

DESAFÍOS CONSTITUCIONALES EN LA ERA GLOBALIZADA Y DIGITAL

Clase Inaugural inicio año académico carrera de Derecho,
sede Santiago, 2024

*Marisol Peña Torres**

AGRADECIMIENTOS Y CONTEXTO DE LA CLASE INAUGURAL

Muchas gracias por la presentación y por la cálida bienvenida que me han brindado en este frío día de mayo.

Saludo, en forma muy especial, al director de la carrera de Derecho de la sede Santiago de la Universidad San Sebastián, profesor Julio Rojas Chamaca; a las autoridades y profesores presentes esta mañana y, muy especialmente, a los alumnos de la Facultad de Derecho que han iniciado su camino de conocimiento del fascinante mundo de las normas jurídicas, así como de los valores y principios que las animan.

La verdad es que he aceptado, con profundo agradecimiento, la invitación a inaugurar el año académico de la carrera de Derecho de la Universidad San Sebastián por la cercanía tan particular que siempre he tenido con los estudiantes de primer año. Valoro, en todo lo que significa, que esa llamada del alma, que es la vocación, se haya inclinado por la disciplina del derecho. Una disciplina que, por un lado, nos prepara magníficamente para entender el mundo en que nos movemos, pero, por otro, nos conduce a servir a otras personas y a Chile frente a los desafíos de la construcción de un mundo donde el imperio de la justicia, de la democracia y del Estado de Derecho sean una realidad.

Partiendo por una disquisición personal –si me lo permiten–, confieso que ingresé a estudiar derecho porque mis padres eran abogados. Esto significó que esta disciplina fue, desde mi niñez, algo cercano, cotidiano, pero misterioso a la vez. Ambos se dedicaban al servicio público, de modo que también esta perspectiva del ejercicio de la profesión fue, para mí, algo natural.

* Profesora Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público. Directora del Centro de Justicia Constitucional Universidad del Desarrollo. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile y Miembro Correspondiente Extranjera de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Academia de Ciencias Sociales y Políticas de Venezuela. Correo electrónico: marisolpena@udd.cl.

Si bien no he sido propiamente una abogada litigante, he dedicado mi vida entera a estudiar y entender el derecho, sobre todo, desde la norma jurídica de mayor trascendencia para la convivencia social, o sea, desde la Constitución. Aprendí a razonar, a partir de ella, de la mano de uno de los más grandes constitucionalistas chilenos del siglo XX: el profesor Alejandro Silva Bascuñán¹. El me enseñó a aplicar la Constitución, pero también me inculcó un conjunto de valores que apelan a lograr que la norma jurídica sea obedecida en conciencia más que por la coacción que ampara su cumplimiento. Entre esos valores aprendidos destaco la pulcritud conceptual, la importancia de recurrir siempre a la historia, porque ni las normas ni las instituciones se deben improvisar. La sencillez de las explicaciones, el respeto y la tolerancia frente a quien sostiene una postura distinta son también parte del acervo que me legó mi maestro.

Y estas simples lecciones de vida, que van más allá de lo jurídico, me ayudaron extraordinariamente cuando tuve que asumir la delicada función de ejercer justicia constitucional. Primero, para entender que quienes están involucrados en un conflicto jurídico no son enemigos, sino justiciables que tienen derecho a defender su propia postura. Segundo, para entender que era todo un desafío que los otros jueces de mi tribunal que no pensaban el derecho como yo pudieran reconsiderar su posición, logrando un mayor consenso en las sentencias constitucionales. Tercero, para escribir con lenguaje sencillo y comprensible, donde lo más importante no fueran los términos utilizados, sino la razonabilidad de las argumentaciones para defender la supremacía de la Carta Fundamental y, sobre todo, los derechos en ella asegurados a todas las personas.

¡He sido una persona privilegiada, qué duda cabe! He podido vivir y aplicar el derecho desde posiciones de indiscutible importancia. Pero lo que mayor satisfacción me ha producido siempre es formar, año tras año, a nuevas generaciones de abogados que entiendan el importante rol a que están destinados.

Por eso agradezco, una vez más, por estar aquí esta mañana, reencontrando amigos, dando cuenta de una experiencia de vida y razonando acerca de las raíces de los desafíos a que nos enfrenta el mundo globalizado y digital en que estamos, inevitablemente, insertos.

¡LA GLOBALIZACIÓN LLEGÓ PARA QUEDARSE!

Esta frase, que ya es común en la literatura especializada², resulta acertada para describir los tiempos que vivimos.

¹ García G., José Francisco (2020). *La tradición constitucional de la P. Universidad Católica de Chile*. Volumen II (1967-2019). Ediciones UC, pp. 257 y ss.

² Carbonell, Miguel (2003). "Globalización y Derecho: siete tesis", en: *Derecho PUCV* (56), p. 157.

La globalización ha terminado siendo un proceso inevitable. Se caracteriza, entre otros aspectos, por la profundidad y la velocidad de las modificaciones que experimentan nuestras sociedades. Se trata de cambios vertiginosos frente a aquellos que caracterizaron los siglos precedentes³, que, además, vienen acompañados de un cúmulo de riesgos e incertidumbres⁴, es decir, de efectos o consecuencias que no podemos prever ni menos manejar. Los que logran sortear con éxito estos efectos pasan a ser parte del grupo de los “ganadores” de la globalización, como los países que constituyeron el G-7 en 1975 o el G-8, si incluimos al bloque de la Unión Europea en forma posterior. Se trata de los Estados más industrializados del mundo, que concentran más de la mitad del PIB mundial. Obviamente, sus decisiones en materia de política y economía terminan impactando al resto de los Estados del mundo, muchos de estos, como los que pertenecen al África subsahariana, se sitúan entre los “perdedores” de la globalización, porque no tienen los recursos ni las mínimas posibilidades de acceder a las tecnologías de punta ni al conocimiento científico más relevante, porque están preocupados de que sus poblaciones simplemente sigan sobreviviendo. Entre dichos Estados se encuentran los cinco países más empobrecidos del mundo⁵.

Por tanto, la globalización ha generado evidentes brechas (o *gaps*) entre los diversos Estados del mundo que las agencias internacionales especializadas, como la Unicef o el Acnur, o el mismo Banco Mundial, no son capaces de neutralizar. Así, el principio de la “igualdad soberana” entre los Estados, proclamado en la Carta de la ONU de 1945 (art. 2.1), sigue siendo algo teórico frente a los desequilibrios de poder que el proceso de globalización ha profundizado.

Permítanme ponerles un ejemplo. Para ello nos retrotraeremos a la época en que entró en vigencia el Tratado de Libre Comercio de América del Norte o Nafta, o sea, al año 1994. Entre las ventajas que este instrumento concedió a uno de sus socios –México– estuvo la posibilidad de introducir tecnología a una de las industrias tradicionales, como era la textil o de las maquiladoras. Sucede que los procesos de fabricación de tejidos que, a lo largo de los años, habían sido desarrollados en telares por personas que habían aprendido la técnica de sus antepasados, se vieron repentinamente reemplazados por otros procesos donde se empleaban máquinas de última generación. ¿Qué sucedió entonces? Todos esos trabajadores, muchos de ellos mujeres, se vieron de la noche a la mañana sin fuentes de trabajo y sin saber cómo

³ Bauman, Zygmunt (2022). *Tiempos líquidos*. Tusquets Editores S.A., Barcelona, p. 23.

⁴ Giddens, Anthony (2000). *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Editorial Taurus, Madrid, pp. 33 y ss.

⁵ Fuente: <https://www.focus-economics.com/es/blog/the-poorest-countries-in-the-world/> [Consultado el 2 de mayo de 2024].

obtener su sustento. Algunos de ellos optaron por continuar en el mercado informal con una situación de evidente debilidad y falta de competitividad⁶.

Si México hubiese estado mejor preparado, habría impulsado programas de reconversión de la mano de obra productiva, es decir, programas de capacitación de esos trabajadores con el fin de enseñarles un oficio diferente que no significara, para el Estado, asumir el costo de su cesantía.

¿Será este solo un problema de otras latitudes?

La verdad es que no, porque puedo decirles que, a comienzos del 2013, cuando se analizaba la constitucionalidad de un proyecto de ley modificatorio de la Ley General de Pesca y Acuicultura⁷, nuestro Tribunal Constitucional abrió un período de audiencias públicas para escuchar la opinión de las personas y grupos de la sociedad civil que tenían interés en dichas modificaciones. Uno de los grupos que expuso fue el de los pescadores artesanales, que manifestaron sentirse desplazados por las regulaciones que la nueva ley introducía y que solo podrían ser cumplidas, a su juicio, por los grandes armadores industriales. Pensé, en ese momento, porque yo integraba el Tribunal, que, de aprobarse la ley, resultaba necesario impulsar una política de reconversión de esa mano de obra para asegurarle otra fuente de sustento. Sin embargo, no parecía existir una preocupación de los tomadores de decisiones respecto de ese punto. Y hasta hoy se trata de un problema que se mantiene latente.

Ya ven: por un lado, se gana en industrialización, en mejor tecnología y rapidez en la confección de los productos, pero, por el otro, el Estado se muestra incapaz de enfrentar las vulnerabilidades de nuevos grupos sociales. Como sostiene Pedro de Vega García:

“Paralelamente a la gigantesca eclosión universalizadora del mercado y del consumo, contemplamos la transnacionalización humana a través de los grandes flujos migratorios cuyas lacerantes consecuencias se traducen en el hecho de que, frente a los 193 Estados en los que en 1993 se dividía el mapa político del planeta, demógrafos y sociólogos calculaban en más de 8.000 las colectividades o grupos sin identificación étnica, lingüística, racial o religiosa con las comunidades en que se veían obligadas a desarrollar su vida (Nina Glick Schiller, *Towards a Transnational Perspective on Migration*, p. 84)”⁸.

Algunos sostienen que, en tiempos de globalización, como los que vivimos, el Estado se ha tornado demasiado grande cuando se deben adoptar decisiones rápidas

⁶ Gutiérrez Garza, Esthela (2005). “Impacto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en las relaciones de trabajo en México”, en: *Pap. Poblac*, vol. 11, N° 46, Toluca.

⁷ Sentencia roles 2387 y 2388 (acumulados), de 23 de enero de 2013.

⁸ De Vega García, Pedro (1998). “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), N° 100, Madrid, p. 14.

y eficaces incompatibles con el exceso de burocratización. Pero también, el Estado se muestra demasiado pequeño⁹ a la hora de asumir desafíos que exigen que no actúe solo, sino en concierto con otros Estados para favorecer polos de desarrollo, como ocurre con los países que integran la Asean o Asociación de Estados del Sudeste Asiático.

Estas son algunas muestras de las contradicciones que genera la globalización cuya principal característica es el acelerado proceso de creciente interacción entre los Estados, pero también entre las sociedades del mundo¹⁰, interacciones que, por lo demás, no se producen necesariamente mediante territorios físicos, sino también virtuales.

Una de las preguntas sociológicas más interesantes en relación con este proceso la levantó el francés Alain Touraine cuando se preguntó: ¿Vivir juntos: iguales o diferentes?¹¹

Y es que, por una parte, todos ya somos ciudadanos del mundo en cuanto podemos interactuar con instituciones, empresas o personas de cualquier lugar del mundo, pero, por otra parte, la creciente información masiva nos ha hecho más conscientes de nuestras particularidades, lo que tiende a producir ciudadanías fragmentadas que, incluso, pueden poner en jaque al mismo Estado. Por eso Braga da Cruz ha planteado que:

“la globalización se traduce en una reformulación espacial del poder político que suprime y reformula también las tradicionales fronteras de los Estados, y con ellas reconstruye las identidades sociales, hasta hoy fuertemente determinadas por afinidades y proximidades geográficas. Las fronteras, terrestres y físicas, políticas y económicas, se tornan cada vez más en culturales, y dividen más el interior de los Estados que sus relaciones con los demás. Asimismo, pues, a una revalorización de las identidades marcadas por la cultura, por afinidades de valores y representaciones culturales”¹².

Es en este escenario que es admisible preguntar, ¿qué desafíos ha acarreado la globalización desde el punto de vista jurídico? Y, sin duda, el tema no es menor, pues ustedes, las jóvenes generaciones de futuros abogados aquí presentes, tendrán que enfrentar ese tipo de problemas y otros que tal vez ni siquiera hoy imaginamos.

⁹ Giddens (2000). *Ob cit.*, p. 25.

¹⁰ Atienza, Manuel (2010). “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en: Carbonell, Miguel, y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 578.

¹¹ Touraine, Alain (1996). *¿Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

¹² Braga da Cruz, Manuel (2003). “Participación y ciudadanía en tiempos de globalización”, en: *Anuario filosófico XXXVI/1*, Universidad de Navarra, p. 49.

Partiendo por el plano más genérico, la globalización ha supuesto el desplazamiento del rol protagónico del Estado como sujeto del Derecho Internacional. Aunque todavía tenga plena vigencia la Convención de Montevideo, de 1933, sobre Derechos y Deberes de los Estados, es un hecho indiscutible que el Estado de hoy convive con otros sujetos de Derecho Internacional, como las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales y los mismos individuos¹³.

Así, por ejemplo, si el día de mañana una ONG, preocupada por el cambio climático, lanza una sonda de medición al espacio que resulta destruida cayendo sus restos sobre poblaciones habitadas de un Estado, ¿tendrá responsabilidad? La pregunta no es banal, porque el Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por daños causados por objetos espaciales, suscrito en 1972, está pensado teniendo por único sujeto al Estado que lance o promueva el lanzamiento de un objeto espacial. Si la responsabilidad no se le puede atribuir a un Estado, ¿cómo perseguimos la indemnización de las víctimas afectadas por la caída de la chatarra espacial?

No estoy hablando, por cierto, de ciencia ficción. Sabemos que hoy, incluso, se organizan viajes turísticos al espacio exterior por empresas privadas.

Asimismo, como sostiene Kenichi Ohmae, en tiempos de globalización, hay muchos procesos que el Estado ya no controla integralmente, como ocurre con la inversión, la industria, la tecnología de la información y los procesos de consumo¹⁴. Si el producto termina siendo de mala calidad, ¿a quién se reclama: al Estado que expidió la licencia para producirlo, al Estado que proporciona la mano de obra que confecciona materialmente el producto y que puede incurrir en errores o al Estado al que pertenece el buque que transporta el producto final?

Hay muchos ejemplos como este que podrían replicarse en un mundo en el que, para aprovechar las ventajas comparativas, suelen dividirse, mediante varios Estados, los procesos productivos de los bienes o mercancías.

Lo cierto es que, como algunos sostienen, la globalización ha supuesto la subordinación de la política al mercado¹⁵, lo que significa que, en la actualidad, las decisiones de política económica o comercial supeditan los intereses estrictamente políticos, por ejemplo, si privilegiamos nuestra asociación con Estados que nos son más afines desde la perspectiva de nuestro respeto irrestricto de la democracia y del Estado de Derecho. Del mismo modo, “una economía más globalizada significa más libre de ataduras y, por tanto, menos reglamentada por normas jurídicas estatales o de derecho internacional”¹⁶.

¹³ Llanos Mansilla, Hugo (2006). *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público*. Tomo II, volumen 1, 3ª edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 19.

¹⁴ Ohmae, Kenichi (1997). *El fin del Estado nación*. Editorial Andrés Bello, Santiago, pp. 17-19.

¹⁵ Atienza (2010). *Ob. cit.*, p. 581.

¹⁶ *Ibidem*.

Si las cosas se han invertido, no sería extraño que, pese a su conducta agresiva en el plano internacional, Irán termine ingresando a la OMC, basado en que es un importante exportador de petróleo y sus derivados.

Manuel Atienza sostiene, por lo mismo, que la globalización ha acarreado un proceso de “deslegalización”, porque las leyes internas de los Estados pierden importancia frente a la suscripción de un variado número de contratos internacionales que supone que los sujetos involucrados, aunque sean particulares, se rigen, preferentemente, por la ley del contrato¹⁷ (por ejemplo, en materia de seguros internacionales), antes que por las leyes vigentes en el Estado.

Y si nos vamos al ámbito de las organizaciones internacionales, en ellas se suscriben periódicamente acuerdos que limitan la soberanía de los Estados. De esta manera, se vuelve recurrente litigar invocando ese tipo de compromisos adquiridos voluntariamente por los Estados, en el seno de las organizaciones internacionales, para iluminar la interpretación que debe darse a las normas que integran el ordenamiento jurídico interno de los Estados.

Esta consideración es particularmente válida cuando se trata del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ha supuesto la modificación de políticas internas del Estado, como cuando se obliga a consultar a las poblaciones indígenas de un determinado territorio¹⁸ en que se pretende construir una central hidroeléctrica o nuclear.

O también cuando provee determinados principios, propios de ese ámbito externo al Estado, para resolver los conflictos que se producen en su interior. Estoy pensando aquí en principios como el *pro homine* o “favor persona”, que los tribunales utilizan recurrentemente para favorecer los derechos, por ejemplo, frente al ejercicio de las potestades del Estado. O, del mismo modo, el principio de “no regresión” o “progresividad”, que obliga al Estado a avanzar permanentemente en la ampliación de los beneficios asociados a los denominados “derechos sociales”, como el derecho a la educación, el derecho a la vivienda, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social.

Este principio de progresividad ha supuesto que, en muchos casos, las cortes o tribunales terminen sustituyendo al legislador o al administrador en nuestros Estados, porque, invocando dicho principio, se conceden beneficios inevitablemente asociados al gasto fiscal, sin que los jueces consideren el impacto de sus decisiones en el ámbito presupuestario estatal, lo que puede llevar a importantes desequilibrios macroeconómicos¹⁹.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Basado en lo dispuesto en el artículo 6° N° 1, letra a) del Convenio 169, de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

¹⁹ Henao Pérez, Juan Carlos (2013). “El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas”, en: *Revista de Economía Institucional*, vol. 15, N° 29. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Resulta necesario agregar dos consideraciones adicionales. Una tiene que ver con el poder de las jurisdicciones supranacionales de derechos humanos y, otra, con el cambio del sistema de fuentes del derecho, tal y como lo hemos conocido hasta ahora.

Me referiré, primero, a las jurisdicciones supranacionales, es decir, a los tribunales internacionales acordados por los propios Estados en tratados internacionales, que tienen el poder de juzgarlos y determinar su responsabilidad en caso de violación de los derechos asegurados en su tratado constitutivo. Ejemplos de estas jurisdicciones en materia de derecho internacional de los derechos humanos son la Corte Europea de Derechos Humanos (Estrasburgo), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica) y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Tanzania).

Estos tribunales han ido ganando un lugar de preeminencia en la defensa de los derechos humanos, en la medida que actúan una vez agotadas las vías internas del Estado de que se trata. En otras palabras, desde el punto de vista de la litigación, ya muchos piensan que, aunque se pierda un asunto en todas las instancias del Estado, siempre quedará abierto el camino para que esa decisión se revierta en una de estas Cortes supranacionales, situadas por sobre los Estados a modo de una “cuarta instancia”²⁰.

Así ha ocurrido con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha condenado al Estado de Chile por violaciones a la libertad de expresión, en el caso de la película *La última tentación de Cristo*; al derecho a la igualdad y no discriminación por razones de orientación sexual, en el caso *Atala Riffo y niñas*, y al derecho al debido proceso en relación con el juzgamiento por conductas terroristas en el caso *Norín Catrimán* y otros. En el primer caso, la sentencia de la Corte de San José nos obligó a modificar la Constitución Política, cuyo establecimiento y aprobación, probablemente, sea el ejemplo más significativo de manifestación de la soberanía del Estado.

En el caso *Gelman vs. Uruguay*, del 2011, la Corte Interamericana desconoció, en su sentencia, el pronunciamiento de la ciudadanía uruguaya respecto de las llamadas leyes de punto final, en los respectivos plebiscitos en que ellas habían sido ratificadas.

Lo que venimos intentando mostrarles, queridos jóvenes, es que cuando ustedes litiguen el día de mañana, la sentencia de la Corte Suprema no necesariamente representará la última palabra, sino que será susceptible de ser revisada y revertida por la Corte Interamericana una vez que declare la responsabilidad internacional de nuestro Estado, si estima que Chile ha vulnerado alguno de los derechos asegurados por la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, o incluso, la

²⁰ Sagüés, Néstor Pedro (2016). *La Constitución bajo tensión*. Cap. XXVI, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, pp. 431 y ss.

interpretación que la Corte ha efectuado respecto de ellos. Esto, conforme con la doctrina del “control de convencionalidad”²¹.

De allí que en los conflictos jurídicos que se suscitan en esta era globalizada es cada vez más frecuente invocar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Entre otras razones, porque, mediante su doctrina acerca del control de convencionalidad, ha tratado de convencernos de que no solo estamos obligados por el tratado que firmamos y por la interpretación que la propia Corte realice de los derechos consignados en dicho instrumento internacional. Ha llegado más lejos aún, sosteniendo que dicha interpretación no solo obliga a los tribunales de nuestros Estados, sino que a cada uno de sus órganos.

La Corte Europea de Derechos Humanos, en cambio, ha sido un poco más deferente con los Estados, porque, en los casos difíciles, que comprometen cuestiones valóricas o culturales de los Estados, ha respetado el “margen de apreciación nacional”, que supone que es el órgano deliberativo democrático de cada Estado el que debe resolver la forma cómo aborda cuestiones como el aborto²², la eutanasia o la fertilización asistida.

¿QUÉ HA OCURRIDO AHORA CON EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO EN NUESTROS TIEMPOS GLOBALIZADOS?

Desde que ustedes ingresaron a estudiar derecho, seguramente se ha hecho frecuente la mención a la pirámide normativa de Kelsen. Como recordarán, ella supone que existe un sistema jerárquico de normas jurídicas encabezado por la Constitución y al que deben subordinarse todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico positivo del Estado. La pirámide de Kelsen sigue siendo básica para entender los fundamentos de la supremacía de la Constitución, como del control de legalidad que ejerce la Contraloría General de la República respecto de los actos de administración.

Lo que podemos decir hoy es que la pirámide de Kelsen se encuentra afectada por los cambios experimentados por algunas normas jurídicas y también por la aparición de nuevas fuentes del derecho.

Vamos a lo primero. Los abogados de la generación anterior a la mía estudiaron que los tratados internacionales tienen el mismo valor que la ley, basado en que se aprueban, por el Congreso Nacional, conforme con los trámites de aquella²³.

²¹ Tello Mendoza, Juan Alonso (2024). *Control de convencionalidad y Estado Constitucional de Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, Ciudad de México.

²² Un ejemplo en materia de aborto está constituido por la sentencia recaída en el caso A, B y C vs. Irlanda, de 16 de diciembre de 2010.

²³ Art. 54 Nº 1) de la Constitución Política.

Sin embargo, en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos, las constituciones de última generación han tendido a conferir a estos tratados un rango supraconstitucional²⁴ o, al menos, igual al de la Constitución Política²⁵. De esta manera, puede ocurrir que un tratado internacional modifique la Constitución si contiene una norma contraria a ella, pero sin sujetarse a los *quorums* más exigentes propios de una reforma constitucional, lo que, ciertamente, impacta en el sistema de fuentes del derecho.

Del mismo modo, doctrinas como la del “bloque constitucional de derechos”²⁶, ampliamente utilizada por algunos tribunales latinoamericanos, como la Corte Constitucional de Colombia, suponen extender el catálogo de derechos asegurados a las personas por la Constitución, incluyendo también todos aquellos otros derechos que esta no contempla, pero que sí están recogidos en los tratados internacionales que el Estado ha ratificado y que se encuentran vigentes como reza el inciso segundo del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental.

En la práctica, esto supone que si una persona litiga ante el Tribunal Constitucional alegando que la aplicación de una ley contraviene el principio de la presunción de inocencia en materia penal, le conviene más invocar directamente el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos que el artículo 19 N° 3° de nuestra Carta Fundamental, que solo consagra este principio implícitamente como parte del debido proceso legal.

Como pueden apreciar, ustedes ya se enfrentarán a una manera distinta de litigar que la que mi generación solía emplear.

A su vez, en tiempos de globalización han aparecido nuevas fuentes del derecho que están también sobre el escritorio de los jueces a la hora de dictar sus sentencias. Me refiero especialmente a la aparición del *soft law* o “derecho blando”, constituido por un conjunto de recomendaciones que adoptan los Estados y respecto de los que aún no se generan los consensos suficientes para que se incluyan en tratados internacionales que las transformen en normas jurídicamente vinculantes.

La importancia del *soft law* es muy grande hoy en materias medioambientales y también en lo que se refiere a la no proliferación de armas químicas y otras de destrucción masiva. Si bien es cierto que no se trata de normas jurídicamente obligatorias para los Estados, sí generan ciertas directrices, como la de cooperar para evitar el tránsito de sustancias peligrosas²⁷.

²⁴ Art. 93 de la Constitución de Colombia de 1991.

²⁵ Art. 75 N° 22 de la Constitución de Argentina, después de la reforma de 1994.

²⁶ Nogueira Alcalá, Humberto (2015). “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y jurisprudencia”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 13, N° 2, Universidad de Talca, pp. 301-350.

²⁷ Chinchilla Adel, Mónica (2022). “La contribución del *soft law* a la no proliferación biológica y química”, en: *Anuario Español de Derecho Internacional*, 38, pp. 341-386.

Los principios medioambientales derivados de este nuevo *soft law*, tales como el principio precautorio, el de evitar el daño y el de responsabilidad intergeneracional, son, por su parte, cada vez más recurrentes como fundamentos de las sentencias en estas materias. Así, en el 2018, Holanda se vio obligada por sus propios tribunales a reducir el porcentaje de emisión de gases de efecto invernadero, basado no solo a lo dispuesto por tratados como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino a una nueva doctrina que el máximo tribunal holandés elaboró y que consistió en atribuirle un efecto interpretativo especial a ciertos principios medioambientales, aunque reconociera que ellos no eran vinculantes para el Estado²⁸.

¿HACIA UN MUNDO DIGITAL DESHUMANIZADO?

El desarrollo de la globalización también ha traído aparejado un espectacular desarrollo de las comunicaciones y de las nuevas tecnologías. Por eso no sería extraño decir que el desarrollo digital es una de las manifestaciones de la globalización.

El impacto de lo digital, como la globalización misma, se ha hecho sentir en las más distintas esferas de la vida humana. El desarrollo automatizado de datos ha sido no solo capaz de ayudarnos a comprender nuevos fenómenos, sino que también a precaverlos e, incluso, a inducirlos. De hecho, se sostiene que el objetivo de la inteligencia artificial (IA)²⁹ es “identificar problemas interesantes y resolubles del procesamiento de información para resolverlos³⁰”.

Así, por ejemplo, el desarrollo de la tecnología puede facilitar el proceso de la personalización y la anticipación en la prestación de servicios públicos más oportunos y eficientes, así como reducir, de forma significativa, algunas de las barreras que tradicionalmente han dificultado este proceso³¹.

Del mismo modo, el desarrollo de las técnicas digitales ha permitido a la misma política detectar preferencias de los votantes para articular programas políticos o

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de los Países Bajos, de 20 de diciembre de 2019. Caso Urgenda Foundation *vs.* Netherlands.

²⁹ El nuevo Reglamento de la Unión Europea sobre Inteligencia Artificial, aprobado en primera lectura por el Parlamento Europeo el 13 de marzo de 2024, la define en referencia a “un sistema basado en una máquina que está diseñada para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales” (Art. 3.1).

³⁰ Otero Parga, Milagros (2023). “¿Puede la Inteligencia Artificial sustituir a la mente humana? Implicaciones de la IA en los derechos fundamentales y en la ética”, en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 57, p. 46.

³¹ Presno Linera, Miguel Ángel (2022). *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*. Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 93.

reaccionar frente a las tendencias de los movimientos populares. En este sentido, puede citarse el caso del programa Calisto, desarrollado en España por el Partido Popular, un *software* acerca de *big data* que facilita información *online* respecto de cualquier tema de interés que deben tener presente sus representantes cuando van a asistir a un acto público o sostener un debate televisivo con un opositor.

Vivimos, pues, en un mundo en que los datos circulan de forma profusa y, muchas veces, indiscriminada. De esta manera, suele tornarse difícil controlar los sesgos en la información que proporcionan programas como el Chat GPT, donde la responsabilidad recae, finalmente, es quien alimenta el sistema.

La reciente aprobación del Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea marca, sin duda, un precedente significativo para quienes venimos detrás, pues el uso de la inteligencia artificial, incluida la robótica, plantea dilemas éticos, pero también jurídicos.

Pareciera, en este sentido, que desde los comienzos del desarrollo de los sistemas de inteligencia artificial, a partir de la computación, estuvo implícita la idea de que las máquinas inteligentes llegaran a ser lo más parecidas a los seres humanos. Podemos concordar, sin embargo, con Milagros Otero en el sentido de que memoria, inteligencia y voluntad, que son las tres potencias fundamentales del alma, podrían resultar similares en una máquina perfeccionada y en un ser humano, aun cuando la primera siempre sería una máquina y el segundo una persona, porque “una máquina seguramente podría escribir una poesía, pero nunca sentirla³²”.

Con todo, el desarrollo de la inteligencia artificial y también de la robótica ya levanta la interrogante de si la perfección de un robot podría llevar a replantearnos su calificación como sujeto de derecho. No hay que olvidar aquí el debate que se originó con las personas cibernéticos, que tienen piezas artificiales insertadas dentro de su cuerpo³³.

En el fondo, lo que quiero mostrarles es que muchas de las categorías conceptuales básicas por las que el derecho se ha guiado hasta hoy están sometidas a revisión en la era digital.

El tema no es menor, porque existe evidencia suficiente de que ciertos desarrollos de la inteligencia artificial tienen profundos efectos en el ámbito de los derechos fundamentales: desde luego, en todos los derechos vinculados a la protección de la privacidad como en la libertad de expresión, las diversas facetas de la igualdad, sobre todo, de cara a los sesgos que pueden fomentar estos sistemas y, ciertamente, en el amplio ámbito de las garantías del debido proceso.

De allí que uno de los grandes avances de la recién aprobada normativa de inteligencia artificial de la Unión Europea sea la clasificación de diversos riesgos en que pueden incurrir estos sistemas desde el punto de vista de su impacto en los

³² Otero (2023). *Ob. cit.*, p. 41.

³³ Presno Linera (2022). *Ob. cit.*, p. 114.

derechos fundamentales, considerándose, por ejemplo, de alto riesgo aquellos sistemas que propendan a la identificación biométrica y a la categorización de personas físicas (Anexo III.1).

Nos enfrentaremos, y lo harán particularmente ustedes, queridos jóvenes, a un sinnúmero de desafíos desde el punto de vista de las categorizaciones jurídicas actualmente existentes como de nuevas exigencias relativas a la responsabilidad; frente a esto, no deben olvidar que la persona siempre es el centro del ordenamiento jurídico. Ello nos lleva a concluir acerca de la necesidad de rescatar de manera permanente los valores más profundamente humanos en un enfoque que equilibre como corresponde los avances de la ciencia y de la técnica con los imperativos de la ética.

Gracias por su atención y disfruten mucho su estudio del Derecho.