

Comentario de Francisco Zúñiga Urbina*
Profesor Titular Universidad de Chile
Santiago, Chile.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia que acoge recurso de protección de venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos. Rol N° 17.393-2015 de 18 de noviembre de 2015.

Doctrina:

Jurisdicción universal de los derechos humanos en relación al amparo ordinario constitucional de derechos fundamentales

Normas invocadas:

Artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República y Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica).

Recurso de protección “López-Ceballos”: de la “agonía”, nada por ahora.

I. Prolegómenos

El 18 de noviembre de 2015, la Tercera Sala de la Corte Suprema dio origen a un hecho noticioso¹ de relevancia nacional al haber acogido un recurso de protección presentado por una pareja de abogados

* Profesor Titular de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹ El fallo que revisamos resultó ser comentario obligado de académicos, ex jueces, editoriales de prensa e inclusive el Ministro redactor del mismo, como se aprecia, v. gr., en la edición de La Tercera del sábado 21 de noviembre en que bajo el rótulo “¿Acertó la Corte Suprema de Chile al disponer protección a dos prisioneros en Venezuela?”, se incluyen las columnas de opinión del ex Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago Juan Guzmán Tapia y de la profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes Soledad Bertelsen. El mismo día fue publicada una editorial en El Mercurio de Santiago, intitulada “Preocupante fallo de la Corte Suprema”, mientras que el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, declaró al mismo periódico, en edición publicada el 22 de noviembre de 2015 que el fallo en comento “es altamente problemático por sus razonamientos jurídicos”. Ante ello y en un

de Valparaíso, en favor de Leopoldo López y Daniel Ceballos, ambos dirigentes políticos venezolanos y que se encuentran actualmente privados de libertad en la República Bolivariana de Venezuela. Es un hecho noticioso no solo por los contenidos inéditos, en materia jurisprudencial, de la decisión de acoger y extender la doctrina de la jurisdicción universal concebida para la persecución de actos, crímenes y delitos graves ante el derecho internacional (derecho penal internacional y humanitario) a la tutela judicial de los derechos humanos, sino porque además la Corte Suprema al brindar tutela judicial cautelar o de amparo (de suyo una tutela amparista de excepción y extraordinaria), se involucra derechamente en un ámbito propio de las relaciones internacionales entre Estados, materia que privativamente nuestro ordenamiento constitucional ha residenciado en el Presidente de la República, como órgano supremo del gobierno y “jefe de Estado” (representa al Estado y le da continuidad en sus relaciones exteriores), según lo dispone el artículo 24 de la Constitución.

De igual manera, la Corte Suprema conoce y falla materias propias del amparo constitucional o habeas corpus, en sede de recurso de protección, ordenando que el Gobierno (Ministerio de Relaciones Exteriores) requiera a la “Comisión de Derechos Humanos de la OEA” a fin que se apersone en el lugar en que se encuentran los detenidos-amparados y constate las condiciones en que se encuentran privados de libertad los señalados ciudadanos venezolanos.

Lo anterior, a partir de lo expuesto en el libelo proteccional que fuese declarado inadmisibile en una primera oportunidad por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y luego, debiese conocer por haberlo ordenado en sede de recurso de hecho la misma Corte Suprema, la que en definitiva falla el asunto en virtud del recurso de apelación deducido por los recurrentes contra la sentencia que rechazó el recurso, dictada por el tribunal de alzada.

Por todo ello, estimamos de la mayor importancia comentar esta decisión judicial y su doctrina jurisprudencial, atendido que si bien de un tiempo a esta parte estamos concurriendo a lo que un sector de la doctrina denomina la “agonía” del recurso de protección², y que para nosotros todavía presenta rasgos de su primitiva *elefantiasis*³. En efecto, la jurisprudencia de recurso de protección, a través diversas doctrinas, primero, extiende la tutela de derechos fundamentales, como lo fue con la mentada propietarización de derechos, que equivale a una apertura al amparo constitucional ordinario a todos los derechos constitucionales, más allá del supuesto *numerus clausus* del artículo 20 de la Carta, indiferenciándose éstos, de los derechos subjetivos privados, ocurriendo por ende una vulgarización de la tutela diferenciada; y

hecho inusual, el redactor de la sentencia, el Ministro Carlos Aránguiz, defendió la resolución mediante una “carta al director” de El Mercurio de Santiago, publicada en la edición de 24 de noviembre de 2015. Por su parte, en el referido periódico se incluye en su edición de 25 de noviembre de 2015 una columna del profesor Jorge Contesse, que lleva por título ¿Jurisdicción universal?, en que se cuestiona la sentencia objeto del presente trabajo, tanto en su contenido de derecho internacional de los derechos humanos, como desde la perspectiva del derecho constitucional. Finalmente, el 29 de noviembre el profesor PUC Alejandro Vergara envió una carta al director de El Mercurio, en la que critica la sentencia que comentamos, con razón de haberse dictado con intromisión de parte de los jueces de las funciones que son propias del Presidente de la República, esto es, pretendiendo hacer justiciables los actos de gobierno y en especial, sin respetar siquiera los fundamentos básicos para ello, por cuanto no existió bilateralidad de la audiencia en tanto no fue oído el gobierno en la causa. Ante la sentencia, el referido autor propone la revisión de la misma por el pleno de la Corte Suprema, evitando así una contienda de competencia o la intromisión del Poder Judicial en las relaciones internacionales del Estado.

² SAENGER GIANONI, Fernando. *La lenta agonía del Recurso de Protección*. En: Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina. Ed. Universidad de Talca, Santiago, 2000

³ Véase sobre este tópico: ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “Recurso de Protección y Contencioso Administrativo”. En: Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 202, año LXV, julio-diciembre 1997, p. 105-119. También sobre este tema: PRECHT PIZARRO, Jorge. “Fundamento del Recurso de Protección en contra del Presidente del Senado”. Informe en Derecho publicado en: Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. V, diciembre 1994, pp. 71-92

segundo, por la práctica de operar el recurso de protección como un sucedáneo sin garantías de debido proceso legal del contencioso administrativo de anulación inexistente, y generar además, un notorio paralelismo procesal que genera con procedimientos contencioso-administrativos especiales e inclusive con tribunales administrativos especiales.

De esta forma, pareciera que concurrirnos ya no solo a la “agonía” del referido recurso, sino más bien a una cierta desviación en su sentido y alcance, en que el activismo de la Tercera Sala de la Corte Suprema; sumado a un neoconstitucionalismo escasamente refinado, una vez más se ha tomado de un conjunto de conceptos propios de la protección penal y humanitaria de derechos humanos en el derecho internacional o del derecho internacional de los derechos humanos, para invadir espacios de potestades y competencias que son propias de otros órganos supremos del Estado; en concreto, espacios de políticas y relaciones internacionales que son de competencia privativa y exclusiva del Presidente de la República. Por eso sostenemos: late bajo este control de convencionalidad anómalo expresado en la sentencia comentada, muy poco de la mentada “agonía” del recurso de protección –por ahora nada–, sino mucho de su elefantiasis.

II. Antecedentes generales del caso

La acción de protección intentada en los autos que comentamos, fue interpuesta el 25 de mayo de 2015, por John Benedict Londregan y María Victoria Villegas Figueroa, ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, solicitando protección de los derechos constitucionales consagrados en los numerales 1°, 3°, 4°, 14, 15 incisos 1° y 6°, y 26, todos de la Constitución Política de la República en relación al artículo 20 de la misma Carta, en favor de Leopoldo López y Daniel Ceballos, ambos ciudadanos venezolanos, ex alcaldes y detenidos en recintos penitenciarios de su país, acusados de los delitos de instigación pública, agavillamiento, daños a la propiedad e incendio, cometidos con ocasión de las protestas públicas llevadas a cabo en contra del gobierno del Presidente Nicolás Maduro en la República Bolivariana de Venezuela.

A grandes rasgos, la acción de protección de los autos en comento exponía que *“los protegidos son Prisioneros Políticos, detenidos de conciencia del gobierno de Nicolás Maduro en Venezuela; ambos, en dicho país, se encuentran acusados de instigación pública, agavillamiento, daños a la propiedad e incendio por las protestas antigubernamentales masivas y continuas desde febrero y hasta junio de 2014, que a la fecha no existe sentencia sobre dichos cargos. Añade que Leopoldo López fue detenido el 18 de febrero de 2014 y Daniel Ceballos en marzo del mismo año, éste último con sentencia ya cumplida y nueva detención con cargos pendientes asociados con los mismos hechos”*⁴.

Asimismo, se recoge en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso al exponer los argumentos de los recurrentes que: *“el día domingo 24 de mayo de 2015, a través de un comunicado y video los señores López y Ceballos, iniciaron una huelga de hambre por violaciones permanentes a sus derechos, sus familias, al futuro y al presente de millones de venezolanos, todo sujeto a un petitorio muy concreto. Reclaman a favor de los recurrentes derecho de protección de las garantías constitucionales antes referidas que la Constitución de la República de Chile consagra en favor de toda persona, sin distinción, amparados en la Doctrina de Jurisdicción Universal de Protección a los derechos humanos, cuya doctrina es desarrollada*

⁴ Parte expositiva de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 28 de septiembre de 2015, en autos Rol 1850-2015.

en el primero otrosí de fojas 3, y en el artículo 19 de la Carta Fundamental. Piden a la Corte que en base a dicha doctrina acoja el recurso y ordene se reguarde la vida e integridad física de los protegidos, poniéndoles a inmediata disposición de la Asamblea General de la OEA en pleno y total ejercicio de sus derechos, o lo que esta I. Corte estime pertinente para evitar que pierdan su vida en su batalla para asegurar la democracia en su país Venezuela”⁵.

De igual forma, los recurrentes invocan tanto casos históricos como doctrinarios para fundar la necesidad de reconocimiento de la “jurisdicción universal de protección de los derechos humanos” y la necesidad de protección concreta de los referidos ciudadanos venezolanos, al decir que: *“Para sostener la jurisdicción y decisión de esta Corte, los recurrentes citan los casos de Tomás Moro y Mahatma Gandhi, quienes a su juicio, logran demostrar que es la persona la verdadera y última detentadora de los derechos y que por vía no violenta activa cada persona puede contribuir a constituir un estado de Derecho, proceso que no ha sido fácil. Añaden que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es creada tras los masivos genocidios de la II Guerra Mundial, y que la doctrina de la Jurisdicción Universal de Protección que completa dicha Declaración necesito otros cincuenta años para madurar, tras ser desarrollada por los juristas españoles Joan Garcés y Baltazar Garzón”⁶.*

Finalmente, los recurrentes señalan que: *“Chile tiene la obligación de acudir en socorro de los recurrentes conforme los artículos 5º, inciso segundo, 6º y 7º, inciso segundo, todos de la Constitución Política del Estado y solicitan a esta Corte ordene resguardar la vida e integridad de los protegidos, disponiendo sean puestos a disposición inmediata de la Asamblea General de la OEA, o su Secretaría General; en subsidio, las medidas que este Tribunal estime pertinentes. En subsidio de todo lo anterior, solicitan se tenga presentada petición de asilo a favor de los protegidos y de todos aquellos que estén en prisión en Venezuela como presos políticos”⁷.*

Con fecha 26 de mayo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso se declara incompetente para conocer del recurso de protección, resolución que es objeto de reposición y apelada en subsidio por los recurrentes y nuevamente la magistratura negó lugar al recurso de reposición y declaró improcedente la apelación. Luego, los actores de protección recurrieron vía recurso de hecho ante la Corte Suprema, la que en definitiva ordenó a la Corte de Apelaciones de Valparaíso conocer del recurso de protección interpuesto, por lo que se le dio tramitación ordenando informar a los órganos compelidos a ello y con los antecedentes reunidos, previa vista de la causa en que se oyeron los alegatos de los recurrentes, se procedió a fallar la acción constitucional interpuesta.

III. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso (rechaza recurso de protección)

Al momento de desarrollar su razonamiento, por el cual arriba la Corte de Apelaciones de Valparaíso a determinar la improcedencia del recurso, plantea, en cuanto al conflicto jurídico, que: *“conforme el mérito del presente recurso, y considerando que el mismo se deduce a favor de dos ciudadanos venezolanos por presuntos actos y omisiones ilegales u arbitrarios ocurridos en dicho país, y cuya finalidad es que esta Corte*

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ibíd.*

⁷ *Ibíd.*

resguarde la vida e integridad de los recurrentes, lo primero que cabe resolver al amparo del ordenamiento jurídico chileno aplicable en la especie, es si ésta tiene competencia para conocer de los hechos descritos en este arbitrio”⁸. Sobre dicho respecto, la Corte de Apelaciones de Valparaíso señala entonces que: “el recurso de protección – así ya largamente definido en la doctrina y jurisprudencia nacional - es una acción jurisdiccional que consagra el artículo 20 de la Carta Fundamental y que busca obtener que la Corte de Apelaciones respectiva tome las providencias necesarias para restablecer el imperio del Derecho y garantizar la debida protección del afectado frente a hechos u omisiones ilegales o arbitrarias que vulneren algunos derechos constitucionales”⁹, para, luego de la cita a la norma constitucional que consagra el recurso, agregar que: “se colige que, a elección del recurrente, existen solo dos Corte de Apelaciones competentes para conocer del recurso de protección, ora en la jurisdicción de aquella en que se ha cometido el acto o se ha incurrido en la omisión, ora en la jurisdicción de aquella donde dicho acto u omisión ha producido sus efectos”¹⁰. Por ello, se plantea que: “en la situación del presente arbitrio este se dedujo ante esta Corte por cuanto los recurrentes entienden que, sujeto a lo establecido en el artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales, según así se sostuvo en estrados, ésta es competente para conocer de la presente acción dado que el domicilio de quienes han interpuesto la presente acción constitucional a favor de los señores López y Ceballos se encuentra ubicado en la jurisdicción de este Tribunal”¹¹.

Ante dicho planteamiento, la Corte de Apelaciones Valparaíso arriba a la conclusión que: “tal razonamiento a juicio de estos sentenciadores es erróneo puesto que, de acuerdo al mérito de las disposiciones constitucionales y legales antes citadas esta Corte, y lo previsto 55, literal f) del Código antes citado, la jurisdicción de la Corte de Valparaíso comprende la Quinta Región de Valparaíso, y, en este caso, los presuntos actos u omisiones arbitrarios e ilegales que motivan la presente acción cautelar se han cometido y producido sus efectos fuera del territorio de la República de Chile, en concreto en la República Bolivariana de Venezuela, de modo que resulta palmario que este Tribunal carece de competencia para conocer los hechos denunciados en el recurso”¹².

De igual manera los sentenciadores adicionan a lo antes señalado que: “ratifica el aserto que antecede el hecho que, acuerdo con el artículo 5° inciso 1° del Código Orgánico de Tribunales, a los tribunales que integran el poder judicial, les corresponde el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y la leyes, caso éste en que no existe excepción en tanto sujetos a la preceptiva antes examinada, el ordenamiento jurídico chileno no confiere a las Corte de Apelaciones competencia para conocer de actos u omisiones arbitrarios o ilegales cometidos fuera de su territorio. De otro modo, la tutela o protección de los derechos fundamentales que garantiza el ordenamiento constitucional chileno a través del recurso de protección, y cuyo conocimiento se encuentra entregado en primera instancia a las Corte de Apelaciones, lo es respecto de actos u omisiones arbitrarios o ilegales cometidos dentro de la jurisdicción de la Corte respectiva, o dentro del territorio de la Corte en la que el acto u omisión ha producido sus efectos, garantía que la Constitución Política del Estado confiere en

⁸ *Ibid.*, considerando primero.

⁹ *Ibid.*, considerando segundo.

¹⁰ *Ibid.*, considerando cuarto.

¹¹ *Ibid.*, considerando quinto.

¹² *Ibid.*, considerando sexto.

*favor de todo agraviado, esto es, en favor de cualquier persona, según resulta de los establecido los artículos 1° y 19 de la Carta Fundamental*¹³.

Asimismo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso señala que: “*al amparo de tales razonamientos queda evidencia que no resulta atendible lo expuesto en estrados en orden a que el numeral 1° del Auto Acordado antes citado contemplaría varias causales - y así ha sido expresado - para generar jurisdicción, entendiendo que la Corte de Apelaciones llamada a conocer el recurso no es solo aquella en cuya jurisdicción se ha cometido el acto u omisión arbitrario o ilegal, caso en el cual la norma aludiría a una competencia de naturaleza territorial, sino que también aquella en que, “según la naturaleza de éste”, se hubiere cometido el hecho, acto u omisión, que cause privación, perturbación o amenaza de un legítimo ejercicio de las garantías constitucionales, circunstancia esta que aludiría ahora a la jurisdicción de la Corte de Apelaciones no respecto de un lugar concreto, sino que a la naturaleza del hecho y su conocimiento, vale decir, a la materia, caso en el cual, como acontece tratándose de vulneraciones a los derechos humanos, por mandato expreso del artículo 5° de la Carta Fundamental, obligaría a ésta conocer de actos u omisiones cometidos fuera de su territorio jurisdiccional e incluso pudiendo decretar, con fuerza obligatoria, medidas para restablecer el imperio del Derecho en un territorio extranjero*”¹⁴. A mayor abundamiento, los jurisdicentes recalcan el punto, entregando una interpretación diferente del precepto señalado, en atención a que: “*una atenta lectura del numeral 1° antes referido, demuestra claramente que tal interpretación es completamente extraña al sentido y alcance del precepto. En efecto, cuando en él se emplea la frase “o, según la naturaleza de éstos”, lo que se quiere significar es que el plazo fatal de treinta días para interponer el recurso en evento que no sea posible establecer determinadamente cuando se ejecutó el acto o se incurrió en la omisión, éste se contará - atendida la naturaleza del mismo, es decir, del acto u omisión - desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, circunstancia ésta que explica, dada la incertidumbre que ello puede generar, porque exige el Auto Acordado dejar constancia de ese hecho en autos. De modo que, y contrariamente a lo sostenido por los recurrentes, la frase consignada no comprende una segunda hipótesis de jurisdicción que permitiría extender la competencia de una Corte de Apelaciones más allá del territorio de la República*”¹⁵.

Por los argumentos antes desarrollados es que la Corte de Apelaciones Valparaíso concluye entonces que: “*conforme a todo lo antes expresado no resulta posible sostener, bajo supuesto alguno, que el ordenamiento jurídico chileno confiere a las Cortes de Apelaciones, tratándose del recurso de protección, competencia para extender extraterritorialmente los efectos de ella y, más aún, con facultades de imperio, respecto de actos u omisiones arbitrarios o ilegales cometidos fuera del territorio del Estado chileno”, y resuelve en definitiva que: “Por estas consideraciones, y teniendo además presente lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, SE RECHAZA el recurso de protección deducido en lo principal de fojas 3, por John Benedict Londregan y María Victoria Villegas Figueroa, a favor de los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos; y no se emite pronunciamiento respecto de la petición de asilo contenida en el tercer otrosí de fojas 3, por improcedente”.*

¹³ *Ibid.*, considerando séptimo.

¹⁴ *Ibid.*, considerando octavo.

¹⁵ *Ibid.*, considerando noveno.

IV. Sentencia de la Corte Suprema (acoge recurso de protección)

Ante la sentencia de protección emanada de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, los recurrentes llegaron por vía de apelación a la Corte Suprema, la que conoció la impugnación previa vista de la causa y habiendo, por tanto, oído alegatos de los actores de protección.

En su fallo, la Tercera Sala de la Corte Suprema mantiene la parte expositiva del fallo original, eliminándose sus considerandos sexto a undécimo inclusive y además tiene presente como argumentos para construir su sentencia estimatoria del recurso impetrado el hecho que los recurrentes solicitan protección: *“en favor de los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos, quienes, a causa de la detención por razones políticas de la que han sido objeto, iniciaron con fecha 24 de mayo de 2015 una huelga de hambre, medio a través del cual solicitan la liberación de los que la oposición considera “presos políticos”, el cese de la persecución, de la represión y la censura; y la fijación de fecha para las próximas elecciones parlamentarias en su país, con observadores electorales de la OEA y UE”*.

De igual forma, la Corte Suprema señala que las pretensiones procesales de los actores se basan en: *“la doctrina de la Jurisdicción Universal de protección de los Derechos Humanos, de acuerdo a la cual, y en síntesis, sostiene que todos los países organizados dentro del marco de un Estado de Derecho tienen competencia para conocer los atentados contra los Derechos Humanos, incluso cuando ellos tengan lugar fuera de su territorio, puesto que al ser universales, imprescriptibles, inalienables, irreductibles, inmanejables e inquebrantables, habilitan a utilizar toda la red de derecho que organiza a todos los Estados, con el fin de garantizar su vigencia y cabal ejercicio. En apoyo de esta postura los actores hacen mención a jurisprudencia extraída de los casos sustanciados contra Augusto Pinochet Ugarte por el Ministro de fuera Juan Guzmán Tapia, entre otros”*¹⁶. Asimismo, complementa la fundamentación de la pretensión hecha por los recurrentes, el hecho que: *“Chile tiene la obligación de acudir en auxilio de quienes resultarían lesionados en los derechos ya descritos, ya que conforme a lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2° de la Carta Fundamental, el Estado chileno ha ratificado la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica, instrumentos internacionales que permiten sustentar la aplicación de la teoría ya mencionada, considerando además, que la protección que se garantiza en dicha regulación interna no distingue al tipo de persona ni el lugar en donde se incurra en el acto u omisión que lesiona dichas garantías fundamentales”*¹⁷.

Luego, la Corte Suprema hace referencia al hecho de no haberse allegado al expediente el informe solicitado por vía del Ministerio de Relaciones Exteriores, al Embajador de la República Bolivariana de Venezuela, a fin que aportara los antecedentes que tuviera a mano sobre los hechos del caso.

Acto seguido, comienza el desarrollo de los fundamentos que tuvo presente para su controversial decisión, señalando que: *“esta Corte debe elucidar, en primer término, si tiene jurisdicción para conocer de este asunto, habida cuenta de que el hecho que motiva la protección impetrada acaece en un Estado extranjero. Como es sabido, resulta un principio elemental de la jurisdicción de los Estados, la territorialidad, esto es, que cada Estado juzgue los hechos que acontecen en su territorio, ello como un reconocimiento a la soberanía nacional de cada cual. Ese principio se recoge en el artículo 5° inciso 1° de la Constitución Política de la República y 7° del Código Orgánico de Tribunales. Sin embargo, en ciertos casos de singular importancia y*

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de 18 de noviembre de 2015, en autos Rol 17.393-2015, considerando primero.

¹⁷ *Ibid.*

*trascendencia para la pervivencia de la propia comunidad internacional, ésta ha permitido excepcionalmente la aplicación del principio de extraterritorialidad, o sea, la potestad de juzgar los hechos que acontezcan fuera de los límites políticos de los Estados, sin que medie un tratado vinculante y sin que existan nexos de otra naturaleza, como el de la nacionalidad*¹⁸. Dicho ello, la Tercera Sala de la Corte Suprema recoge una definición de *ius cogens*, al decir: “*el derecho internacional reconoce la existencia de un sistema normativo de orden superior o jus cogens (artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general – “jus cogens”–. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”)*, aplicable aún sin aceptación expresa en los ordenamientos nacionales y situado sobre ellos, que tiende a velar por los derechos humanos contemplados en prácticamente todas las cartas constitucionales del mundo”¹⁹. Lo anterior, llama la atención puesto que no se aprecia en la estructura del razonamiento del fallo, así como en abstracto, la relevancia de incluir la referencia al *ius cogens*, a propósito del principio de jurisdicción universal.

Justamente es sobre el recién referido principio de jurisdicción universal que la Tercera Sala de la Corte Suprema señala que: “*Dos fuentes de derecho han sido usualmente citadas para reconocer validez a la jurisdicción universal: el derecho de los tratados, en particular los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977, la Convención contra el Genocidio, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Convención contra la Tortura de 1984. En nuestro continente tiene especial importancia el Pacto de Derechos Civiles de San José de Costa Rica. Más allá de que estos tratados no contemplen taxativamente dicha jurisdicción universal, a estas alturas una apreciable cantidad de Estados –ni qué decir la doctrina académica- ha formulado la interpretación –no rebatida- de que la vigencia de los derechos esenciales de la persona humana a que ellos aluden, solo es posible si se autoriza y hasta se obliga a los Estados a su cabal ejercicio a través de sus tribunales nacionales. La segunda fuente, es el derecho consuetudinario internacional que como es sabido, cumple un fuerte rol en la génesis y desarrollo del derecho de los Estados y que en esta materia ha tenido un amplio camino recorrido. Los tratadistas están de acuerdo en que la aplicación del derecho universal debe reconocer ciertas reglas fundamentales, como que los tribunales de otro país solo pueden actuar cuando los del lugar de los hechos no lo hagan; que la jurisdicción y la subsecuente competencia emanen de una fuente idónea del derecho internacional; y que la legislación nacional a aplicar no contradiga el derecho internacional*²⁰.

De esta manera, la Tercera Sala de la Corte Suprema pone los derechos cuya protección se invoca, especialmente al derecho a la vida, dentro de las categorías antes descritas, a efectos de brindarle tutela jurisdiccional, al decir que: “*al examinar dichos criterios a la luz del caso que nos ocupa, nos encontramos con que los recurrentes, personas de buena voluntad –determinadas y reconocibles, han requerido de los tribunales chilenos a través del procedimiento constitucional de protección de las garantías de más alto rango, una medida cautelar que resguarde la vida de los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos, presos en dicho país bajo las condiciones que su recurso relata. El derecho a la vida es reconocido en todos*

¹⁸ *Ibid.*, considerando tercero.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

*los ordenamientos jurídicos del mundo como una garantía constitucional preeminente y ello porque se la ha recogido desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En Chile, se encuentra contemplada en el número 1 del artículo 19 de la Constitución Política*²¹.

Por su parte, la sentencia se hace cargo de la acreditación de los hechos que sirven de base para la tutela de amparo solicitada al señalar que: *“respecto de la efectividad de la situación de los ciudadanos venezolanos en referencia, aparte de los datos entregados por los recurrentes y que constan en el expediente, existe una copiosa información internacional disponible en internet y medios de comunicación globales de distintas nacionalidades y diferentes sinos, que describen una situación de riesgo inminente para sus vidas*”²². Y continúa haciendo referencia a la supuesta calidad de delitos comunes por los que se encontrarían condenados o enjuiciados los ciudadanos venezolanos, en cuyo favor se invoca la protección, que a juicio de la Corte serían delitos políticos; y sobre la dudosa seriedad de los procesos llevados en su contra haciendo referencia a declaraciones que habría dado el persecutor que llevó el caso en dicho país. Señala la Tercera Sala de la Corte Suprema que: *“Y su país [Venezuela], emplazado legalmente en este procedimiento, ha optado por el silencio, aunque en las mismas fuentes informativas aparece entregando una versión de que López se encuentra condenado por los tribunales ordinarios de justicia locales por sentencia no ejecutoriada, a penas de rango criminal por delitos que guardan relación con conductas que en todos los países democráticos son adjetivadas como “políticas” y no personales. Agrava lo anterior que el fiscal persecutor de su causa, ha salido de su país y ha declarado que el proceso en mención fue una invención oficial a la que fue obligado*”²³.

Por ello, la Corte Suprema concluye sobre este punto, que los hechos denunciados son de aquellos que ameritan invocar la tutela jurisdiccional solicitada por cuanto: *“En consecuencia, los antecedentes disponibles revelan que las personas en cuyo favor se recurre, se encuentran sometidas a privación de libertad por el gobierno de su país en virtud de un proceso aparentemente ilegítimo, por hechos de connotación evidentemente política y sin protección de sus tribunales nacionales*”²⁴. Y agrega sobre lo anterior que: *“así, resulta visible que operan en este caso todos los requisitos exigibles para que actúe la jurisdicción universal protectora de los derechos humanos antes mencionada, desde que los tribunales de la República Bolivariana de Venezuela no aparecen actuando con suficiencia en la protección de los derechos de sus ciudadanos ya individualizados; y hasta se podría sostener con al menos cierta connivencia con los propósitos políticos del gobierno local. Del mismo modo, la jurisdicción y competencia que esta Corte se atribuye, proviene de una fuente reconocida del derecho internacional, como son los tratados ya anotados y el jus cogens sustrato de toda la normativa mundial; y, en tercer término, que la legislación de Chile se encuentra en completa armonía con el señalado derecho internacional*”²⁵.

Luego de una breve síntesis de casos de derecho comparado, en que se habría reconocido e invocado el principio de jurisdicción universal de las violaciones a los derechos humanos y entre cuyas referencias se encuentra el “caso Pinochet” y los planteamientos señalados en su oportunidad por los tribunales españoles e ingleses; así como otros de relevante connotación en la materia como “Genocidio en Guatemala” (1999) y “Genocidio en el Tíbet” (2005), la Corte Suprema construye la recepción normativa del principio de jurisdicción universal en el derecho chileno, señalando que: *“en Chile, la referida jurisdicción*

²¹ *Ibid.*, considerando cuarto.

²² *Ibid.*, considerando quinto.

²³ *Ibid.*, considerando quinto.

²⁴ *Ibid.*, considerando quinto.

²⁵ *Ibid.*, considerando sexto.

*universal se recoge en el inciso 2 del citado artículo 5° de nuestra Constitución: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”²⁶. Y acto seguido agrega su juicio acerca de la supraconstitucionalidad de los tratados internacionales de derechos humanos, al decir que: “es la propia carta magna nacional la que ‘reconoce que los derechos humanos constituyen un límite a la soberanía del Estado, una de cuyas manifestaciones es la propia Constitución. En consecuencia, los derechos humanos se encontrarían por sobre la Constitución adquiriendo un rango supraconstitucional, y ocuparían la cúspide de la pirámide normativa en el sistema chileno. Del mismo modo y aun con mayor razón, las normas del jus cogens –un grupo especial de normas de Derecho Internacional, con jerarquía superior, inderogables e imperativas-, se encontrarían por sobre la Constitución en la jerarquía normativa.” (Gonzalo Aguilar Carvalho, *El Principio de Jurisdicción Universal: una propuesta de aplicación en Chile*, Revista de Estudios Constitucionales, Año 4, N°1, Universidad de Talca, Santiago, 2006)²⁷.*

Finalmente, el fallo discurre sobre la competencia que tendrían nuestros tribunales de justicia para justiciar casos como el invocado en esta sede proteccional, al plantear que: “Como la Constitución no definió lo que debe entenderse por “corte respectiva”, es necesario recurrir al Auto Acordado que dictó esta misma Corte Suprema en uso de sus facultades reglamentarias, cuyo numeral 1° refiere que se trata de “la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal...” En razón de que el acto se ha dicho cometido en Venezuela, lo mismo que el acto arbitrario, pero los recurrentes han señalado que el mismo les afecta personal y directamente, de lo cual es posible colegir -ya siguiendo las reglas generales-, que el lugar de su domicilio corresponde también a aquél en que el acto produce sus efectos, lo que es congruente también con la universalidad de la jurisdicción impetrada. De modo que la Corte de Apelaciones de Valparaíso resultaba competente para conocer territorialmente de ese asunto, tal cual ha sucedido en autos²⁸. Asimismo, y en concordancia con lo que venía señalando a lo largo del fallo, los ministros de la Tercera Sala de la Corte Suprema agregan que: “no se puede dejar de consignar que si, por una parte, la jurisdicción universal tiene reconocimiento en el Derecho Chileno según se ha venido señalando, su corolario secuencial es que dicho derecho –si no se quiere concebírsele abstracto- tenga también una acogida procesal en el ordenamiento nacional, que le otorgue eficacia y concreción. Dicha manifestación es, en cuanto a la garantía principal involucrada, el recurso de protección de los derechos esenciales reconocidos en nuestra Constitución²⁹”.

Por las consideraciones ya revisadas, entonces, la sentencia en comentario resuelve en lo medular que: “se revoca la sentencia en alzada de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que con fecha 28 de septiembre de 2015 y según consta de fs. 150 a 156, negó lugar a acoger el recurso de protección deducido a fs. 3 por don John Benedict Londregan y doña María Victoria Villegas Figueroa, y en su lugar se declara que se lo acoge, sin costas, disponiéndose la medida de requerir, a través del Gobierno de Chile, a la Comisión de Derechos Humanos de la OEA, representada por su Presidente o un delegatario suyo debidamente autorizado, para que se constituya en el Estado de Venezuela, ciudad de Caracas, cárcel militar Ramo Verde y cárcel común de Guarico o donde se encuentren privados de libertad a la fecha de la Visita los ciudadanos venezolanos

²⁶ *Ibid.*, considerando octavo.

²⁷ *Ibid.*, considerando octavo.

²⁸ *Ibid.*, considerando noveno.

²⁹ *Ibid.*, considerando noveno.

Leopoldo López y Daniel Ceballos y constate el estado de salud y de privación de libertad de ambos protegidos, recoja sus impresiones y evacúe un informe a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, a fin de que ésta adopte todas las medidas aconsejables a la adecuada protección de sus derechos esenciales, respecto a lo cual se informará a esta Corte Suprema de Chile”.

De igual manera, se deja constancia que el fallo se adopta con los votos a favor de los Ministros Sres. Pierry, Aránguiz y Valderrama; y con los votos en contra de las Ministras Sras. Egnem y Sandoval, la primera por considerar que la Corte carece de jurisdicción universal para conocer de los hechos planteados por la vía de la acción de protección y la segunda por “*sus propios fundamentos*”, además de lo ya resuelto por la misma Corte a propósito de la jurisdicción universal de los derechos humanos en sede de amparo bajo el rol N°60-2015³⁰ (en una referencia errada que, en realidad, estaba hecha al rol N° 3311-2015 de la Corte Suprema y al rol N° 60-2015 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso).

V. Comentario

Como señalásemos en la introducción del presente comentario, el fallo de la Tercera Sala de la Corte Suprema recaída en estos autos de protección ha tomado, al menos, al foro y a la academia por sorpresa (y me temo que también a gran parte de la Judicatura)³¹, en parte porque en él se contienen una serie de juicios y declaraciones que resultan de suyo novedosas a la luz de la jurisprudencia y de la doctrina nacional, en materias tales como la “jurisdicción universal de protección de los derechos humanos”, el alcance de una eventual tutela jurisdiccional cautelar o de amparo ordinario constitucional más allá de las fronteras del territorio de la República haciendo *tabula rasa* del principio de territorialidad, y también acerca de la interpretación normativa de la competencia de las Cortes al momento de conocer de

³⁰ El 21 de febrero de 2015 la Corte de Apelaciones de Valparaíso se declaró incompetente para conocer de un recurso de amparo –declarado en consecuencia inadmisibile–, tramitado bajo el Rol 60-2015, por haber ocurrido los hechos que lo motivaban fuera del territorio de la República, más precisamente en la República Bolivariana de Venezuela. Señala así la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que: “Atendido el mérito de los antecedentes, advirtiéndose que esta Corte no cuenta con jurisdicción para conocer del recurso intentado, porque los hechos que se denuncian habrían ocurrido en la República Bolivariana de Venezuela, se declara inadmisibile el deducido a fs. 7”. Luego, fue la Segunda Sala de la Corte Suprema, conociendo de la apelación deducida contra la resolución que declaró inadmisibile el recurso de amparo, que resolvió el 4 de marzo de 2015 confirmar la sentencia apelada, invocando lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Código Orgánico de Tribunales, es decir, en razón de la competencia territorial de los tribunales nacionales. Señala, en efecto, el fallo confirmatorio que: “*Vistos y teniendo, además, presente lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Código Orgánico de Tribunales, se confirma la resolución apelada de veintiuno de febrero de dos mil quince, escrita a fojas 10*”. El voto de mayoría fue adoptado por los Ministros Juica, Dolmestch y Künsemüller. Sin embargo, a pesar de la brevedad del fallo de la Segunda Sala de la Corte Suprema, este consigna la prevención del Ministro Brito quien es de la idea que la Constitución Política de la República al regular la acción de amparo constitucional en su artículo N°21, no estableció la extraterritorialidad del conocimiento de hechos por esta vía. Señala en su voto de concurrencia que: “*las normas de la Constitución Política de la República relativas a la jurisdicción no atribuyen al Estado de Chile esta potestad respecto de actos ejecutados fuera del país, cuestión que tampoco deriva del artículo 21 del mismo cuerpo normativo, porque las expresiones “ toda persona ” que allí se contienen tienen sentido en cuanto se tenga jurisdicción para dar medidas de cautela, cual no es el caso de autos*”. El Ministro Cisternas, por su parte, fue el único que estuvo por acoger la apelación y revocar la decisión de la Corte de Apelaciones de Valparaíso con basamento en que, recayendo la vulneración en derechos humanos de los afectados, los tribunales nacionales tendrían “jurisdicción universal”. Así la redacción de su voto disidente plantea expresamente que como: “*se plantea un reclamo por violación de derechos humanos, para lo cual los tribunales legalmente establecidos cuentan con jurisdicción universal; por lo cual el lugar de ocurrencia de los hechos denunciados no puede limitar la admisibilidad*”.

³¹ Tal ha sido el impacto que ha causado el fallo a nivel institucional que se ha llegado a plantear una eventual solicitud de revisión por parte del Pleno de la Corte Suprema, a fin de evitar otras alternativas como la proposición de una contienda de competencia para que sea resuelta por el Senado en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 N°3 de la Constitución Política de la República.

recursos de protección, a partir del texto del artículo 1º del Auto Acordado sobre tramitación y fallo de los recursos de protección.

Cabe señalar primero que el fallo se inserta en el campo de la teoría, meta-teoría, método o ideología neoconstitucionalista³² (o “neoconstitucionalismo”). Segundo, el fundamento o presupuesto del fallo es la supuesta incontrovertida supraconstitucionalidad de los tratados de derechos humanos, en particular de aquellos que conforman el sistema interamericano, a partir de una interpretación del artículo 5º inciso segundo de la Constitución Política de la República que, debemos decir, no tiene asidero, por cuanto no se recoge dicha doctrina en forma alguna en la referida norma (la que se limita a enunciar una garantía institucional de los derechos fundamentales y de los derechos humanos), ni en ninguna otra contenida en la Carta Magna. Por ello, si bien es un tema discutido, el grueso de la doctrina reconoce que la Constitución no da suficientes luces para situar a los tratados de derechos humanos dentro de un rango supraconstitucional³³.

El neoconstitucionalismo como teoría-método ha sido criticada desde diversos sectores de la doctrina, principalmente por su expansionismo y panjudicialismo elitista³⁴ que trae aparejada como consecuencia el postular en la práctica jurídica que todas las cuestiones de derecho ordinario pueden ser “constitucionalizadas”³⁵; utilizando los operadores del derecho adscritos a este paradigma contemporáneo un “lecho de Procusto” (que ajusta, cercena o estira conceptos, categorías y taxonomías con conexión a ideologías (neo) conservadoras, (neo) liberales o “progresistas”) para los conceptos provenientes de la dogmática. Por el contrario, el constitucionalismo positivista plantea que los términos de la Constitución deben interpretarse y ocuparse en su sentido claro y solo cuando este no lo sea, es dable dotarlos de contenido, pero distinguiendo el control negativo –aquel que examina la constitucionalidad de las normas, impidiendo una aplicación contraria a la Constitución– que se radica en los órganos jurisdiccionales; y el control positivo -o de desarrollo y realización de los preceptos constitucionales- se encuentra residenciado en los órganos legislativos, atendido su carácter democrático³⁶.

Así, se puede apreciar que la influencia de la matriz neoconstitucionalista en el fallo que comentamos se expresa a través de forzar las normas *iusfundamentales* de la Carta Política, en lo referente posición de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno, o en lo concerniente al proceso de amparo de derechos fundamentales, de forma de darle un efecto expansivo más allá de los que la misma norma *iusfundamental* contempla (artículos 5º inciso segundo y 20 CPR), incurriendo en lo que se ha denominado un “constitucionalismo abusivo”³⁷.

³² Véase GUAISTINI, Riccardo. *Otras distinciones*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 149-173; y COMANDUCCI, Paolo. *Hacia una teoría analítica del Derecho*, ensayos escogidos, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 251-264.

³³ Véase sobre este punto, entre otros, a HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. *Las fuentes formales del derecho*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2009.

³⁴ ZÚÑIGA URBINA, Francisco y CÁRCAMO TAPIA, Roberto. “Inconstitucionalidad de normas constitucionales, un caso de “constitucionalismo abusivo”, En: *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2015.

³⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. “El constitucionalismo de los derechos”, en Miguel CARBONELL (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2007, p.234.

³⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Derechos y pretextos”, en Miguel CARBONELL (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2007, p. 239-240.

³⁷ LANDAU, David. “Abusive constitutionalism”, en *University of California Davis Law Review*, vol. 47, N° 1, Davis, 2013 (reciente traducción en monografía publicada por Universidad Externado, Bogotá, Colombia, 2015).

Tercero, por otra parte, llama la atención la aplicación de las doctrinas de “jurisdicción universal” y del “*ius cogens*” a un ámbito –la tutela de derechos fundamentales a través de un proceso de amparo constitucional ordinario– que no es el correspondiente a estos en el derecho internacional de los derechos humanos, que la ha reservado para la comisión de delitos graves, *verbi gratia* delitos considerados de lesa humanidad, que requieren –por virtud de un consenso ético universal– persecución y castigo. En este punto, se evidencia un problema de desconexión y descontextualización entre las ideas formuladas en la sentencia con lo que generalmente se ha entendido bajo el concepto de *ius cogens* (reglas inderogables, superiores e imperativas, una suerte de resabio *iusnaturalista* o consensualista de reglas mínimas de civilización) categoría integrada al derecho internacional general o común. En efecto, si bien pareciera no haber una definición unívoca del concepto, lo cierto es que grande ha sido el aporte de autores como Ian Brownlie³⁸, que nos entregan denominaciones estándar para comprender el alcance de la expresión *ius cogens* en el marco del derecho internacional público, del que solo se cuenta con la referencia hecha en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados³⁹.

Finalmente, en el marco de lo que venimos analizando, cabe resaltar el error en que incurre la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema al señalar que la “jurisdicción universal de protección de los derechos humanos” se funda en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, así como en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, de 1948, y en el Pacto de San José de Costa Rica; en circunstancias que de la sola lectura de los cuerpos normativos en referencia, se puede apreciar que no existe en ellas norma expresa alguna que habilite a los tribunales nacionales para avocarse una “jurisdicción universal cautelar en derechos humanos”.

Asimismo, huelga decir que existe una conexión impropia entre la referida doctrina de la “jurisdicción universal cautelar en derechos humanos”, y el contenido “iusfundamental” del Pacto de San José de Costa Rica, por cuanto, es claro que la primera, en tanto doctrina, se encuentra asociada a la vulneración grave de derechos fundamentales ocurridos con asociación a determinados delitos graves, o en el marco de instrumentos internacionales como el Convenio de Ginebra y Protocolo Adicional, Convención contra el Genocidio y Convención contra la Tortura.

De igual manera, en el ámbito del derecho procesal constitucional, la sentencia “fuerza” desde una matriz neoconstitucional la acción de protección en tres campos:

En un primer ámbito del derecho procesal constitucional, a partir de una extensión injustificada de la competencia territorial de las Cortes para conocer de ella, por cuanto, si bien en el recurso de amparo se ha aceptado ampliamente la posibilidad de recurrir en sedes distintas a donde se ha desarrollado el hecho que la motiva, ello escapa al ámbito de la extraterritorialidad de los efectos que pretende tener la sentencia en sede de protección, atendido lo dispuesto en el N°1 del Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección. Y es que, en efecto, resulta claro que la potestad jurisdiccional radicada en los tribunales de la República, es una expresión de la soberanía estatal y conforma el sistema de

³⁸ Célebre es la obra de Sir Ian Brownlie denominada Principles of Public International Law, 1ª ed., Londres, 1966.

³⁹ En efecto, el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados señala: “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*ius cogens*”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

potestades públicas que le dan forma, pero en caso alguno parece razonable la ambición de extender la facultad de juzgar y mucho menos la de brindar cautela judicial ante actos y hechos ocurridos fuera del territorio nacional y que comprenden actuaciones soberanas de otros Estados.

En un segundo ámbito del derecho procesal constitucional, en cuanto a la legitimidad activa que se les reconoce a los recurrentes en sede de amparo ordinario constitucional de derechos, quienes no tienen relación directa alguna con los ciudadanos venezolanos objeto del recurso, ni tampoco intereses que sean justiciables, asemeja a la acción de protección constitucional a una acción popular, lo que no se condice con su verdadera naturaleza. Ello, porque las invocaciones que el fallo de la Corte Suprema hace al respecto, dicen relación con juicios de valor del estilo que quienes interponen el recurso son “*personas de buena voluntad –determinadas y reconocibles*” o que resulte bastante la referencia de los mismos recurrentes a que el hecho de las detenciones les habría afectado directamente. Como la doctrina tradicionalmente lo ha señalado la acción de protección no es una acción popular, como es el caso del recurso de amparo y el recurso de amparo económico, por cuanto exige para su interposición que el afectado por el acto ilegal y arbitrario que se reclama, tenga un interés actual en ello, es decir, que se vea directa y ciertamente afectado por la acción u omisión y además que sea el titular o que se interponga a nombre del titular de los derechos fundamentales que la Constitución le reconoce, derechos que en cualquier caso solo serían justiciables dentro del territorio en que la jurisdicción se ejerce en virtud de la Constitución misma, esto es, dentro del territorio de la República.

En un tercer ámbito de derecho procesal constitucional, incursiona la sentencia comentada en un ámbito de tradicional no justiciabilidad: los actos políticos o de gobierno, como es el caso de la conducción de las relaciones internacionales que el artículo 32 N° 15° de la Constitución Política reserva al Presidente de la República como atribución exclusiva en cuanto jefe de Estado y Jefe de Gobierno con conexión con el régimen político y tipo de gobierno presidencialista imperante; y con ello la decisión judicial pasaría a llevar el principio de separación de poderes e interviene con decisiones y estrategias de la diplomacia de Chile en el concierto de América Latina, la que hasta ahora parece ser guiada –al menos en cuanto a la actitud política frente a Venezuela⁴⁰– por el fiel apego a los lineamientos de la Carta Democrática de la Organización de los Estados Americanos.

Finalmente, la sentencia en comento realiza una especie de control de convencionalidad de carácter anómalo por cuanto, a diferencia de la interpretación maximalista de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴¹, que delega en los órganos jurisdiccionales y en general en todos los órganos públicos de los Estados parte de la Convención, un control de legitimidad de sus actos y del

⁴⁰ En este punto, resulta interesante revisar ROUQUIÉ, Alain. *A la sombra de las dictaduras, la democracia en América Latina*, (trad. V. Goldstein), Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2011, pp. 201-176.

⁴¹ Como bien lo han señalado los profesores Miriam HENRÍQUEZ V. y José Ignacio NÚÑEZ L., el control de convencionalidad interno al que viene exhortando la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el fallo Almonacid Arellano (2006), es la expresión de un postulado del denominado “Neo Positivismo” latinoamericano, corriente de pensamiento e interpretación constitucional que ha visto en el control de convencionalidad interno –esto es, aquel que están llamados a efectuar los órganos internos de un Estado respecto de la legitimidad de sus propias normas respecto al corpus iuris interamericano– una “garantía metapositiva edificada por los jueces”, en el entendido que ella ha de actuar indistintamente en todos los ordenamientos jurídicos, a pesar de no recibir consagración normativa en ellos ni ser fruto de la autodeterminación democrática de las naciones.

Véase también ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica”, en *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, 387 - 447 (H. Nogueira, Coord., Librotecnia, Santiago, 2012)

ejercicio de todo el sistema de potestades públicas, a los preceptos normativos consagrados en los tratados internacionales que conforman las fuentes del sistema interamericano –el *corpus iuris* interamericano– así como instrumentos internacionales –que componen el *soft law* en la materia– y las decisiones de la propia Corte Interamericana; en el caso en comento la Corte Suprema solo aplica ciertos tratados y principios de *ius cogens* de derecho internacional. Este control de convencionalidad anómalo transforma a la Tercera sala de la Corte Suprema en un “juez interamericano” (“juez universal”) neoconstitucional: un prototipo de sentenciador que pretende dominar el derecho en su totalidad, integrando “tiempo-espacio-conocimiento”.

Sin perjuicio de ello, en el caso en comento, la Tercera Sala de la Corte Suprema pretende ejercer este control de convencionalidad anómalo, además respecto de actos y hechos en que habría incurrido órganos o autoridades judiciales y parajudiciales de un Estado (República Bolivariana de Venezuela), pero que no es parte integral del sistema interamericano de derechos humanos, por lo tanto, no le resultan aplicables o exigibles los estándares de control fijados en sede jurisdiccional para dicho sistema. Sobre este punto cabe hacer una salvedad: si bien la República Bolivariana de Venezuela sigue siendo parte de la Organización de Estados Americanos (OEA), suscriptora de la Declaración Americana de Derechos del Hombre, y de diversos tratados e instrumentos internacionales interamericanos o regionales, ha dejado de ser un Estado justiciable ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que la decisión de amparo de nuestra Judicatura suprema como “juez interamericano” en orden a “requerir” a través del Gobierno de Chile a la “Comisión de Derechos Humanos de la OEA” para una actividad *in loco*, se ve en la práctica muy relativizada; lo que viene a conferir especial relevancia práctica a la actividad diplomática de nuestro país y de los países de la región en lo relativo al respeto a los derechos humanos en dicho país; dominado por una inocultable pulsión populista y autoritaria en los últimos años.

Todo lo antes señalado abona reiterar un juicio crítico de quien suscribe este comentario, en orden a que estamos ya no frente a la “agonía” del recurso de protección por las causas enunciadas en los prolegómenos de este trabajo, sino ya, derechamente, frente a una desviación en torno a la naturaleza y alcance de la acción, tergiversando con un activismo judicial insólito la asentada doctrina y jurisprudencia en torno a aspectos muy relevantes de nuestro derecho procesal constitucional; a saber: la legitimidad procesal activa para impetrar la acción de protección, la (extra) territorialidad de la potestad jurisdiccional y cautelar de la Corte Suprema y la revisión judicial de actos políticos o de gobierno.

En definitiva, entonces, estimamos que en el caso en comento no nos encontramos frente a una sentencia que sirve de *leading case* sobre la materia, es decir, que defina una directriz jurisprudencial permanente; sino solo ante una sentencia episódica de matriz neoconstitucional, imperfecta o forzada en su argumentación constitucional e internacional, y reflejo de un acusado activismo judicial. En suma, un botón de muestra de lo que hemos dado en denominar, con Landau, “constitucionalismo abusivo”⁴².

⁴² Véase sobre el mismo, ZÚÑIGA URBINA, Francisco y CÁRCAMO TAPIA, Roberto. Ob. Cit.