-chapter-22>.
  
- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. Viena, Austria, 23 mayo 1969. Available [https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference\\_docs/convencion\\_viena.pdf](https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf).
  
- CORTEN, Oliver. “The Controversies Over the Customary Prohibition on the Use of Force: A Methodological Debate.” *The European Journal of International Law* 16.5 (2006): pp. 803–822.
  
- CRAWFORD, James. *Brownlie’s Principles of Public International Law*. 8th ed. London: Oxford University Press, 2012.
  
- DISTEFANO, Giovanni. “Use of Force.” *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (2014). Online. Internet. 11 September 2019. Available <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/law/9780199559695.001.0001/law-9780199559695-e-22>.
  
- FONSECA, Claudia Elizabeth & PERDOMO, Ivonne Luz. “El Manual de Tallin y la Aplicabilidad del Derecho Internacional a la Ciber guerra.” *Revista de la ESG* 588 (2014). Available <http://www.cefadigital.edu.ar/bitstream/123456789/993/1/Revista%20ESG%20no.5>

[88-2014 Fonseca 172.pdf](#).

- HISPANTV. “Hackers: NSA, autor de ataque de Stuxnet a programa nuclear iraní.” HISPANTV, n.d. Online. Internet. 16 septiembre 2019. Available <https://www.hispantv.com/noticias/ee-uu-/339031/nsa-autor-ataque-virus-stuxnet-nuclear-iran>.
- INTERNATIONAL GROUP OF EXPERTS AT THE NATO COOPERATIVE CYBER DEFENCE CENTRE OF EXCELLENCE. Tallin Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations. United Kingdom: Cambridge University Press, 2017.
- KELSEN, Hans. “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?” *The International Law Quarterly* 1.2 (1947): pp. 153–171.
- KREB, Clause. “International Court of Justice and the ‘Principle of Non-Use of Force.’” Oxford Handbooks Online, Jun. 2016. Online. Internet. 11 Sep. 2019. Available <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/law/9780199673049.001.0001/oxfordhb-9780199673049-e-26>.
- MCGUINNESS, Damien. “How a cyberattack transformed Estonia.” BBC News, 27 Apr. 2017, sec. Europe. Online. Internet. 5 sep. 2019. Available <https://www.bbc.com/news/39655415>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Carta de las Naciones Unidas” 24 de octubre 1945. Disponible [https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/Carta\\_NU.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Carta_NU.pdf).
- SIMMA, Bruno *et al.* “Purposes and Principles, Article 2 (4)” In: *The Charter of the United Nations: A Commentary*. Vol. I. 3rd ed. Oxford University Press, 2012.

- YAHOO NEWS. "Pentagon secretly struck back against Iranian cyberspies targeting U.S. ships," n.d. Online. Internet. 16 Sep. 2019. Available <https://news.yahoo.com/pentagon-secretly-struck-back-against-iranian-cyber-spies-targeting-us-ships-234520824.html>.

#### *Sitios web*

- "Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)", International Court of Justice, n.d. Online. Internet. 11 Sep. 2019. Available <https://www.icj-cij.org/en/case/116/judgments>.
- "Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)", International Court of Justice," n.d. Online. Internet. 14 Sep. 2019. Available <https://www.icj-cij.org/en/case/148/judgments>.
- "Organización de las Naciones Unidas. Información general" 2 de octubre 2014. Online. Internet. 14 Sep. 2019. Available <https://www.un.org/es/sections/about-un/overview/index.html>.
- "Propósitos y objetivos de la ONU en el mundo." ONU, 16 Nov. 2015. Online. Internet. 14 Sep. 2019. Available <https://onu.org.gt/onu-en-el-mundo/propositos-y-objetivos-de-la-onu-en-el-mundo/>.
- "Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas". Derecho Internacional Público - www.dipublico.org, 24 jun. 2010. Online. Internet. 14 sep. 2019. Available <https://www.dipublico.org/3971/resolucion-2625-xxv-de-la-asamblea-general-de-naciones-unidas-de-24-de-octubre-de-1970-que-contiene-la>

[declaracion-relativa-a-los-principios-de-derecho-internacional-referentes-a-las-relaciones-de/](#).

— “Timeline: How Stuxnet attacked a nuclear plant.” BBC Timelines, n.d. Online. Internet. 16 sep. 2019. Available: <http://www.bbc.co.uk/timelines/zc6fbk7>

