

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO**

2022

**UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

VV.AA, Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera (editor) /
Anuario de Derecho Público 2021

Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2021,
1ª edición, p. 674, 17 x 24 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: An89

Colección Derecho

Incluye palabras de Decano de la facultad Jaime Couso Salas y Domingo Lovera Parro director del anuario. Con notas al pie.

Cátedra Jorge Huneeus Zegers “¿Hacia una transformación constitucional viable en Chile?” por Rosalind Dixon.

Materias:

COVID-19 (Enfermedad). Chile.
Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.
Chile. Constitución 1980.
Reformas constitucionales. Chile.
Migrantes.
Derecho internacional. Chile.
Pandemia.
Estallido social. Chile.
Estados de excepción constitucional. Chile.
Prisioneros políticos. Chile.
Ahorro para el retiro.
Pensiones. Chile.

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2022

© Domingo Lovera (editor), 2022

© VV.AA., 2022

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2022

Primera edición: diciembre de 2021

ISBN 978-956-314-506-9

Universidad Diego Portales
Dirección de Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56 2) 2676 2136
Santiago – Chile
www.ediciones.udp.cl

Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S. A.

20. LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA Y SU CAMINO AL ANDAR

Ezio Costa Cordella¹

Volverán las oscuras golondrinas
en tu balcón sus nidos a colgar,
y otra vez con el ala a sus cristales
jugando llamarán.
Pero aquellas que el vuelo refrenaban
tu hermosura y mi dicha a contemplar,
aquellas que aprendieron nuestros nombres....
ésas... ¡no volverán!²
Gustavo Adolfo Becquer, Rima 38 (1871)

Resumen

Estamos actualmente en un proceso constituyente que no tiene un término claro, pero del que podemos a lo menos distinguir 3 etapas: 2016 a 2018, 2019 a 2022, y una tercera que pronto debería tomar forma. En estas, podemos identificar un hilo conductor común en torno a la preocupación ciudadana por hacerse cargo constitucionalmente de las problemáticas ambientales; sin embargo, este elemento en común ha tomado facetas diferentes en los procesos pasados (al no ser considerado en el texto final de 2018, pero ser profusamente reconocido en la propuesta de Constitución Ecológica de 2022), y es esperable que lo haga en el futuro. Este artículo busca ofrecer una reflexión sobre estos procesos previos, para concluir que la necesidad de una estructura normativa que nos permita afrontar la situación ambiental es un elemento de continuidad entre estos procesos, y por lo tanto, la estructura normativa que la afronte debería mantenerse en términos generales, aunque es normal y positivo que se modifiquen ciertos aspectos.

1 Profesor de Derecho Ambiental, Universidad de Chile. Abogado, Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Correo: ecosta@derecho.uchile.cl

2 Bécquer, Gustavo, "Rima 38", en *Rimas*, (Ediciones JM), 1999, p.73.

1. Introducción: detrás de cada cumbre, hay otra más alta por descubrir

Sin que podamos fijar en un momento determinado el comienzo del proceso constitucional en el que nos encontramos, y sin que sepamos cual será el final del mismo, sabemos al menos que, por ahora, el proceso ha tenido una primera fase que fue empujada por el gobierno entre los años 2016 y 2018, una segunda fase empujada por la ciudadanía y los movimientos sociales que partió en 2019 y se extendió hasta 2022, y, aparentemente, estamos comenzando una tercera fase que será empujada por los partidos políticos.

Las tres fases, con diferentes énfasis, energías y urgencias, son una respuesta a un problema general de falta de legitimidad del sistema político e institucional, pero también una muestra de la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento jurídico para que este responda a aquellos desafíos que son percibidos por la ciudadanía como más urgentes y actuales. Algunos de ellos son problemas de arrastre como la insuficiente consagración de los derechos sociales, y otros como la crisis climática y ecológica son efectivamente problemas nuevos, para los que las estructuras jurídicas no están preparadas.

De manera paralela a un aumento en la preocupación ambiental de la ciudadanía, medida por un aumento acelerado de los efectos de la crisis climática y ecológica, se ha ido también integrando el asunto con más fuerza en la arena política. Esa integración ha sido muy perceptible en las distintas fases del proceso constituyente, aun cuando las formas que ha tenido han sido muy diversas, pues se han dado al alero de las posibilidades que cada proceso ha entregado.

En la fase 2016-2018, la preocupación ambiental tuvo una manifestación muy clara pues en todas las categorías constitucionales (principios, deberes y derechos) en que la ciudadanía fue invitada a poner sus prioridades, la protección ambiental se situó entre las principales. Ello lamentablemente no se reflejó para nada en el proyecto presentado por la entonces presidenta Michelle Bachelet.

En lo que se refiere a la fase 2019-2022, lo ambiental estuvo presente de manera profunda también a lo largo de todo el proceso, partiendo por la instalación de las demandas ambientales durante el estallido social y en los momentos previos a la instalación de la Convención Constitucional³ y concluyendo con una propuesta de norma que contenía una Constitución Ecológica innovadora y robusta.

Con la crisis climática y ecológica sobre nosotros y con una tercera fase del proceso constituyente a la vista, el presente trabajo pretende observar el contenido

3 Colectivo de Estudios Políticos-Ambientales (CEPA) y ONG FIMA, De la movilización territorial a la Convención Constitucional: una visión desde los territorios, noviembre 2021.

de la preocupación constitucional ambiental de las personas en Chile, y como ella se materializó en la fase 2016-2018 y en la propuesta constitucional 2022, para con ello proyectar cómo en una nueva propuesta podrían contenerse los avances más fundamentales para dar forma a una nueva propuesta de Constitución Ecológica.

2. El proceso constituyente 2016-2018: prioridad ciudadana, olvido oficial

En el año 2016 y en cumplimiento de una de las promesas de campaña, el gobierno de la entonces presidenta Michelle Bachelet lanzó un proceso constituyente, con un formato que incluía un consejo ciudadano de observadores⁴, representativo de un amplio espectro político, y un proceso de participación ciudadana para fijar los contenidos del nuevo proyecto constitucional.

El proceso participativo incluyó 3 etapas de participación, primero de forma individual y online, luego en grupos autoconvocados de hasta 30 personas y finalmente en cabildos provinciales y regionales abiertos al público en general. En cada etapa se priorizaban temas con una lista abierta y organizada en las categorías (i) deberes, (ii) derechos, (iii) principios e (iv) instituciones.

Con una participación por sobre las 200.000 personas, la cuestión ambiental se posicionó con fuerza entre las prioridades de las personas⁵. En lo referido a “deberes”, la opción “Deberes de protección y conservación de la naturaleza” fue muy mencionada, ocupando el segundo lugar en las consultas individuales y encuentros locales, y el primer lugar en los cabildos provinciales y regionales.⁶ Como analizamos en un trabajo anterior, la idea del medio ambiente como deber se vinculó, en el discurso ciudadano, a conceptos como la mantención de la calidad de vida presente y futura, así como a la idea de vivir en un medio ambiente que preserve sus bienes naturales, permitiendo el desarrollo del país⁷.

Sobre el medio ambiente como derecho, la pregunta que se formuló fue ¿Cuáles son los derechos, que la Constitución debe establecer para todas las personas? Siendo las menciones a “respeto a la naturaleza/medio ambiente” las que estuvieron en el séptimo lugar en las consultas individuales y encuentros locales y el

4 Gob.cl, Presidenta nombra a integrantes del Consejo Ciudadano de Observadores, 2 de diciembre de 2015.

5 OECD, Estudio de Gobernanza Pública de la OCDE: Chile. Informe La Participación Ciudadana en el Proceso Constituyente 2017, 2020, p. 13.

6 Comité de Sistematización, Informe de Sistematización de la Etapa Participativa del Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía, 2022, p. 26.

7 Costa, Ezio, et al., “¿Receptividad deliberativa? El derecho al medio ambiente en la discusión constituyente de Chile 2016-2017”, en Revista de Derecho, N° 248, (Universidad de Concepción), 2020, pp. 169-197.

sexto lugar en los cabildos provinciales y regionales.⁸ En esta categoría, la idea de administración, preservación y conservación de los bienes naturales, junto con una lógica de sustentabilidad, estuvieron fuertemente presentes.

Finalmente, en relación con la pregunta ¿Cuáles son los valores y principios más importantes que deben inspirar y dar sustento a la Constitución? la alternativa “respeto y conservación de la naturaleza y medio ambiente”, obtuvo el cuarto lugar en las consultas individuales y en los cabildos provinciales, el tercer lugar en los encuentros locales y el quinto lugar en los cabildos regionales⁹. En el análisis de discurso, esto estuvo vinculado con la idea de desarrollo sustentable, sumado a la idea de protección de las distintas formas de vida.

Cuando analizamos el contenido más específico de los discursos que llevaron a las personas a posicionar al medio ambiente en este nivel, en un trabajo anterior, notamos que las razones (i) eran de corte antropocéntrico pero manifestaban también una idea de protección de la naturaleza por su propio valor intrínseco, (ii) estaban vinculadas fuertemente a la idea de sostenibilidad, especialmente como compromiso con las generaciones futuras y (iii) relevaba la naturaleza colectiva del derecho al ambiente¹⁰.

Lamentablemente, en el proyecto de Constitución que fuera presentado por el gobierno en aquel entonces se hizo oídos sordos a esta prioridad, manteniendo una formulación del derecho al ambiental idéntica a la de la Constitución de 1980, y apenas incorporando entre los deberes generales del Estado el de “proteger el medio ambiente”¹¹.

Si bien es imposible saber efectivamente cómo habría terminado dicho proyecto en caso de haber sido tramitado en el congreso, es un hecho que las fuerzas políticas de aquel entonces tenían una menor afección por la preocupación ambiental, como queda demostrado en el propio proyecto constitucional, pero también en el análisis de discursos y la diferencia existente entre aquellos temas que eran relevados por las élites, y los que eran levantados por la ciudadanía. En la siguiente fase del proceso, más distanciada de las élites, la relevancia de lo ambiental en el texto sería muy diferente.

8 Gobierno de Chile, Guía para organizar encuentros locales, 2017.

9 Comité de Sistematización, Informe de Sistematización de la Etapa Participativa del Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía, 2022, p.17.

10 Costa, Ezio et al., “¿Receptividad deliberativa? El derecho al medio ambiente en la discusión constituyente de Chile 2016-2017”, en Revista de Derecho, N° 248, (Universidad de Concepción), 2020, pp. 169-197.

11 Artículo 3 y 19 N°11 del Boletín N° 11.617-07 “Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República.”

3. La Constitución Ecológica que pudo ser: una estructura de protección ambiental

Desde el 14 de febrero al 22 de abril de 2022 se desarrolló la etapa deliberativa de la Convención Constitucional. En ella, si bien en un principio la Comisión sobre Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico no tuvo los resultados esperados¹², al finalizar el proceso el borrador de nueva constitución incorporaba alrededor de 120 artículos con contenido ambiental, y la propuesta final armonizada finalizó con 100 artículos en este sentido¹³.

Tanto a nivel nacional como internacional, esta propuesta de nueva constitución fue reconocida como una ‘constitución ecológica’¹⁴ y se la caracterizó como vanguardista por los amplios contenidos ambientales que incorporaba¹⁵. Sin embargo, la propuesta de nueva constitución fue rechazada en el plebiscito de salida del día 04 de septiembre de 2022, por más de un 60% de los votos válidamente escrutados.

En virtud de su contexto, pero sobre todo también en virtud de sus contenidos, esta propuesta de nueva constitución se enmarca de manera incipiente en una nueva oleada de constitucionalismo latinoamericano¹⁶, sin perjuicio de que

12 Pauta, Pleno de la Convención vuelve a rechazar un informe de la comisión de Medio Ambiente, 21 de abril de 2022.

13 El Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile compiló y concordó las normas ambientales de la propuesta constitucional: [Constitucionambiental.uchile.cl](https://constitucionambiental.uchile.cl), Publicación “La propuesta de Constitución Ecológica de Chile. Edición concordada”, 17 de agosto de 2022. En <https://constitucionambiental.uchile.cl/publicacion-la-propuesta-de-constitucion-ecologica-de-chile-edicion-concordada/>

14 Ver, por ejemplo: Deutsche Welle, Chile: ¿es posible una Constitución ecológica en un país de economía extractivista?, 23 de agosto de 2022; Ciper, La urgencia de una Constitución ecológica, 14 de junio de 2022; Radio Juan Gómez Millas, La «constitución ecológica» de Chile recibe el apoyo internacional de académicos y líderes socioambientales, 19 de agosto de 2022.

15 Ver, por ejemplo: Nature, Chile proposes new constitution steeped in science, 28 de julio de 2022; Diario UChile, Economistas y científicos de todo el mundo destacan propuesta de nueva constitución de Chile, 10 de agosto de 2022.

16 Este proceso de reformas constitucionales en América Latina aún no tiene una denominación única. Hay autores que lo enmarcan en el último proceso de finales del siglo XX, denominado el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (Vicario Pastor, R. y Martínez Dalmau, R., “Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Gaceta Constitucional* n. 48, Lima, 2011, pp. 307-328), mientras que hay algunos autores que lo desmarcan de dicho proceso previo, y lo denominan constitucionalismo decolonizador (Medici, Alejandro, *Constitución Horizontal. Teoría Constitucional y Giro Decolonial*, (Chiapas: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispast, Universidad Autónoma de San Luis Potosí), 2012), constitucionalismo andino (Ávila, Ramiro, “En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos”, en Repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, (Universidad Andina Simón Bolívar), 2012), o constitucionalismo del sur (Lascarro-Castellar, Diemer, & Mejía Turizo, Jorge, “Nuevo constitucionalismo en Latinoamérica: Perspectivas epistemológicas”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, (46), (Universidad de la República), 2019, pp. 24-48.), entre muchas otras denominaciones.

la propuesta chilena se distanciaba de forma relevante de las otras constituciones que son sindicadas como parte de dicho proceso, también hay algunas similitudes; entre ellas la incorporación de las cosmovisiones originarias al momento de tratar la relación entre medio ambiente y sociedad¹⁷.

No obstante lo anterior y como se verá, la propuesta constitucional de 2022, en lo ambiental avanzaba sobre los conceptos más actuales en la materia, combinándolos con visiones más tradicionales de modo de lograr delinear soluciones que pretendían ser culturalmente aptas para hacer frente a desafíos nuevos y particularmente a la crisis climática y ecológica.

Parece importante destacar, en este sentido, que en una primera observación sobre la discusión constitucional, a las lógicas observadas en la fase previa (2016-2018), se sumaron fuertemente las relacionadas con la crisis, cuestión que responde al avance de dicho concepto a nivel global, con una construcción conceptual socio-científica producida a propósito del avance del cambio climático y la urgencia por responder a dicha amenaza.¹⁸

3. Bases conceptuales de la Constitución Ecológica 2022

La propuesta constitucional de Chile 2022 contenía una estructura bien lograda para regular la relación de la sociedad con la naturaleza, que partía de dos conceptos basales que resultan elementales. El primero de ellos, la relación de las personas individuales y de los colectivos (pueblos) con la naturaleza; la propuesta afirmaba que existe una relación indisoluble de los seres humanos con la naturaleza (art.1) y que “las personas y los pueblos son interdependientes con la naturaleza y forman con ella un conjunto inseparable”(art.8), poniendo con ello el énfasis en que nuestra existencia individual y colectiva está vinculada de forma esencial con nuestro entorno, por lo que la protección de la misma demanda un esfuerzo de nuestra parte para la protección ambiental.

17 Hay quienes también consideran la Constitución de Venezuela de 1991 dentro de este nuevo grupo, en especial quienes lo denominan “constitucionalismo bolivariano” (Phoebe King, “Neo-Bolivarian Constitutional Design”, en *Social and Political Foundations of Constitutions*, 1ra ed. Editado por Denis J. Galligan y Mila Versteeg, (Cambridge: Cambridge University Press), 2013, pp. 366-397). Sin embargo, a nuestro parecer, la constitución de Venezuela sería más bien un pivote entre el nuevo constitucionalismo latinoamericano y este nuevo proceso constitucionalista, ya que incorpora la perspectiva de constitucionalismo transformador propia de esta última, pero no cuenta con ciertos contenidos que la caracterizan, como son los relacionados al buen vivir.

18 Paglia, Eric, “The Socio-scientific Construction of Global Climate Crisis”, en *Geopolitics*, n°23(1), 2017, pp. 96-123.

El segundo concepto basal era el reconocimiento de que estamos en un estado de crisis climática y ecológica. A pesar de que se aprobó un epígrafe con dicho título, el reconocimiento terminó quedando solo en el art. 129, donde se fijaban obligaciones para el Estado a propósito de esa crisis, pues el epígrafe fue suprimido en el proceso de armonización. Resulta importante destacar, adicionalmente, que la Convención Constitucional, en una de sus primeras actuaciones, votó una declaración en la que reconocían que el trabajo que se llevaría adelante sería en un marco de emergencia climática y ecológica, lo cual debía tenerse presente en todas las comisiones, y fue aprobado por 137 (sobre 154) votos a favor, con solo 3 votos en contra¹⁹.

El reconocimiento de que nos encontramos en una crisis (o emergencia) parece esencial porque pone la lógica de la urgencia y cuestiona nuestra relación actual con la naturaleza. La crisis, además, no es solamente la crisis climática, sino que ecológica y por lo tanto engloba las formas en que hemos sobrepasado los distintos límites planetarios. Dichos límites, han sido caracterizados en la literatura: el cambio climático, la acidificación de los océanos, la contaminación química, la carga de nitrógeno y fósforo, la extracción de agua dulce, la conversión de tierras, la pérdida de biodiversidad, la contaminación atmosférica y la reducción de la capa de ozono²⁰. Por lo mismo, la idea conlleva no sólo la necesidad de mitigar y adaptarnos al cambio climático, sino que la idea más general de proteger los ecosistemas.

Desde esas dos bases entonces se construyó una estructura jurídica que tenía como objetivos implícitos el de proteger a las personas individual y colectivamente, proteger a la naturaleza y superar la crisis. Parte de los objetivos eran posibles de observar también en las normas constitucionales, particularmente en los apartados referidos a los principios ambientales y a los deberes del Estado en la materia.

Sobre lo primero, el artículo 128 fijaba los principios de progresividad, precaución, prevención, de justicia ambiental, solidaridad intergeneracional, responsabilidad y acción climática justa; lo interesante es que al fijarlos, los definía expresamente como “principios para la protección de la naturaleza y el medio ambiente”, dejando claramente establecido cual era el sentido que debía darse a los principios en cuestión.

19 Chileconvención.cl, Convención se declara en Estado de Emergencia Climática y Ecológica, 04 de octubre de 2021

20 Raworth, Kate, Economía rosquilla: 7 maneras de pensar la economía del siglo XXI, (Paidós), 2018.

Los objetivos de esta estructura son posibles de observar también en la fijación de los derechos fundamentales al ambiente sano (art. 104) y al aire limpio (art. 105), así como el derecho de acceso al agua (art. 57). Por último, la incorporación de la Naturaleza (art. 103) como sujeto de derechos y el reconocimiento de un deber general de respetar su integridad, aparece como un objetivo relativamente novedosa y que además significaba incorporar elementos ecocéntricos a la visión antropocéntrica del derecho ambiental.

4. Mecanismos de la Constitución Ecológica 2022

Con esos objetivos a la vista, la propuesta constitucional estableció modos de alcanzarlos, que en algunos casos serían mucho más específicos que en otros. Es importante notar, en este apartado, que los modos de alcanzar estos objetivos no son exclusivos de cada uno de estos, sino que entendiendo la interacción entre los elementos de la naturaleza y de ellos con nosotros, son mecanismos que permitirían avanzar tanto en la protección de las personas, como de la naturaleza.

Los mecanismos pueden ser agrupados en tres lógicas, (i) los que imponían obligaciones específicas al Estado, incluyendo los que priorizaban la protección de determinados ecosistemas sensibles, (ii) los que daban poder y más posibilidades a la ciudadanía para propiciar la protección ambiental y (iii) los que establecían límites en la explotación de la naturaleza.

Independientemente de la existencia de estas tres categorías dentro de la lógica de los mecanismos, será importante también notar la diferencia entre las lógicas expuestas y su lugar dentro de un desarrollo constitucional y normativo, incluso desde un punto de vista ideológico, como se expresará en los párrafos siguientes.

3.2.1 Deberes del Estado

La primera de las lógicas de protección, avanza sobre una visión más tradicional del derecho y la política, donde la forma de generar cambios en la realidad social es a través, principalmente, de las regulaciones que pueden emanar de las potestades estatales.²¹ Hago hincapié en que si bien esta es una conceptualización relativamente tradicional, de todas maneras los mandatos que se entregaban al Estado eran abiertos y por lo tanto se habría podido cumplir con ellos de maneras

21 En la disputa conceptual acerca del concepto de regulación, es posible encontrar visiones más tradicionales en que la regulación sólo está compuesta por acciones estatales y otras visiones que sostienen que la regulación, como esfuerzo por cambiar el comportamiento de los actores de un área, puede provenir de diversas fuentes, siendo el Estado una muy importante, pero no la única. Un buen análisis de esta discusión es posible de encontrar en Koop y Lodge, *What is Regulation?*, 2015.

diversas, sin que necesariamente significar la utilización de estrategias de comando y control.

En lo que se refiere a los deberes del Estado, se contaban el de adoptar medidas para superar la crisis climática y ecológica (art. 129), colaborar con otros Estados en esta materia (art. 129), proteger la biodiversidad (art. 130), promover educación ambiental y basada en la empatía hacia los animales (art. 39 y 131), conservar espacios naturales (art. 132), regular los residuos (art. 133) y custodiar los bienes comunes naturales (art. 134).

Existía además un mandato relacionado con ecosistemas y elementos en particular, que incluía la protección de la atmósfera y el cielo nocturno (art. 135), los humedales, bosques nativos y suelos (art. 136), los glaciares (art. 137), la función ecológica de la tierra (el suelo) (art. 138), los ecosistemas marinos (art. 139), las aguas y el ciclo hidrológico (art. 140).

No en todos los casos el mandato constitucional tenía la misma fuerza. En algunos se señalaba una obligación de proteger o garantizar la protección, mientras que en otros el deber era el de impulsar medidas, colaborar o promover determinadas acciones.

Resulta interesante observar en que áreas los mandatos se hacían más específicos y con que finalidades. La primera de ellas es la más generica, la crisis climática y ecológica. Respecto de esta, el Estado debía “adoptar acciones de prevención, adaptación y mitigación de los riesgos, las vulnerabilidades y los efectos”. En este orden de cosas, la propuesta constitucional se alineaba principalmente con los acuerdos internacionales relacionados con el cambio climático, utilizando sus conceptos y por lo tanto todo el trabajo existente detrás de esos conceptos.

Las obligaciones de adaptación y mitigación del cambio climático, se veían acompañadas de un principio que resultaba del todo novedoso para la regulación constitucional ambiental, como era el principio de acción climática justa. En ese principio se contenía una idea de transición ecológica justa, que dice relación con propiciar que las cargas y los beneficios de las medidas climáticas no sean nuevas cargas para los grupos vulnerables, ni nuevos beneficios para quienes más han contribuido a dañar el clima.²²

En seguida, se asignaba al Estado nuevos deberes en relación particularmente con el agua, que sin dudas eran los más desarrollados, dando cuenta de

22 Cisterna, Pedro y Costa, Ezio, “Derechos humanos para la incorporación del cambio climático en la Nueva Constitución”, en Contreras, Valentina et al. (eds.), *Derechos sociales y el momento constituyente de Chile. Perspectivas globales y locales para el debate constitucional*, (Global Initiative for Economic-Social and Cultural Rights-Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex-Universidad de Concepción), 2021.

la urgencia que se tiene en esta materia en nuestro país. Dada su profundidad, se hace preferible analizarlos de manera separada, en un acápite especial donde además podremos revisar en una secuencia lógica, la manera en que se concibió la Constitución Ecológica.

3.2.2 Mecanismos ciudadanos

Parte de las nuevas formas con que la propuesta constitucional 2022 intentaba dar una salida institucional a los problemas de legitimidad del sistema político, era el aumento de los espacios de poder de la ciudadanía, en un giro que podríamos conectar con el concepto de democracia participativa, como lo hacía la propia propuesta y también fue relevado por algunos académicos.²³

Parece consiste, tanto con la propuesta constitucional, como con el propio derecho ambiental, que se asignara a los y las ciudadanas un rol relevante en esta materia. Es por supuesto consistente con la existencia del principio 10 de la Declaración de Río, antecedente del principio participativo en materia ambiental y del Acuerdo de Escazú, ratificado por Chile en 2022 y que reconoce al acceso a la información, la participación y la justicia en materia ambiental como derechos, dándoles además un contenido y estándares específicos.

Dado lo anterior, no resulta extraño que los primeros mecanismos ciudadanos en esta materia sean precisamente vinculados con los derechos que asegura el mencionado Acuerdo. La propuesta constitucional establecía un deber del Estado de garantizar la democracia ambiental (art. 154), que es un concepto que engloba a los derechos de acceso en esta materia. A eso, añadía expresamente el derecho a la participación informada y de acceso a la información, en el mismo artículo. El acceso a la justicia en materia ambiental en tanto, era reconocido y custodiado en el artículo 108, referido a este derecho en sus diversos ámbitos.

Mientras muchas de las vías participativas eran dejadas a la ley para su regulación, aquellas relacionadas con el acceso a la justicia²⁴ sí tuvieron un desarrollo más específico. Así, se reconocía que cualquier persona tenía el derecho a exigir el cumplimiento de los deberes estatales de custodia de los bienes comunes naturales (art. 134) y también a presentar acciones de tutela en favor de la Naturaleza (art. 119).

23 El Mostrador, Nueva Constitución y democracia participativa en Chile por Andrés Kogan, 30 de mayo de 2022; Uchile.cl/noticias, En la nueva Constitución: Las herramientas de participación ciudadana que consagran un nuevo modelo de democracia directa, 03 de junio de 2022.

24 Sostengo que el acceso a la justicia en materia ambiental, además de ser un derecho en sí mismo y relacionarse con el debido proceso, tiene también un alto componente participativo, que es especialmente posible de observar en el litigio estratégico. Ver Costa, Ezio, "La Litigación ambiental de interés público como mecanismo de participación ciudadana", en: Valenzuela, Jonatan (Dir.), Desafíos globales para la democracia, (Editorial Tirant Lo Blanch), 2019.

Adicionalmente, en una de las mayores novedades de la propuesta constitucional, se establecía una Defensoría de la Naturaleza cuya dirección estaría a cargo de una persona, nominada por el poder legislativo “a partir de una terna elaborada por las organizaciones ambientales de la sociedad civil, en la forma que determine la ley” (art. 150). Con esto no sólo se reconocía la labor de las organizaciones sociales en la protección ambiental, sino que se abría una puerta importante para que el poder en materia ambiental fuera efectivamente compartido por la ciudadanía.

La misma Defensoría de la Naturaleza tenía un mandato poco usual y potencialmente muy beneficioso para la protección del medio ambiente. Entre las funciones que se le otorgaban, además de la representación judicial y otras más típicas de este tipo de organismos, se incluía una la posibilidad de “fiscalizar a los órganos del Estado y a las entidades privadas en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos ambientales y derechos de la naturaleza” (art. 149). Pareciera que la referida función habría permitido al organismo operar en parte como una suerte de contraloría (ciudadana) en materia ambiental.

3.2.3 Límites a la intervención de la Naturaleza

Junto con los deberes estatales y los mecanismos de control ciudadano, la propuesta constitucional contenía una delimitación a la posibilidad de intervención y explotación de la naturaleza, que pareciera ser uno de los aportes más interesantes y novedosos de la propuesta.

En este punto, es útil recordar que una de las grandes funciones que tiene toda constitución es la de controlar el poder, principalmente el poder político, pero no únicamente aquel, sino también otros poderes entre los que se encuentra el poder económico. Marco lo anterior por cuanto la idea de establecer límites a la explotación de la naturaleza funciona como un mecanismo de control tanto del poder político como del poder económico.

Tanto los derechos de la naturaleza, como la idea de los bienes comunes naturales, apuntaban en este sentido, formándose desde una noción previa que es la idea de que existen límites en las cargas ambientales que pueden soportar los ecosistemas y los ciclos naturales sin destruirse.

Las instituciones en comento primero que nada reconocían la existencia de límites, pero luego cambiaban la lógica respecto de ellos. Los límites de tolerancia de la naturaleza pasaban a ser a su vez límites a la intervención y por lo tanto límites al poder. Existía implícito un reconocimiento de que como seres humanos tenemos el poder de modificar nuestro entorno y que frente a ese poder debíamos poner límites, en línea con la necesidad de proteger nuestro bienestar, las

posibilidades de bienestar de las generaciones futuras y el valor de la naturaleza en sí misma.

Así entonces, en lo que se refiere a los derechos de la naturaleza, se expresaba que estos consistían en “que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad” (art. 103), vale decir que claramente se establecen los derechos de la naturaleza son (i) deberes de las personas, de respetar y proteger la existencia de la naturaleza, (ii) lo que equivale a no destruirla, y (iii) en caso de dañarla, propiciar su regeneración y restauración. Como es posible observar, en esta norma se establecía muy claramente la idea de un límite a las actividades que afectan la naturaleza, ya sean públicas o privadas, límite que estaba dado por las propias capacidades de la naturaleza de tolerar intervenciones.

Luego, en lo referido a los bienes comunes su función como límites a la intervención es un poco menos evidente, pero igualmente existente, aunque en ocasiones podría haber terminado siendo una capa de protección superpuesta con la de los derechos de la naturaleza.

La propuesta constitucional 2022 no conceptualizó los bienes comunes naturales desde sus características intrínsecas, sino que los listó y estableció respecto de ellos una obligación del Estado, en tanto “custodio”, de la siguiente manera: “Los bienes comunes naturales son elementos o componentes de la naturaleza sobre los cuales el Estado tiene un deber especial de custodia con el fin de asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras.” (art. 134)

Lo interesante de este deber de custodia, en los términos que estamos revisando, es la función de la custodia. Como el propio artículo establecía, esa función era la de asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de generaciones presentes y futuras. Respecto de lo primero el solapamiento con el artículo 103 es absoluto, pues la custodia existe para proteger esos derechos. Pero el segundo y tercer objetivo problematizan en parte lo anterior, y por otro lado refuerzan la idea de límites.

Cuando el artículo 134 se refería a estos tres objetivos de la custodia, ponía al Estado no sólo del lado de la protección ambiental, sino también del lado de la sustentabilidad. Entre los intereses de las generaciones presentes, por supuesto está el adecuado funcionamiento de los ecosistemas, pero también está aprovecharse de ellos para generarse bienestar. El Estado custodio debía propiciar el equilibrio entonces entre esos intereses y derechos puestos en su esfera de acción,

pero hacerlo de un modo en que no se destruyeran esos bienes comunes naturales, pues el interés mínimo de las generaciones futuras es que ellos sigan existiendo de manera de poder también aprovecharlos.

El estatuto de bienes comunes naturales era más expreso en hacer este arreglo normativo que busca ciertos equilibrios, pues en efecto los artículos 134 y siguientes se referían a la protección espacial de ecosistemas pero en particular a la manera en que el uso de los bienes comunes naturales podría ser autorizado, en el caso de los bienes inapropiables o regulado en el caso de los apropiables, dando cuenta de que no solo su protección, sino también su uso eran parte de las obligaciones de custodia.

La lógica de los bienes comunes naturales y la de los derechos de la naturaleza suponía un avance sustantivo para el derecho ambiental, hacia convertirlo precisamente en un derecho que regula la relación sociedad-naturaleza dentro de ciertos límites. Esto resultaba en una innovación para el derecho ambiental chileno, puesto que actualmente la lógica regulatoria no es aquella, sino que es una que mira a los riesgos que producen las actividades humanas e intenta prevenirlos, disminuirlos o establecer los niveles en que esos riesgos son tolerables.

El movimiento hacia generar un derecho ambiental de límites tiene un correlato además en la normativa de cambio climático a nivel global, y en la chilena en particular. En efecto, la reciente ley 21.455, Ley Marco de Cambio Climático, avanza en este sentido al establecer un presupuesto máximo de emisión de gases de efecto invernadero y presupuestos sectoriales de gases de efecto invernadero, los que son fijados por la Estrategia Climática de Largo Plazo y deben ser respetados por los planes de mitigación sectoriales.

3.3 Institucionalidad en la Constitución Ecológica

Para el adecuado cumplimiento de los objetivos y el buen uso de las herramientas, es necesario definir quienes serán los encargados y cómo desarrollarán su función. Lo anterior no implica que cada una de las normas constitucionales deba fijar un organismo encargado, pues resultaría inoficioso, pues la ley puede ejercer ese rol. Sin perjuicio de lo anterior, la técnica elegida por el constituyente fue la de al menos generar una infraestructura institucional en aquellas materias en que se percibía que la existente no sería capaz de cumplir con los objetivos propuestos. Esto, en algunos casos, significaba modificar algunos aspectos de organismos ya existentes, como las municipalidades, y en otros significaba generar organismos nuevos. La propuesta constitucional 2022 avanzó por ambos caminos, pero creo adecuado decir que de todas formas una mayoría de los objetivos y herramientas

quedaban para “el Estado”, sin que se expresara concretamente un encargado principal y dejando aquello a la ley.

3.3.1 Nuevas potestades y mandatos

Una parte de la lógica de la propuesta constitucional estuvo en generar un sistema político con poderes mucho más distribuidos, tanto territorial como funcionalmente, cuestión que por supuesto también se manifestó en relación con las funciones ambientales. Tanto los gobiernos regionales como las municipalidades tomaban nuevas responsabilidades en esta materia.

El respeto y protección de la naturaleza estaba presente en todo el estatuto de las entidades territoriales y eran una de las razones de su existencia (art. 190) y un límite al ejercicio de sus facultades (art. 187). Las comunas pasaban a tener una facultad específica de “protección de los ecosistemas comunales y los derechos de la naturaleza”, una de “ejecución de mecanismos y acciones de protección ambiental” y una de “conservación, custodia y resguardo de los patrimonios culturales y naturales” (art. 202).

Por su parte, las regiones autónomas pasaban a tener una función de “conservación, preservación, protección y restauración de la naturaleza, del equilibrio ecológico y el uso racional del agua y los demás elementos naturales de su territorio”, una de regulación y administración de áreas protegidas, una de manejo integrado de cuencas y la obligación de establecer políticas de desarrollo sostenible y armónico con la naturaleza (art. 220).

Un último cambio importante en materia de institucionalidad ambiental es el que dice relación con los tribunales ambientales, que pasaban de los tres actuales a uno por región, mateniendo en principio funciones similares, aunque tomando adicionalmente la responsabilidad de resolver las acciones de tutela. (art.333)

3.3.2 Nuevos organismos

En materia ambiental, la propuesta constitucional creaba tres nuevos organismos, dos de ellos relacionados con el agua como son la Agencia Nacional de Agua y los Consejos de Cuenca, y un tercero que es la Defensoría de la Naturaleza, que constituye la principal novedad para esta sección.

La base de existencia de la Defensoría, tiene que ver con la necesidad de proteger tanto los derechos humanos en materia ambiental, como los derechos de la naturaleza, de modo que la representación judicial en ambos casos era la que probablemente habría sido la función principal del organismo. (art. 149)
Adicionalmente, la Defensoría de la Naturaleza constituía una innovación para

efectos institucionales. En primer lugar por la forma de elección del defensor/a, como ya fue relevado anteriormente. En seguida, por cuanto entre sus funciones se encontraba especialmente una de fiscalizar el cumplimiento de la normativa ambiental por parte de los organismos públicos, cuestión que muestra la fuerte base ciudadana de la propuesta constitucional 2022, que tuvo en la mira la creación de nuevas formas de control del poder.

Un punto que es interesante relevar, es que tanto en el caso de la Defensoría de la Naturaleza como en la institucionalidad de aguas, los órganos son declarados autónomos, siguiendo una pretensión común de la propuesta constitucional, que era la de generar espacios de poder diferentes a los propiamente estatales.

4. Estructura del estatuto del agua

Este apartado sobre la propuesta en materia de aguas existe por tres motivos. El primero, dice relación con mostrar en especial cómo la propuesta constitucional abordó este tema, de máxima urgencia. El segundo, porque la propuesta en materia de aguas tiene una profundidad y detalles que la hacen un estatuto completo en sí mismo. El tercero, porque al mirar la estructura de este estatuto podemos encontrar en ella cómo las variables que se analizaron en los apartados anteriores se presentan también en este, existiendo (i) bases conceptuales, (ii) objetivos, (iii) mecanismos (deberes estatales, mecanismos ciudadanos y límites) e (iv) instituciones.

La propuesta se basó en el contexto actual de sequía y mala gestión del agua, y en el reconocimiento de que el agua es esencial para la vida. La sequía es justamente una de las consecuencias de la crisis climática y ecológica que reconoce como base la propuesta en temas ambientales, y sus consecuencias y efectos han escalado en la última década²⁵. Junto a esto, la gestión del agua en Chile se ha mantenido sustancialmente igual desde su creación en 1981 por medio del Código de Aguas; esto, aun cuando Chile ha recibido diagnósticos y recomendaciones de organizaciones internacionales en 2011²⁶ y en 2016²⁷ promoviendo reformas para apartar la gestión del agua de la esfera casi exclusivamente privada, y llevarla más cerca de la esfera pública.

Respecto del carácter esencial del agua para la vida (tanto humana como natural en general), éste es reconocido en el art. 140 de la propuesta, y tiene gran

25 Ver: (CR)2, Informe a la Nación La megasequía 2010-2015: Una lección para el futuro, 2015. Y Núñez, Jorge et al., Atlas de Sequía de América Latina y el Caribe, (UNESCO y CAZALAC), 2018.

26 Banco Mundial, CHILE Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos, 2011.

27 OCDE, Recomendaciones del Consejo de la OCDE sobre el Agua, 2016.

relevancia ya que le da contenido y perspectiva a los problemas de sequía y mala gestión. En ese sentido, nos intenta decir que estos problemas no son uno más de los problemas ambientales que Chile enfrenta en el contexto de crisis climática y ecológica, sino que son esenciales en tanto sin agua, o con abastecimiento insuficiente o inadecuado, no se puede desarrollar la vida personal ni comunitaria de las personas, ni la vida de los demás seres y ecosistemas.

Estos conceptos básicos esenciales a partir de los cuales se construyó la estructura jurídica de la regulación del agua en la propuesta 2022 fueron reconocidos por gran parte de los convencionales a poco tiempo de ser electos²⁸, y marcaron así la agenda de objetivos que la propuesta buscó impulsar en la materia: proteger el agua y su ciclo hidrológico. Dichos objetivos se pueden vislumbrar en distintos artículos.

Por un lado, el propósito de protección del agua se puede desprender del reconocimiento del derecho humano al agua y saneamiento (art 57), que no solo debe ser garantizado para las generaciones presentes, sino también futuras, y atendiendo los distintos contextos. Luego, en el art. 142 se establece que el Estado debe velar por un uso razonable del agua. Por otro lado, se puede denotar el objetivo de protección del ciclo hidrológico del agua en artículos como el 140, donde se establece el deber del Estado de “proteger las aguas en todos sus estados y fases, y su ciclo hidrológico”.

Los derechos y principios constitucionales que representan los objetivos de protección de la propuesta cuentan igualmente con mecanismos correlativos que hacen posible su garantía. Así, se reconocen criterios de orientación de la acción del Estado, a través de diversos deberes generales, o particulares a un organismo. Entre ellos, los deberes correlativos al derecho humano al agua, esto es, los deberes del Estado de garantizar el derecho, y velar por su satisfacción atendiendo las necesidades especiales de cada contexto (art. 57); el deber de promover y proteger la gestión comunitaria del agua potable y saneamiento (art 141); el mandato de que los planes de ordenamiento territorial prioricen la protección de las cuencas, el agua en sus diversas fases, y los ecosistemas relacionados (art 197.3); la competencia de la región autónoma para conservar, preservar, proteger y restaurar el equilibrio ecológico y el uso racional del agua (220, letra g)); y, por último, el principio de promoción integral de los territorios rurales y la relación directa de sus habitantes con el agua (art 241).

Otro mecanismo para cumplir estos objetivos es la participación ciudadana a través de un sistema de gestión de cuencas. Esto se expresa a través del reconocimiento

28 El Mostrador, Convención ambientalista: más de un 70% de constituyentes respalda cambiar modelo de gestión del agua, 18 de mayo de 2021.

de la gestión comunitaria del agua potable (art. 141), del establecimiento del sistema de gobernanza participativo a través del manejo integrado de cuencas (art. 143.1), y de la creación de los consejos de cuenca (art. 143.2 y siguientes). El reconocimiento de la cuenca como unidad mínima de gestión (art. 143.1) es un aporte importante al cumplimiento de los objetivos propuestos por la Constitución Ecológica. Actualmente en Chile la gestión del agua se encuentra disgregada, pudiendo una sola cuenca contar con diversas organizaciones de usuarios de aguas (actor principal de la gestión del agua) a lo largo de ella, así como una cuenca se puede encontrar dividida en distintas comunas o regiones, y no existe una obligación de que los distintos actores involucrados actúen en conjunto. En nuestro derecho, actualmente solo existe el principio de unidad de corrientes (art. 3 del Código de Aguas), sin embargo, este principio es utilizado en el sentido de evitar el sobreotorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas y para efectos de generar una gestión unitaria entre los usuarios, pero no en el sentido de protección del ciclo hidrológico que proponía la norma en estudio.

Así, entonces, la Constitución Ecológica no solo proponía un sistema de gobernanza del agua participativo y comunitario, sino que dicha gobernanza debía ejercerse en la unidad mínima que es la cuenca, asegurando que la forma en que se gestione el agua sea según “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales”²⁹, sino también que dicha gestión trate al agua desde la visión de la cuenca, protegiendo su ciclo hidrológico.

Por último, se crearon como mecanismos para el logro de los objetivos de protección del agua y su ciclo hidrológico ciertos límites a la intervención del agua. En este sentido se establecía un criterio de priorización en los usos del agua, estableciendo que el ejercicio del derecho humano al agua, el saneamiento y el equilibrio de los ecosistemas siempre prevalecerán (art. 140.1). Este límite, permite relacionar los derechos de la naturaleza (que comprenden los ciclos naturales, y por lo tanto el ciclo hidrológico) con la protección del agua, estableciendo entonces un marco para la actuación de los distintos actores en torno al agua. Esto se complementa con la creación de una nueva institución para el uso del agua, que vendría a reemplazar los actuales derechos de aprovechamiento: las autorizaciones de uso de aguas (art. 142), de carácter temporales, intransferibles, y concedidas en base a la disponibilidad efectiva de aguas.

Pero una de las limitantes más relevantes para la intervención del agua es el reconocimiento de esta como un bien común inapropiable (art. 134), lo cual no

29 Principio 10 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, 2012.

solo le incorporaría más deberes al Estado para la protección del agua debido a su rol de custodio, sino que a su vez permitía que nos apartáramos del modelo de gestión del agua a partir del derecho de propiedad privada que actualmente contamos en Chile.

Finalmente, para cerrar esta estructura normativa, se creaba una institucionalidad capaz de hacer ejecutable todos estos mecanismos, persiguiendo los objetivos planteados. En ese sentido, se creaban los consejos de cuenca como responsables de la administración de las aguas, generando una administración local, diversificada y equilibrada en su composición, y participativa (art. 143). Así, tanto actores económicos, como actores sociales, entidades territoriales, etc, podrían participar de la gestión de aguas en iguales condiciones, y de forma coordinada con los demás consejos de cuenca pertinentes.

Por otro lado, se creaba la Agencia Nacional del Agua (ANA), como agente estatal centralizado, para la supervigilancia y coordinación del uso del agua (art. 143.2). Esta agencia sería autónoma y desconcentrada, con un mandato expreso de asegurar el uso sostenible del agua para las generaciones presentes y futuras, el derecho al agua y la conservación de ecosistemas (art. 144). Para ello, se le habría dotado en la propuesta de una serie de atribuciones, todas ellas tendientes a la protección del agua y su ciclo hidrológico, por medio de las acciones de control, distribución, información, entre otras.

5. Reflexiones finales: La Constitución Ecológica que será

Al momento en que termino de escribir estas líneas (30.09.22), pareciera que el proceso constituyente entrará en una tercera fase. Si bien aún no existe un acuerdo entre los partidos políticos representados en el Congreso, han existido manifestaciones públicas de la mayoría de ellos en favor de la continuidad del proceso, mientras negocian las formas de dicha continuidad. Espero no equivocarme y que los partidos respeten la palabra empeñada.

Lo que sí continuará sin dudas, son las razones que llevan a la necesidad de una estructura normativa que nos permita afrontar la situación ambiental de mejor manera. Como se ha revisado en este trabajo, esta necesidad aparece de manera clara en las dos fases anteriores, en una primera porque la ciudadanía así lo muestra, a pesar de no ser escuchada, y en una segunda con un texto que intentaba hacerse cargo de la preocupación.

La forma en que la propuesta constitucional 2022 recogió el asunto parecía suficientemente robusta y en la lógica de dicha propuesta, abordaba con cierto

nivel de detalle cada uno de los objetivos, mecanismos e instituciones que se proponían, cuestión que no debiera ser dejada de lado de cara a una nueva fase del proceso.

En materia ambiental existió mayor acuerdo entre los votantes respecto a la idoneidad de establecer el estatuto del agua³⁰, y el sector que votó apruebo consideró la protección del medio ambiente como la 2da razón de su voto³¹. Tampoco aparecen estos temas entre las razones para rechazar. En una observación personal, basada en los numerosos debates y conversaciones que me tocó sostener durante esta fase del proceso constitucional, me parece que en general la propuesta de Constitución Ecológica 2022 era evaluada en términos mayormente positivos.

Las salvedades que me tocó observar pasaban principalmente por el cambio de derechos de aguas a autorizaciones de uso y particularmente por las características de dichas autorizaciones³². Hubo también oposición a los derechos de los animales, aunque con un mérito de realidad dudoso, por el temor respecto de la posibilidad de continuar las formas de vida rurales. Por último, existió oposición a los artículos que se referían a los pueblos originarios y su relación con el territorio que habitan, la que se anclaba en la oposición general a la plurinacionalidad. Por otro lado, existían dudas de aplicación de las lógicas de los bienes comunes naturales y los derechos de la naturaleza, en su rol de límites, junto con una pequeña oposición a estos últimos en términos ideológicos (la idea de que solo la persona puede tener derechos). Creo que estas dudas, sin embargo, no llevaron a que existiera una mala valoración de dichos asuntos por las personas en general y por ello no fueron las que generaron el rechazo del texto.

Adicionalmente, por parte de algunos especialistas se consideraba que existía una sobre regulación del asunto y que muchas de las normas en concreto debían ser objeto de leyes y no de una Constitución. En particular, se apuntaba con esto a los estatutos de protección especial de ecosistemas. En este punto, me parece que la propuesta respondía al estilo de Constitución que se estaba proponiendo, aunque efectivamente sería posible sintetizar algunas de las normas y lograr el mismo resultado, si es que en una siguiente fase se opta por una constitución menos extensa.

30 Feedback research, El proceso constituyente no ha terminado; persiste la demanda de cambio [Encuesta], 2022, p. 35.

31 Feedback research, El proceso constituyente no ha terminado; persiste la demanda de cambio [Encuesta], 2022, p. 40.

32 Sin perjuicio de que considero que la interpretación que se daba a la norma es incorrecta, la resistencia al cambio en este sentido era visible en columnas como esta: La Tercera, Las autorizaciones de uso de las aguas y los usos productivos por Tatiana Celume, 08 de junio 2022.

Mientras en el 2016-2018 las personas que participaron pudieron establecer con claridad hacia donde creían que debía apuntar la relación sociedad-naturaleza en nuestra Constitución, en la propuesta 2022 ello tuvo una elaboración que respondía a un trabajo de muchos años y muchas personas, organizaciones y académicos que colaboraron en dar forma a las preocupaciones y también dar propuestas de solución, algunas de las cuales fueron tomadas por la Convención Constitucional.

De cara a un nuevo proceso, es altamente probable que la manera en que se aborde el asunto cambie, al son de las formas con que el nuevo órgano decida redactar el texto constitucional. Ese cambio de formas no debería olvidar el trabajo previamente realizado, ni la existencia de las urgencias materiales que nos llevan a requerir una Constitución Ecológica.

DERECHO INTERNACIONAL

21. CONSECUENCIAS JURÍDICO-GEOPOLÍTICAS DE LA GUERRA EN UCRANIA

Dra. Paulina Astroza Suárez^{1 2}

Resumen

El Derecho Internacional (DI) contemporáneo, en lo que a regulación de la fuerza en las relaciones internacionales se refiere, se cimienta en dos importantes principios de la segunda postguerra mundial: la prohibición del uso y amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la solución pacífica de controversias. En la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) encuentran consagración expresa tras la toma de conciencia de los Estados que la soberanía de éstos no podía seguir siendo absoluta, reconociendo como límite el DI y dentro de éste, estas dos reglas esenciales para mantener la paz y seguridad internacional. Se trataba de no volver a vivir un tercer conflicto global con consecuencias devastadoras para toda la Humanidad. Estos principios tuvieron desarrollo posterior en resoluciones de la Asamblea General de la ONU, la doctrina y jurisprudencia, y han sido aplicados generalmente en las relaciones internacionales. Sin embargo, como ordenamiento jurídico que es, es el “deber ser” de los sujetos del DI. El “ser internacional” no siempre se ha ajustado a estas reglas internacionales ni tampoco siempre se ha hecho efectiva la responsabilidad internacional que ha correspondido a los violadores. “*Dos pesos, dos medidas*”, como se diría en Relaciones Internacionales. Con la guerra en Ucrania, veremos nuevamente que el “ser” no se ajusta al “deber ser” y, esta vez, con consecuencias geopolíticas mayores.

- 1 Doctora en Ciencias Políticas y Sociales, Master en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales y diplomada en Relaciones Internacionales y Política Comparada. Abogada de la Universidad de Concepción. Profesora titular del Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. pastroza@udec.cl
- 2 Agradezco la colaboración de la abogada de la Universidad de Concepción, Valeska Benavides Soto vbenavides@udec.cl y del egresado de Derecho de la misma Casa de Estudios, Javier Sepúlveda Estrada jsepulveda2017@udec.cl, ambos ayudantes del Programa de Estudios Europeos y becarios Erasmus de la Unión Europea.

1. Introducción

Los servicios de inteligencia británicos y estadounidenses alertaron a sus aliados occidentales, especialmente europeos, de las reales intenciones de Vladimir Putin de atacar militarmente a Ucrania e invadir su territorio. A diferencia de las informaciones en 2003 sobre el “riesgo inminente de ataque” de Saddam Hussein desde Irak y su supuesta posesión de armas de destrucción masiva, esta vez la información resultó ser totalmente cierta.

El 24 de febrero de 2022, ante la incredulidad de muchos, tropas rusas comenzaron su ataque e invasión a Ucrania. Vladimir Putin, a través de un mensaje, explicó las razones de dicha “operación militar especial”. *“Según el acuerdo de amistad de las Repúblicas de Donetsk y Lugansk, con la aprobación del Senado de Rusia, he tomado la decisión de comenzar una operación militar especial. Las Repúblicas populares del Donbass han solicitado la ayuda de Rusia. Nuestro objetivo es defender a la población que durante ocho años ha estado sufriendo tortura y genocidio por parte de las autoridades neonazis de Kiev”*, fue lo que señaló en video emitido al mundo.³

Para poder comprender el contexto geopolítico y las implicancias jurídicas de esta guerra, debemos analizar diversos aspectos que llevan a Vladimir Putin a tomar esta decisión de política internacional, violando claramente las normas del DI y del DI Humanitario. En este trabajo abordaremos la visión de Putin de la vinculación que existe entre Ucrania y Rusia y la idea de la “Gran Rusia”; las normas internacionales violadas por la invasión armada y guerra en territorio ucraniano y la actuación de los organismos internacionales; las consecuencias geopolíticas en Europa, incluyendo el impacto en la Organización del Atlántico Norte (OTAN), para finalizar con una breve mención a los juicios que se están llevando a cabo actualmente ante la Corte Penal Internacional (CPI) y la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Por razones de espacio, no podremos considerar otras dimensiones importantes, y aún en evolución, dada la magnitud de esta guerra.

2. Ucrania, Rusia y el mundo postguerra

Un conocido proverbio ruso afirma que *“San Petersburgo fue la cabeza de Rusia, Moscú su corazón, pero Kiev la madre”*. En la base del discurso nacionalista de Putin está la creencia que Ucrania es parte de Rusia, que ésta nació justamente de

3 Youtube.com, Claves del discurso de Vladimir Putin sobre la Operación Militar de Rusia en Ucrania, 24 de febrero de 2022. En: <https://www.youtube.com/watch?v=IBNLuOUeUKc>.

“Rus” en Kiev y que han sido sucesos históricos “injustos” los que han llevado las cosas hasta sentirse amenazados por las potencias occidentales. En este sentido, para comprender cabalmente la visión rusa de los acontecimientos -lo que no significa en ningún caso justificar una invasión armada y menos aún crímenes de guerra o de lesa humanidad-, es importante observar con atención los fundamentos políticos, históricos y culturales que se encuentran tras la “argumentación” de Putin de lo que ha llegado a prohibir en llamar “guerra o invasión armada” en Ucrania.⁴

Pasados 6 meses del inicio de los enfrentamientos, recién el 13 de septiembre se pronunció en la Duma (parlamento ruso) la expresión prohibida: “*Es una guerra, no una operación especial. Hace falta una movilización general*”, ha advertido el líder del Partido Comunista, Guennadi Ziugánov, el gran bastión histórico de Vladimir Putin entre los demás partidos fieles al presidente ruso.⁵

“La guerra y la operación especial son de raíces diferentes. Puedes detener la operación especial, pero no puedes detener la guerra aunque quieras. Esta tiene dos resultados: la victoria o la derrota. La de vencer en Donbás es la cuestión de nuestra supervivencia histórica. Todos en este país deberían valorar de manera realista lo que está sucediendo”, dijo Ziugánov este martes ante el Parlamento. El político, de 78 años y al frente de los comunistas desde 1993, pronunció un término que las llamadas leyes contra la desacreditación de las Fuerzas Armadas prohíben.⁶

El mensaje que Putin ha enviado, en especial a la población rusa, es que Occidente (especialmente los Estados Unidos y países europeos), son una amenaza para la seguridad del país, amenaza que debe ser detenida antes que siga avanzando a territorios que estima son de la “soberanía” o “influencia” rusa.⁷ Dentro de éstos, cobra especial importancia Ucrania. Efectivamente, en el siglo IX, Kiev -actual capital ucraniana- fue

4 El 4 de marzo de 2022, Putin firmó ley dictada por unanimidad por la Duma que prohíbe hablar de guerra o invasión armada u otro concepto similar. “Esta ley obligará a castigar -y con mucha dureza- a quienes mintieron e hicieron declaraciones que desacreditaron a nuestras fuerzas armadas”, dijo el presidente de la Duma, Viacheslav Volodin. France 24, Guerra de información: hasta 15 años de cárcel por difundir “noticias falsas” en Rusia, 5 de marzo de 2022. En: <https://www.france24.com/es/rusia/20220305-rusia-guerra-ucrania-periodistas-noticias>. Esta ley obliga a referirse a estos acontecimientos como “operación militar especial”, sancionando con hasta 15 años de cárcel a quienes violen la ley, en especial medios de prensa.

5 El País, El entorno de Putin exige al Kremlin “una movilización total para la guerra” en Ucrania, 13 de septiembre de 2022. En: <https://elpais.com/internacional/2022-09-13/el-entorno-de-putin-alza-la-voz-para-exigir-una-movilizacion-total-para-la-guerra-en-ucrania.html>

6 El País, El entorno de Putin exige al Kremlin “una movilización total para la guerra” en Ucrania, 13 de septiembre de 2022. En: <https://elpais.com/internacional/2022-09-13/el-entorno-de-putin-alza-la-voz-para-exigir-una-movilizacion-total-para-la-guerra-en-ucrania.html>

7 Youtube.com, Putin acusa a la OTAN de haber provocado la guerra, 9 de mayo de 2022. En: <https://www.youtube.com/watch?v=vr9gStW0S90>

el centro del primer Estado eslavo. Ahí un grupo de vikingos se hacían llamar *Rus*. Tanto el origen de Ucrania como de Rusia se encuentra en este Estado medieval, que los historiadores llaman *Kyivan Rus* (la Rus de Kiev). Con el paso de los siglos, la situación fue evolucionando hasta que los comunistas crearan la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) tras la Revolución de 1917. Ucrania, Bielorrusia y Transcaucasia (actuales Georgia, Armenia y Azerbaiyán) se anexaron inmediatamente. En 1941 fueron anexados por medio de la fuerza los países bálticos (Estonia, Letonia y Lituania). Durante la URSS, Stalin cedió la administración de Crimea a Ucrania manteniendo Sebastopol como importante puerto de la Armada rusa en el Mar Negro. El 8 de diciembre de 1991 se disuelve la URSS. En 1997, a través de la firma de un tratado entre Rusia y Ucrania, se afirmó la integridad de las fronteras de esta última.

Vladimir Putin ha señalado muchas veces que la disolución de la URSS fue un grave error geopolítico. Para el ex agente de la KGB, como para muchos en Rusia, en momentos de la disolución se habría celebrado un acuerdo secreto entre los gobiernos de Mijail Gorbachov y George Bush por el cual éste se habría comprometido a no seguir avanzando en influencia y poder a los Estados otrora miembros de la URSS. Tanto la ampliación de la OTAN como de la Unión Europea (UE), serían para el Presidente ruso prueba del incumplimiento de este supuesto acuerdo.

Lo anterior ha sido debatido bastante por historiadores. Lo cierto es que no existe ningún acuerdo escrito sobre este compromiso de no ampliación hacia el Este pero es real la existencia de dicha promesa consagrada en distintas conversaciones en que se analizó la suerte de la reunificación alemana. Ésta no podía realizarse sin el consentimiento de la URSS. Es así como, de la desclasificación de documentos años más tarde, se puede acreditar que EEUU se comprometió a “Si mantenemos una presencia en una Alemania (unificada) que es parte de la OTAN, no habrá una extensión de la jurisdicción y las fuerzas de la OTAN ni una pulgada hacia el Este”.⁸

La paulatina expansión de la OTAN -y de la UE- a los países que formaban parte del área de influencia de la ex URSS, fue molestando cada días más a Moscú. La sola posibilidad que esta ampliación llegara a Ucrania era insoportable para Putin, no sólo por razones históricas y culturales sino también geopolíticas.

3. El dramático camino a la guerra

La guerra actual no se puede comprender si no se analiza el proceso que se ha vivido desde 2013. Este año se anuncia la celebración de un Acuerdo de Asociación

8 El Diario, Gorbachov, la OTAN y el fin de la URSS, 4 de septiembre de 2022. En: https://www.eldiario.es/internacional/gorbachov-otan-urss_129_9278988.html

entre Ucrania y la UE. La presión rusa sobre el gobierno del ex presidente Victor Yanukovych lo llevó a echar pie atrás, lo que dio lugar a grandes manifestaciones proeuropeístas conocida como el Euromaidán. Estas protestas lograron la dimisión de Yanukovych pero se abrió un flanco aún más complejo: la independencia de Crimea y su posterior anexión a la Federación Rusa.

Según la Constitución de Ucrania, las regiones o territorios del país no tienen el derecho de secesión unilateral, sin embargo, los crimeos prorrusos (apoyados por Rusia), llamaron a un referéndum que, a ojos de Ucrania y sus aliados, violaba las normas internas de este país y el DI. Este referéndum se llevó a cabo el 16 de marzo de 2014 en la República Autónoma de Crimea (RAC) y la ciudad de Sebastopol, bajo ninguna garantía de transparencia y democracia y sin ningún observador internacional. Se les preguntó a los crimeos si optaban por su ingreso a la Federación Rusa o volver a la Constitución de Crimea de 1992. Un altísimo porcentaje votó por la primera opción. El 11 de marzo de ese año, Crimea y ciudad de Sebastopol (donde Rusia tiene su armada para tener acceso directo al Mar Negro) declararon unilateralmente su independencia de Ucrania, formando la República de Crimea, ante la protesta de este país y de los países aliados de Occidente. El 18 de marzo, Putin firma una ley anexando a Crimea a la Federación Rusa, cumpliendo así con una primera etapa del plan que vendría a completarse con la intervención militar en Ucrania el 2022. Fue expulsado por esta razón del G-8 y fue sancionado por los europeos y demás países occidentales.

Para la comprensión de lo que actualmente está ocurriendo en Ucrania, no podemos dejar fuera otra parte importante de estos eventos que explican, como un todo, la decisión de Putin de atacar a su país vecino: la región del Donbass.

En las zonas ucranianas de Donetsk y Lugansk (Donbass) se declararon en 2014 como Repúblicas Populares independientes del gobierno de Kiev. Ningún Estado las había reconocido como tales hasta la guerra en que Rusia sí lo hizo. Esta zona es tradicionalmente prorrusa, a diferencia del occidente de Ucrania, cercana a las fronteras con países de la UE, en que los ucranianos son más proeuropeos. Es así como en su discurso de anuncio de la “operación militar especial”, el fundamento de Vladimir Putin fue el de ir en ayuda de los prorrusos de estas zonas por ser “víctimas de genocidio” por parte de Ucrania. Recordemos que el genocidio se encuentra definido, además de la Convención sobre este delito internacional, en el art. 6 del Estatuto de Roma que creó la CPI. Este establece que “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a)

Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Junto con no cumplir con ninguno de los tipos penales internacionales mencionados en el Estatuto de Roma lo que ocurre en el Donbass, la mención al “genocidio” fue utilizada por Ucrania para presentar su demanda ante la CIJ aplicando la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (1948), tema del que nos referiremos más adelante.

Mientras escribimos este artículo, se desarrolla la 77ª sesión de la Asamblea General de la ONU (UNGA77). El tema de la guerra de Ucrania ha sido el más importante que ha sobrevolado los discursos que se han pronunciado. Vladimir Putin no sólo no asistió sino que se anunció referéndums exprés en las zonas del Donbass donde se llevan a cabo los enfrentamientos. Donetsk, Lugansk, Jersón y Zaporíyia son los territorios que votarán entre el 23 y el 27 de septiembre sobre su independencia de Ucrania. Esto recuerda, evidentemente, lo ocurrido en Crimea.

Tras la ofensiva de los últimos días del ejército de Ucrania y la pérdida de terreno por los rusos, se aceleró la intención por parte de las autoridades de Donetsk y Lugansk, puestas en el cargo por los rusos en 2014, de efectuar estos referéndums. Además, en las zonas de Zaporíyia y Jersón, invadidas tras el ataque ruso de febrero, sus autoridades ocupantes quieren adoptar la misma medida. Las protestas no se han hecho esperar. El Presidente Emmanuel Macron, aprovechando su intervención en la UNGA77, “calificó de ‘parodia’ el anuncio de la celebración de referéndums en cuatro regiones separatistas de Ucrania, afirmando que no tendrían ‘consecuencias jurídicas’”.⁹ Por su parte, el secretario general de la OTAN, Jens Stoltenberg, definió las consultas populares como “una escalada adicional de la guerra”.¹⁰ “Estos referéndums son una afrenta a los principios de soberanía e integridad territorial que sustentan el sistema internacional”, dijo el asesor de seguridad nacional de la Casa Blanca, Jake Sullivan. “Si esto sucede, Estados Unidos nunca reconocerá los reclamos de Rusia sobre las partes supuestamente anexadas de Ucrania”.¹¹

9 France 24, En direct: Macron qualifie de “parodie” les référendums annoncés par les séparatistes prorusses, 20 de septiembre de 2022. En: <https://www.france24.com/fr/europe/20220920-en-direct-l-arm%C3%A9e-ukrainienne-accentue-la-pression-dans-le-donbass>

10 El Perfil, “Escalada adicional”: la OTAN advirtió contra los referéndum de anexión de zonas ucranianas que impulsa Rusia, 20 de septiembre de 2022. En: <https://www.perfil.com/noticias/internacional/la-otan-advirtio-contra-los-referendum-de-anexion-de-zonas-ucranianas-que-impulsa-rusia.phtml>

11 The Guardian, Four occupied Ukraine regions plan imminent ‘votes’ on joining Russia, 20 de septiembre

Aun Putin no ha manifestado su apoyo a estos referéndums convocados en las regiones del Donbass, sin embargo, “la Duma Estatal ha aprobado a toda velocidad una serie de enmiendas que contemplan por primera vez escenarios como la movilización general de la población y el estado de guerra”.¹² La importancia de estos referéndums -pese a su inoponibilidad a nivel internacional por su falta de legitimidad- estaría en que, si la Federación Rusa nuevamente tomara la decisión de anexar territorio ucraniano, los ataques de Ucrania serían para Rusia ataques contra su soberanía territorial y, ante este escenario, ya ha amenazado con el uso del arma nuclear. El sólo pensar en un escenario como éste, debe encender todas las alarmas en la comunidad internacional porque las consecuencias son absolutamente indeseadas.

La invasión militar pasó de una “operación militar especial”, que se suponía tenía por objetivo la protección de los ucranianos prorrusos ante el genocidio que estarían viviendo en manos del ejército de Kiev, a una larga guerra que no tiene visos de concluir en el corto tiempo. La supuesta defensa de los ucranianos prorrusos, en la primera etapa de los ataques, parecía desvanecerse ante la evidencia que las principales violaciones al territorio ucraniano se estaban dando a través de la frontera de Ucrania con Bielorrusia y no por la zona del Donbass. También los ataques se dieron por Mariupol y el sur oeste de Ucrania. El objetivo claramente era tomarse la capital y gran parte del territorio de Ucrania pero la increíble resistencia ucraniana -con fundamental apoyo militar y logístico de los países occidentales, especialmente de la OTAN y la UE- logró impedir los deseos de Putin.

La última decisión adoptada por Putin, en los días de la UNGA77, ha sido llamar a una “movilización parcial” de 300.000 reservistas con experiencia militar (algo que no aparece en el texto del decreto, de carácter más general y que podría permitir un reclutamiento más amplio).¹³ Asimismo, “el presidente ruso asegura que utilizará ‘todos los medios al alcance’, incluido el nuclear, para defender su país”.¹⁴ Esto ha provocado una estampida masiva de rusos a través de los países

de 2022. En: <https://www.theguardian.com/world/2022/sep/20/four-occupied-ukraine-regions-plan-votes-on-joining-russian-federation>

12 El País, El Kremlin se prepara para la escalada en Ucrania con referendos en territorios ocupados y movilizaciones para ir al frente, 20 de septiembre de 2022. En: <https://elpais.com/internacional/2022-09-20/el-kremlin-se-prepara-para-la-escalada-en-ucrania-con-referendums-en-territorios-ocupados-y-movilizacion-para-ir-al-frente.html>

13 El País, Putin ordena una movilización parcial en Rusia para hacer frente a la contraofensiva de Ucrania, 22 de septiembre de 2022. En: <https://elpais.com/internacional/2022-09-21/putin-ordena-una-movilizacion-parcial-en-rusia-para-hacer-frente-a-la-contraofensiva-de-ucrania.html>

14 El País, Putin ordena una movilización parcial en Rusia para hacer frente a la contraofensiva de Ucrania, 22 de septiembre de 2022. En: <https://elpais.com/internacional/2022-09-21/putin-ordena-una-movilizacion-parcial-en-rusia-para-hacer-frente-a-la-contraofensiva-de-ucrania.html>

que no les exigen visas. Largas filas de autos se dirigían a Finlandia. Los vuelos a países como Turquía estaban agotados en las primeras horas de la mañana y se prohibió por el gobierno la salida del país de hombres mayores de 18 años. Por otra parte, han vuelto las protestas contra el gobierno ruso, las que han sido reprimidas como todas las que se han desarrollado en el pasado. Los derechos humanos vuelven a violarse en un país con un gobierno cada día más autoritario y nacionalista. La medida ha sido vista como un intento desesperado de Putin ante los retrocesos de su intervención en el Donbass y de la exigencia de algunos grupos dentro de la propia Rusia que le exigen más firmeza y una mayor movilización para contrarrestar a las tropas de Ucrania. Aún está por verse los efectos militares y políticos de esta decisión que ha sido condenada por muchos Estados en la propia sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

4. Intervención militar de la Federación de Rusia a Ucrania: flagrante violación al DI

Desde el punto de vista del DI, tal como lo señalamos en la introducción, existe el principio de la prohibición del uso y amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la obligación de solucionar pacíficamente las controversias. Estas normas tienen dos excepciones establecidas en la misma Carta de la ONU: en uso de la legítima defensa -individual o colectiva- regulada en el art. 51 de este tratado; y cuando se cuente con autorización del Consejo de Seguridad de la ONU por aplicación del Capítulo VII de la Carta. En doctrina han surgido al menos dos tesis que sumarían otras dos causales como es el deber/derecho de injerencia humanitaria y la llamada guerra preventiva o Doctrina Bush. Ambas son muy cuestionables a pesar de las motivaciones morales de la primera y la realidad práctica de la segunda. Ninguna de las excepciones son aplicables al caso de la guerra en Ucrania: ni ha habido legítima defensa porque Ucrania no ha atacado Rusia ni ha habido autorización del Consejo de Seguridad de la ONU para que Rusia invada territorio ucraniano. Quien sí está haciendo uso del art. 51 de la Carta de la ONU es Ucrania pues se está defendiendo del ataque armado de otro Estado. Esta defensa no ha sido colectiva sino individual de Ucrania. Son sus soldados, su ejército, quien batalla contra las tropas rusas. Los países de la OTAN sólo han intervenido entregando apoyo económico, militar, logístico, político y humanitario a Ucrania. No es posible aplicar aquí la defensa colectiva del art. V del Tratado de la OTAN porque Ucrania no forma parte de ella. Por lo mismo, Putin sabe muy bien que atacar Polonia o los Países Bálticos es otro escenario,

muchísimo más riesgoso al tratarse en ese caso de un ataque a un Estado OTAN, pudiendo éstos defenderlo enfrentando a potencias nucleares (EE.UU., Francia y Reino Unido). Es por esta razón que dos países tradicionalmente neutrales -Finlandia y Suecia- han decidido pedir su adhesión a la OTAN, ante el riesgo ruso. Esto es un punto de inflexión histórico y que cuenta con el apoyo de la propia población de estos países. Otra consecuencia geopolítica de la guerra.

Por otra parte, la intervención militar de Rusia a Ucrania ha suscitado gran preocupación por las graves consecuencias humanitarias que ha traído consigo, pero también sobre el rol que cumple el DI contemporáneo ante cuestionamientos sobre su eficacia, pues al carecer de medios coercitivos para hacer cumplir sus disposiciones puede parecer como ineficaz a la hora de prevenir o detener conflictos armados. Esto hay que observarlo con detención.

Ciertamente, la invasión militar por parte de la Federación Rusa, constituye una vulneración grave a los principios y obligaciones del DI contemporáneo. Rusia -como continuadora jurídica de la personalidad internacional de la URSS- es uno de los 51 Estados miembros que ratificaron el documento fundacional de la ONU, por lo que, previo a la intervención militar, buscó legitimar su accionar precisamente amparándose en disposiciones de la Carta, lo que no hizo más que revelar su carente fundamentación jurídica. Primeramente, reconoció la independencia de las provincias de Donetsk y Lugansk invocando el derecho a defensa colectiva consagrado en el artículo 51 de la carta de la ONU, para lo cual acusó un “inminente ataque armado” por parte de las fuerzas ucranianas (acercándose más esta fundamentación a la guerra preventiva o doctrina Bush). Sin embargo, el problema para ellos es que ningún otro Estado Miembro de la ONU -de un total de 193- ha reconocido a estas dos provincias como Estados independientes, por lo que los supuestos para aplicar este artículo pierden toda validez, careciendo de fuerza para justificar la intervención militar por parte de Moscú.

Asimismo, como ya lo señalamos, la Federación Rusa justificó su intervención aduciendo que el ejército ucraniano se encontraría cometiendo actos constitutivos de genocidio contra población de prorrusa al interior de dicho territorio. La CIJ -tribunal supremo de la ONU y uno de sus órganos principales- calificó dichas acusaciones como débiles tanto del punto de vista fáctico como legal.¹⁵ Cabe precisar que la CIJ conoce de disputas entre Estados, en contraste a la CPI que sí puede juzgar a individuos por crímenes internacionales. La jurisdicción de

15 The Conversation, The International court of justice has ordered Russia to stop the war. What does this ruling mean?, 17 de marzo de 2022. En: <https://www.theconversation.com/the-international-court-of-justice-has-ordered-russia-to-stop-the-war-what-does-this-ruling-mean-179466>

la CIJ no es automática para los Estados y sobre todos los asuntos. Los Estados tienen que manifestar su consentimiento para invocar su competencia. Este consentimiento puede ser expresado de diferentes maneras. Puede ser, por ejemplo, directo, a través de declaraciones generales, o indirecto, pudiendo manifestarse por un Estado al celebrar tratados particulares que otorgan el poder de conocer sobre disputas específicas suscitadas con ocasión de un tratado. En el caso de Ucrania, la base de jurisdicción invocada fue el párrafo 1 del art. 36 del Estatuto de la CIJ y el art. IX de la Convención sobre el genocidio de 1948, en que le otorga competencia a la CIJ por hechos acaecidos en su territorio.

El 26 de febrero de este año, Ucrania presenta una demanda contra la Federación Rusa con el fin que la CIJ ordene medidas cautelares ante el inicio de las maniobras militares rusas.¹⁶ “En su solicitud, Ucrania aduce, entre otras cosas, que ‘la Federación Rusa afirmó falsamente que se habían cometido actos de genocidio en las provincias ucranianas de Lugansk y Donetsk, reconociendo sobre esta base la denominada ‘República Popular de Donetsk’ y ‘República de Luhansk’, y luego anunció e implementó una “operación militar especial” contra Ucrania’.”¹⁷

La demanda de Ucrania pide a la CIJ que establezca que, contrariamente a lo que pretende la Federación Rusa, ningún acto de genocidio, tal como lo define el art. III de la Convención sobre el genocidio, ha sido cometido en los *oblasts* ucranianos de Lugansk y Donetsk. También solicita a la Corte que establezca que la Federación Rusa no podría lícitamente adoptar, bajo la Convención de Genocidio, cualquier acción en o contra Ucrania dirigida a prevenir o castigar el presunto genocidio con el falso pretexto de que el genocidio ha sido perpetrado en las provincias ucranianas de Lugansk y Donetsk. Pide que se juzgue y declare que el reconocimiento por parte de la Federación Rusa de la independencia de las llamadas “República Popular de Donetsk” y “República Popular de Lugansk” el 22 de febrero de 2022 se basa en una acusación falsa de genocidio y, por lo tanto, no encuentra justificación en la Convención sobre genocidio. Solicita que se juzgue y declare que la “operación militar especial” anunciada e implementada por la Federación Rusa a partir del 24 de febrero de 2022 se basa en una acusación falsa de genocidio y, por lo tanto, no encuentra justificación en la Convención sobre genocidio. Ucrania pide a la Corte que exija a la Federación Rusa que proporcione

16 <https://www.icj-cij.org/en/case/182> Allegations of genocide under the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (UKRAINE v. RUSSIAN FEDERATION).

17 Icj-cij.org, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation). En: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-PRE-01-00-FR.pdf>

seguridades y garantías de no repetición con respecto a la adopción de cualquier acción ilegal en y contra Ucrania, incluido el uso de la fuerza, sobre la base de su falsa acusación de genocidio. Por último, demanda ordenar la reparación total por cualquier daño causado por la Federación Rusa como resultado de cualquier acción basada en su falsa denuncia de genocidio».¹⁸

En su solicitud, Ucrania también acusa a la Federación Rusa “de planificar actos de genocidio en Ucrania” y afirma que Rusia “mata intencionalmente a personas de nacionalidad ucraniana y daña gravemente su integridad física, el *actus reus* de genocidio en virtud del artículo II de la Convención sobre Genocidio».¹⁹

La CIJ fijó una audiencia inicial para el mes de marzo a la cual Rusia no asistió reclamando por lo cercana de la fecha de la audiencia e impugnando la base de jurisdicción de la misma para conocer del asunto. Sólo se limitó a remitir una carta en la que justificaba su no intervención. La CIJ ordenó Rusia, como una medida provisional, suspender inmediatamente sus operaciones militares en Ucrania ya que no existen pruebas para respaldar la posición rusa ni tampoco existe norma internacional que habilite a un Estado para intervenir sobre otro ante hechos de genocidio.²⁰ Dicha medida provisional tiene el carácter vinculante, por lo que su inobservancia significa una violación al DI, pero la Corte carece de medios para ejecutar sus órdenes. A siete meses del inicio de la operación militar, Rusia sigue sin cumplir dicha orden. Varios Estados han hecho una Declaración de Intervención de conformidad con el derecho a intervenir establecido en el Artículo 63, párrafo 2, del Estatuto de la CIJ y, por tanto, participarán en la continuación del procedimiento de las medidas cautelares. Estos Estados son: Letonia, Lituania, Nueva Zelanda, Reino Unido, Alemania, EE.UU., Suecia, Italia, Francia, Rumania, Polonia, Dinamarca e Irlanda.²¹

El otro tribunal internacional que ha intervenido en el asunto es la CPI a instancias, en primer lugar, de Lituania (1 de marzo 2022) y luego apoyado por 43 Estados, entre los cuales se encuentra Chile (1 de abril 2022). Ucrania no es parte del Estatuto

18 Icj-cij.org, Allegations of genocide under the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Ukraine v. Russian Federation), 16 de marzo de 2022. En: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-FR.pdf>

19 Icj-cij.org, L'Ukraine introduit une instance contre la Fédération de Russie et demande à la Cour d'indiquer des mesures conservatoires, 27 de febrero de 2022. En: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-PRE-01-00-FR.pdf> Corte Internacional de Justicia.

20 Icj-cij.org, Allegations of genocide under the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Ukraine v. Russian Federation), 16 de marzo de 2022. En: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-FR.pdf>

21 Icj-cij.org, Allegations of genocide under the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Ukraine v. Russian Federation). En: <https://www.icj-cij.org/en/case/182>

de la CPI. Sin embargo, en dos oportunidades ha ejercido su prerrogativa de reconocer la competencia de la CPI invocando el art. 12-3 del Estatuto de Roma, en relación con crímenes presumiblemente cometidos en su territorio y tipificados por el Estatuto. La primera declaración depositada por el gobierno de Ucrania reconoció la competencia de la CPI referido a crímenes que habrían sido cometidos sobre el territorio ucraniano del 21 de noviembre de 2013 al 22 de febrero de 2014. La segunda declaración amplió este marco temporal por una duración indeterminada con el objetivo de englobar los crímenes que continuarían siendo cometidos en el conjunto del territorio de Ucrania desde el 20 de febrero de 2014.²²

El 2 de marzo de 2022, el Fiscal anunció que había abierto una investigación sobre la situación en Ucrania en base a las referencias recibidas. De acuerdo con los amplios criterios de jurisdicción conferidos por estas remisiones, y sin prejuzgar el objeto de la investigación, el alcance de la situación abarca cualquier acusación pasada y presente de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio cometidos por alguien en cualquier parte del país o en cualquier parte del territorio de Ucrania desde el 21 de noviembre de 2013.

Este proceso sigue abierto y estamos esperando su resolución. No obstante, claramente para Putin estas situación planteadas en instancias jurisdiccionales internacionales no lo presionan en lo más mínimo. La escalada de violencia de los últimos días y el encuentro de fosas comunes en Iziium y antes en Mariupol, así lo demuestran.

5. Las acciones de la ONU ante la operación militar rusa en Ucrania

La ONU, es la organización internacional con mayor relevancia, encargada de mantener la paz y seguridad internacional, donde los Estados se reúnen a discutir problemas y encontrar soluciones compartidas, y previo a la intervención militar rusa, ya había manifestado gran preocupación y comenzó a desplegar acciones para evitar un eventual conflicto armado.

En enero de 2022, António Guterres, secretario general de la ONU, declaró que no debía haber ninguna intervención de carácter militar siendo la diplomacia el camino correcto para resolver los problemas entre ambos países.²³ Asimismo, descartó una posible mediación por parte de dicho organismo en el conflicto porque para el caso de Ucrania el protocolo a seguir sería el “Formato de Normandía”,

22 Icc-cpi.int, Ukraine, Situation in Ukraine, ICC-01/22. En: <https://www.icc-cpi.int/fr/ukraine>

23 News.un.org, La diplomacia debe prevalecer para resolver en Ucrania, Antonio Gutierrez. 21 de enero de 2022.

que obedece a un cuarteto diplomático formado por representantes de Alemania, Francia, Rusia y Ucrania constituido el año 2014 para resolver la guerra del Donbass. Las mediaciones llevadas a cabo por el Formato de Normandía terminaron sin resultado positivo el día 11 de febrero de 2022, y en días posteriores se concretaría la operación militar, estallando así el conflicto bélico más grande ocurrido en Europa desde el término de la segunda guerra mundial, incluso por sobre otros conflictos bélicos vividos postguerra, como la disolución de Yugoslavia entre 1991 y 1992 o la guerra de Kosovo en 1998.

Ante la intervención militar ya concretada por parte del Kremlin, el Consejo de Seguridad de la ONU, del cual Rusia es miembro permanente junto a Francia, China, Estados Unidos de América y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, tiene la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacional pudiendo imponer embargos o sanciones económicas, o autorizar el uso de la fuerza para hacer cumplir los mandatos. Actuando bajo el amparo de lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de la ONU, el día 25 de febrero de 2022 buscó aprobar una resolución que condenaba la ofensiva que el gobierno ruso había lanzado sobre Ucrania. Dicha resolución pedía, además, el cese inmediato del uso de la fuerza y que se abstuviera de toda nueva amenaza o uso ilegal de la fuerza contra cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas, exigiéndole el retiro inmediato, total e incondicional de todas sus fuerzas militares del territorio de Ucrania dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas. También reafirmaba el compromiso del Consejo de Seguridad con la soberanía, la independencia, la unidad y la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas y condenando la decisión de Rusia de reconocer las regiones ucranianas de Donetsk y Lugansk, exigiéndole revertirla. Dicha resolución contó con el voto a favor de 11 de los 15 miembros del Consejo, entre estos: Albania, Brasil, Gabón, Ghana, Kenia, Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Irlanda, México y Noruega, tres abstenciones por parte de China, India y los Emiratos Árabes Unidos, pero fue vetada por Rusia.

De esta forma, el Consejo se vio impedido de cumplir con su labor primordial, ello porque Rusia, al tener la calidad de miembro permanente puede vetar resoluciones, inclusive aquéllas que refieran a hechos graves cometidos por el mismo Estado que utiliza el veto. Lo cierto, es que la ONU y sus Estados Miembros no cesaron en condenar el ataque ruso en Ucrania y sus devastadoras consecuencias humanitarias.

Ante el veto ruso, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 2623 que permitió convocar un período extraordinario de sesiones de emergencia de la

Asamblea General, basado en la resolución 377A(V) de la Asamblea General de 1950, conocida “Unión pro-paz”, que una vez producido el veto en el Consejo, y con nueve votos a favor, permite trasladar el conocimiento de un tema determinado a la Asamblea General, con el fin de recomendar a sus Miembros la adopción de medidas colectivas para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacional, no admitiendo el derecho a veto de ninguno de los cinco miembros permanentes del Consejo. Sólo se ha usado diez veces en toda la historia de la Organización.

Mediante la aplicación de la Resolución “Unión pro-paz”, el día 02 de marzo de 2022, la Asamblea General de la ONU adoptó la Resolución A/RES/ES-11/1, que condena de forma contundente la agresión rusa contra Ucrania. Si bien, las resoluciones de la Asamblea General no tienen el carácter de vinculantes, sí tienen la importancia de reflejar la posición de 193 Estados Miembros sobre un tema en particular y, en este caso, entre otras: reafirmó su compromiso con la soberanía, la independencia, la unidad y la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente; deploró en los términos más enérgicos la agresión cometida por la Federación Rusa contra Ucrania, en contravención del Artículo 2 (4) de la Carta; exigió a Rusia poner fin de inmediato al uso de la fuerza contra Ucrania y abstenerse de recurrir a cualquier otra forma ilícita de amenaza o uso de la fuerza contra cualquier otro Estado Miembro; exigió el retiro inmediato, por completo y sin condiciones de todas las fuerzas militares rusas del territorio de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente; deploró la decisión relativa al estatuto de determinadas zonas de las regiones ucranianas de Donetsk y Lugansk y exigió a todas las partes que permitan el paso seguro y sin restricciones a destinos fuera de Ucrania y que faciliten el acceso rápido, seguro y sin trabas de la asistencia humanitaria a quienes la necesitan en Ucrania, que protejan a la población civil, incluido el personal humanitario y las personas en situaciones de vulnerabilidad, como las mujeres, las personas mayores, las personas con discapacidad, los pueblos indígenas, los migrantes y los niños y las niñas, y que respeten los derechos humanos²⁴.

La ONU, a través de sus distintos órganos ha sido contundente en condenar el ataque militar ruso y hacer prevalecer los principios rectores de su Carta, por cuanto se encuentra legitimada para ello, así la Asamblea General suspendió a Rusia del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, con fecha 07 de abril de 2022, con 93 votos a favor, 24 votos en contra y 58 abstenciones, decisión que se

24 Resolución A/RES/ES-11/1. Agresión contra Ucrania. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 02 de marzo de 2022.