

EL ANÁLISIS DE LA SOBERANÍA, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA A PARTIR DE UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Augusto Medina Otazu¹

I.- INTRODUCCIÓN

- Tratar este espinoso tema de la soberanía, en este artículo puede resultar bastante escueto porque, en varios siglos, su estudio y análisis mereció cientos de libros. Sin embargo, no es nuestra pretensión volver sobre estas encendidas discusiones, sino solo mencionarlas tangencialmente para el análisis de la evolución del estado moderno.
- Es cierto que el concepto de soberanía fue fundamental para el desarrollo de los estados modernos; sin este concepto fue difícil entender el poder que tenían los gobernantes con sus conciudadanos y viceversa. En consecuencia, la soberanía a todas luces fue un elemento legitimador del poder. Permítanme solo resumir la tesis de uno de los autores originales, Hugo Grocio: *“Una vez que tiene lugar, en virtud del contrato, la aparición del Estado, se impone a los súbditos un deber de obediencia, ya que se debe observar, sin excusa, lo pactado. De esta manera, el origen contractual del poder político venía a dar solidez a la tesis de carácter absolutista, sin plantearse, en lo más mínimo, algún tipo de derecho de resistencia frente a los gobernantes injustos.”*²
- Esta justificación para el nacimiento del Estado moderno fue moderándose con el desarrollo del derecho internacional. Los estados en un primer momento y luego los ciudadanos velaban porque el sistema internacional funcione en un esquema de convivencia de soberanía: nacional y universal.
- En consecuencia, la autonomía del Estado moderno fue crucial para el desarrollo del Estado de derecho y la propia democracia representativa. Sin lugar a dudas casi al costado tuvimos y tenemos un desarrollo del sistema internacional como una luz valiosa que nos conduce a una mejor situación de

¹ Augusto Medina Otazú. Abogado. Maestría de Derecho Constitucional en la PUCP. Maestría Derecho Laboral y Seguridad Social UNM San Marcos. Ex representante del Colegio de Abogados Penal Internacional sede Perú. Miembro de la Comisión de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Colegio de Abogados de Lima 2006 – 2009, 2011 y miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Docente universitario, articulista en revistas nacionales y extranjeras y expositor. medinaotazu@yahoo.com

² Gregorio Peces Barba Martínez. Historia de los Derechos Fundamentales. T.II, V. II, Siglo XVIII. Filosofía de los Derechos Humanos. Edit. Dykinson. Madrid España 2001. Pag. 22

la convivencia universal. Sin embargo, en esta lucha entre la autonomía del Estado y la configuración del Estado internacional nos topamos con ciertas fricciones como es el análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional expediente No. 1750/2011/PA/TC³, Lima, caso Urtecho Jara del 15/12/2011; y otra sentencia vinculada, expediente No. 5761/2009/PHC/TC⁴, Lima, caso Pisfil García del 03/05/2010.⁵

- La dimensión transnacional alcanzada por la delincuencia organizada ha generado que, en el afán de reprimirla, los Estados recurran no sólo a su sistema jurídico penal y procesal penal interno, sino también a la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales en materia de asistencia judicial penal que establezcan herramientas efectivas y eficaces (...). Es así que países como Perú y España, han recurrido a la celebración del denominado "*Tratado de Asistencia Judicial Penal entre la república del Perú y el Reino de España*"⁶, con la finalidad de establecer un marco jurídico adecuado que permita sortear los obstáculos que se presentan durante el desarrollo de un proceso penal.⁷
- Según la Sentencia del TC que comentaremos⁸ el Reino de España a través de sus órganos jurisdiccionales considera que tiene derecho de procesar penalmente en su país a determinadas personas por actos concretos que afectan a una institución privada con residencia en España pero cuyos actos agraviantes han sido efectuados en el Perú. El Juez Baltasar Garzón⁹ en su

³ Esta sentencia puede ser vista en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01750-2011-AA.html>

⁴ Esta sentencia puede ser vista en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010//05761-2009-HC.html>

⁵ El propio Tribunal Constitucional señala sobre la vinculación entre las dos sentencias: "*Este Colegiado considera pertinente referir que el sustento de la presente demanda guarda directa conexión con la pretensión resuelta en su oportunidad a través de la Sentencia recaída en el Expediente N° 5761-2009-PHC/TC en la que se declaró estimativa la pretensión.*" Expediente del TC No. 1750/2011/PA/TC, fundamento 2.

⁶ El tratado en referencia puede verse en: http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/per/sp_per_MAR_JUR_MLA.pdf

⁷ La asistencia judicial penal entre Perú y España. Especial referencia a la entrega temporal de personas condenadas. Liz Margaret Vela Barrientos de la Universidad de Salamanca. Artículo publicado en el Boletín de la Escuela de Posgrado Estado de Derecho y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca, España, Año 2011 Núm. 1, Vol. II: http://buengobierno.usal.es/revista/docs/21_Vela_AsiistenciaPeru.pdf

⁸ El Tribunal Constitucional no abunda en la información sobre el requerimiento que realiza el Poder Judicial español a su similar peruano y por eso lamentamos no poder entregar mayor información sobre esta gestión.

⁹ Lamentable situación del ex Magistrado Baltasar Garzón, icono de los Jueces del Poder Judicial en el mundo que en la práctica, en estas sentencias que comentaremos, es presentado como un Juez improvisado que tiene poco dominio del manejo de los Tratados Internacionales. Cuando Garzón ha sido uno de los pioneros para hacer caer los muros

calidad de titular del Juzgado de Instrucción de Barcelona - España solicita la asistencia judicial al Perú y este requerimiento llega al 37 Juzgado Penal de Lima para solicitar¹⁰:

- a) La restricción de los derechos de la representante de la empresa Edpyme Raíz en relación al desarrollo de sus actividades;
 - b) La limitación al ejercicio de las funciones de los órganos de administración; y
 - c) La limitación a la libre disposición o administración de su patrimonio.
- El TC considera que esta atribución del órgano jurisdiccional español trastoca la soberanía del Estado peruano porque sobre la misma materia ya existe un laudo arbitral que resolvió algunas de las impugnaciones penales del órgano judicial español. Para el TC peruano, ello constituye igualmente una vulneración al principio del Juez Natural y hace referencia en menor medida a la institución de la cosa juzgada.¹¹
 - Puede apreciarse que el Tribunal Constitucional asume la posición del Estado Peruano, para brindar respuesta al Poder Judicial Español, sin respetar un pronunciamiento previo del Poder Judicial; situación que será materia de análisis en el presente artículo.

II.- LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS EN SU EJECUCIÓN DIFIEREN DE LOS TRATADOS QUE PERMITEN SOLUCIONES PACÍFICAS.

1.- Introducción

El orden jurídico internacional nos brinda dos tipos de tratados; uno, vinculado a los intereses interestatales y los otros, referidos especialmente a los derechos humanos. En ambos casos difieren por la manera de resolver los conflictos. Estos conceptos incluso permitirán entender en qué casos la soberanía tiene limitaciones y cuáles son las razones que hacen retroceder a los conceptos originales de esta institución.

territoriales que aprisionaban al derecho y ha oxigenado con un concepto más universal la justicia.

¹⁰ Estos argumentos escuetos aparecen en la segunda Sentencia del Tribunal Constitucional expediente N.º 1750-2011-PA/TC. Lima. Urtecho jara, del 15 de diciembre del 2011.

¹¹ Sobre estos dos derechos fundamentales no abordaremos en el presente análisis, porque nuestro interés girará básicamente al conflicto que existe entre la jurisdicción y competencia para atender requerimientos de la cooperación Judicial Internacional.

2.- Los conflictos interestatales y los conflictos sobre casos de Derechos Humanos

Por ejemplo la Corte Internacional de Justicia, tiene la misión preferente de resolver conflictos inter estatales¹², cuyo fin difiere de aquellos como la Corte Interamericana o Corte Europea de Derechos Humanos. En los primeros existen intereses de los estados y en los segundos la misión es proteger especialmente a la persona humana.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que ante un conflicto:

47. (...) la solución internacional de casos de derechos humanos (confiada a tribunales como las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos), no admite analogías con la solución pacífica de controversias internacionales en el contencioso puramente interestatal (confiada a un tribunal como la Corte Internacional de Justicia); por tratarse, como es ampliamente reconocido, de contextos fundamentalmente distintos, los Estados no pueden pretender contar, en el primero de dichos contextos, con la misma discrecionalidad con que han contado tradicionalmente en el segundo.¹³

Es necesario esta diferenciación por cuanto en la Corte Internacional de Justicia (especialmente instalada para resolver contextos de relaciones interestatales)

¹² Sin embargo es importante resaltar que el 26 de febrero del 2007 la Corte Internacional de Justicia (CIJ) por primera vez falla sobre una acusación de genocidio formulada por un Estado contra otro estado, en el marco de la Convención para la prevención y la represión del crimen de Genocidio, firmada en 1948. El tribunal sentenció sobre la demanda planteada en 1993 por Bosnia contra Serbia por su supuesta responsabilidad en el genocidio contra musulmanes ocurrido durante la guerra civil bosnia de 1992-1995.

La Corte basa el fundamento de su competencia para ver el caso en el artículo IX de la Convención de Genocidio que señala:

Las controversias entre las partes contratantes, relativa a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las partes.

La Corte encuentra que Serbia ha violado sus obligaciones de prevenir y sancionar el genocidio de acuerdo a la Convención sobre Genocidio y que también ha violado sus obligaciones de acuerdo con dicha Convención por no haber cooperado completamente con el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY)

¹³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tribunal Constitucional Competencia del 24 de septiembre de 1999.

pueden existir figuras como actos jurídicos estatales unilaterales; el reconocimiento, la promesa, la protesta, la renuncia, entre otros actos internacionales propios de los Estados. Distinto es lo que ocurre con la Corte de Derechos Humanos donde los Estados aceptan someterse a una jurisdicción de la Corte, determinada y condicionada por el propio tratado y, en particular, por la realización de su objeto y propósito: velar por la protección de las personas humanas y los derechos fundamentales.

3.- Los intereses estatales propios e intereses comunes de las personas humanas en el mundo

En el tema de la normativa internacional de los derechos humanos, los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas las disposiciones.¹⁴

Finalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

(...) los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano¹⁵

III.- PERU Y ESPAÑA Y LOS SISTEMAS JURÍDICOS

1.- Diferencia de los Sistemas Jurídicos

Los sistemas jurídicos en Perú y España difieren tanto al aplicarse en el Sistema Internacional Privado como en Público.

Un reconocido maestro como es el Dr. Cesar Delgado Barreto nos ilustra sobre el particular al comentar el artículo 2048¹⁶ del Código Civil y analizar el Derecho Internacional Privado:

¹⁴ Reservas a la Convención sobre el Genocidio, Opinión Consultiva, CIJ, Recueil 1951 pág. 23. Opinión Consultiva OC-1/81, citada, párr. 24.

¹⁵ Opinión Consultiva OC-1/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de septiembre de 1982 respecto de la Consulta solicitada por el Gobierno Peruano (Artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos) Fundamento 24

¹⁶ Artículo 2048 del Código Civil Peruano.- Competencia de jueces peruanos

Asimismo, las diferencias de los sistemas aparecen en lo que respecta a los puntos de conexión, que no siempre son los mismos. Así por ejemplo, **en el Perú** y en los países del common law, el estatuto personal **está regido por la ley del domicilio**, en tanto en Europa continental – Francia, Alemania, **España**, Italia, etc.- **la ley aplicable es la ley nacional**. Esta diversidad de conexión puede dar origen a dos clases de conflicto: positivos y negativos.

En el primero de los casos, cada una de las reglas de conexión en presencia da competencia a su propia ley. Tal sería el caso del estatuto personal de un francés domiciliado en el Perú, el cual estaría regido, en virtud de la ley de conexión nacional, por la ley material peruana, como la ley de su domicilio; mientras que en virtud de la regla de conexión francesa, la ley materia aplicable sería la ley gala, por ser su ley nacional. (...) ¹⁷ (Subrayado nuestro)

En igual situación la propia sentencia del Tribunal Constitucional expresa esa dicotomía en el Derecho Internacional Público:

(...) ha de señalarse que el legislador peruano ha determinado que la “ley peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la Republica”. Esta norma, que desarrolla el principio de territorialidad en aplicación de la Ley peruana es correlato directo del principio de soberanía en su manifestación jurídica. ¹⁸

Podemos apreciar que la Ley Orgánica del Poder Judicial Español en su artículo 23 numeral 2) resume esta extraterritorialidad de la justicia penal española:

2. Asimismo conocerá de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, **aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española** con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: (...) (subrayado nuestro)

Los jueces aplicaran únicamente el derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de Derecho Internacional Privado

¹⁷ Cesar Delgado Barreto. No aplicación del Reenvió. Comentando el artículo 2048 del Código Civil: Los jueces aplicaran únicamente el derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de Derecho Internacional Privado. Código Civil Comentado. Tomo X, Gaceta jurídica. Primera edición junio del 2005.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional expediente N° 5761-2009-PHC/TC. Lima. Pisfil García, del 2 de junio de 2010. Fundamento 39.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional recoge la doctrina española para poner paños fríos a esta normativa española:

*“(...) por su parte el Código Penal Español **no hace referencia alguna al principio de territorialidad**; sin embargo su doctrina se ha encargado de precisar que (...) “ **las normas jurídicas penales no poseen un valor absoluto de eternidad o de vigencia ultraterrenal**, sino por el contrario, en el ejercicio del ius puniendi, los estados constitucionalmente definidos como democrático y de derecho, están sometidos a condicionamientos políticos y límites jurídicos que contribuyen especialmente a decantar la realidad normativa de significación típica. Es decir en la determinación del ámbito de aplicación del poder punitivo estatal deben respetarse ciertas reglas evitando la atribución de un poder arbitrario o exorbitante.*¹⁹ (Subrayado nuestro)

2.- Limitaciones a la soberanía absoluta

En principio es cierto que la soberanía debe tener correspondencia con la jurisdicción que la ley les otorga a los órganos judiciales nacionales. Sin embargo, esta interpretación de la legislación española ha tenido varias fricciones provenientes de la propia doctrina que ha ido cuestionando e incluso denominando “imperialismo jurisdiccional” pero a su vez, abriendo una posibilidad de mantener la competencia de la jurisdicción mas allá de sus fronteras, siempre y cuando el país extranjero lo permita:

*Por ello finalmente y antes de pasar a examinar los principios de atribución de la competencia en el orden penal a los órganos jurisdiccionales españoles, hay que tener presente que **la cuestión del ámbito de eficacia internacional del poder punitivo ha de respetar el principio de Derecho internacional conforme al cual ningún Estado puede realizar actos de soberanía en territorio de otro en tanto no haya sido autorizado excepcionalmente para ello**. Por esta razón hay que precisar que la aplicación extraterritorial del Derecho penal regula el poder punitivo estatal a supuestos fácticos que tienen relación con un ordenamiento jurídico -ya sea por el lugar de comisión, la nacionalidad del delincuente o, la nacionalidad del bien jurídico protegido, etc.-, pero no autoriza a ningún órgano de un Estado para que actúe soberanamente en territorio de otro.*²⁰

Este criterio parece ser confirmado también por un autor peruano, el Dr. Víctor Prado Saldarriaga cuando se refiere a la cooperación judicial internacional:

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional expediente N° 5761-2009-PHC/TC. Lima. Pisfil García, del 2 de junio de 2010

²⁰ Ágata M. Sanz Hermida. Extraterritorialidad de la Ley Penal y Jurisdicción. Profesora Ayudante de Derecho Procesal Universidad de Castilla-La Mancha. El artículo puede ser visto en: <http://www.uclm.es/area/procesal/Extraterritorialidad.htm>

Puede identificar hasta dos formas distintas de colaboración. **Por un lado, la que brinda y ejecuta una autoridad nacional para la aplicación del derecho penal de un Estado extranjero.** Pero también, la que consiste únicamente en la tolerancia de la actuación de las personas designadas por un Estado extranjero en territorio nacional. (...) **la primera modalidad de colaboración corresponde a una cooperación activa,** mientras que la segunda expresa una forma de **cooperación pasiva.**

(...)

Este privilegio hacia el derecho interno del Estado requerido es, por lo demás, coherente con la propia naturaleza jurídica de la colaboración, la cual representa, sobre todo, un acto de solidaridad entre Estados soberanos.²¹
(Subrayado nuestro)

Incluso el propio Tribunal Constitucional relativiza la soberanía al establecer que determinados delitos de gravedad internacional pueden limitar la soberanía:

*Todo ello en virtud a que resulta manifiestamente inconstitucional el juzgamiento de nacionales por autoridades jurisdiccionales extranjeras, si los hechos presuntamente ilícitos han ocurrido dentro de nuestro país, **máxime si no ocurre ningún supuesto habilitante para la activación de la jurisdicción universal.***²²

En otro párrafo igualmente vuelve a insistir sobre esta restricción a la soberanía:

(...) La única excepción a dicho principio se encuentra establecida en el artículo 205º de nuestra Constitución que faculta, a quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución misma reconoce, a recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según Tratados o Convenios de los que el Perú es parte.²³

Tal parece que el Tribunal Constitucional aceptaría tal intromisión de la soberanía si es habilitada por una jurisdicción universal o la habilitada por los propios Tratados que los Estados suscriban soberanamente. Estos hechos desde ya relativizan el concepto de “soberanía” que pretende llamar la atención en forma altisonante el TC en las dos sentencias que comentamos.

²¹ Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Cooperación judicial internacional en materia penal: el estatuto de roma y la legislación nacional. Publicado en: http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/per/sp_per-mla-autres-icc.pdf

²² Sentencia del Tribunal Constitucional expediente N° 5761-2009-PHC/TC. Lima. Pisfil García, del 2 de junio de 2010

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional expediente N° 5761-2009-PHC/TC. Lima. Pisfil García, del 2 de junio de 2010, fundamento 31.

IV.- LA SOBERANÍA, LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA: UNA ADECUADA CONJUGACIÓN.

1.- La soberanía y la jurisdicción en el TC

La soberanía es un concepto que efectivamente es invulnerable por otro Estado y la jurisdicción es una correspondencia de aquel.

Sobre el concepto de la Soberanía, el Tribunal Constitucional le ha dedicado un extenso análisis, aquí solo un resumen de ello:

Una de las manifestaciones de la soberanía, es aquella que se denomina soberanía político – territorial, que **consiste en el ejercicio del poder pleno, exclusivo y excluyente del que dispone un Estado sobre el territorio, pueblo y bienes materiales e inmateriales que se encuentran dentro de sus fronteras; derivándose de ello que, por sobre el orden jurídico nacional, no puede existir ni reconocerse voluntad ajena ni superior al Estado mismo**, que interfiera en su propia organización política ni jurídica. Consecuentemente, el Estado se encuentra en la obligación de cumplir con el deber de “... *defender la soberanía nacional, garantizando la plena vigencia de los derechos humanos...*” (STC 00001-2009-PI/TC, fundamento jurídico 134).²⁴ (Subrayado nuestro)

En igual medida ha merecido atención la jurisdicción:

*Así, cuando el artículo 138º de la Constitución Política del Perú establece que **la potestad de impartir justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial** a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes, **ello tiene como consecuencia inmediata que ningún órgano, organismo o entidad que represente o que sea parte de algún poder estatal distinto al peruano y que, por ende, sea ajeno a la estructura jerarquizada de órganos jurisdiccionales que conforman el Poder Judicial peruano**, pueda interferir en el ejercicio de sus funciones, o vincular o condicionar la actuación de estos.*²⁵ (Subrayado nuestro)

En esta parte queremos resaltar que el Tribunal Constitucional valora inmejorablemente la función del Poder Judicial cuando la defiende ante los fueros de otros países; pero en lo interno la ninguna; lo que nos muestra una esquizofrenia jurídica como veremos más adelante.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional expediente N° 5761-2009-PHC/TC. Lima. Pisfil García, del 2 de junio de 2010. Fundamento 29.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional expediente N° 5761-2009-PHC/TC. Lima. Pisfil García, del 2 de junio de 2010. Fundamento 31.

2.- La correlación entre jurisdicción y competencia.

El Tribunal Constitucional no ha tenido el mismo interés en desarrollar los conceptos de competencia que también es un tema que debió ser abordado en la sentencia y que consideramos es el lado vulnerable de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Permítasenos en este nivel recurrir a Cesar San Martin Castro para una definición en la correlación Jurisdicción y competencia:

*La competencia, precisamente, en cuanto medida de la jurisdicción, es la esfera de la jurisdicción de la cual está investido el singular órgano judicial, la parte de poder jurisdiccional que cada órgano puede ejercer. **Considerada desde un aspecto objetivo, es la esfera de jurisdicción de que está investido un órgano jurisdiccional; bajo un aspecto subjetivo (es decir, contemplando al juez como a uno de los sujetos de la relación procesal), es la capacidad de un determinado órgano jurisdiccional para tomar conocimiento de una causa.***²⁶ (Subrayado nuestro)

España ha recurrido al Estado peruano para solicitarle el apoyo de su aparato jurisdiccional en el combate del delito, que es un acto de solidaridad internacional. Ante ese requerimiento la entidad que debía responder en el Perú, era el Poder Judicial como ente autónomo para aceptar o denegar este requerimiento. Sin embargo antes que se produzca tal decisión oficial, el Tribunal Constitucional Peruano ya se encontraba cuestionando la actividad jurisdiccional del Poder Judicial Peruano anulando de esta manera su actividad competencial.

Es claro que esta actuación resulta una vulneración al artículo 138 de la Constitución que señala:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

Esta observación competencial ha sido avasallada por el Tribunal Constitucional e incluso ha sido advertido (en el primer proceso), por uno de los Magistrados del Tribunal el Dr. Vergara Gotelli en su voto discordante:

*Por ello es que no se trata de una indebida atribución del Juez Baltasar Garzón pues conforme a su carta rogatoria no está ordenando a ninguna autoridad peruana que haga o deje de hacer lo que los accionantes expresan en la demanda constitucional, pues una Carta Rogatoria de un Juez Extranjero en este caso para que ejecute el Juez Peruano una cautelar no tiene más sentido que un pedido para tal objeto **pudiendo el Juez requerido desacatar el contenido de dicha carta en aplicación del aludido tratado explicando la imposibilidad del cumplimiento de dicha carta***

²⁶ Cesar San Martin Castro. Derecho Procesal Penal. Volumen I. Edit. Grijley, Pag. 116

rogatoria por las razones que motivadamente tendría que decir el juez del Perú que en este caso no lo ha hecho.²⁷ (Subrayado nuestro)

En el segundo proceso igualmente la Sala Civil ha dejado señalado, que no existe decisión alguna judicial que se pretenda controlar, por lo que declara improcedente el Amparo:

*La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la apelada y por mayoría declaró improcedente la demanda al considerar que no existe resolución judicial alguna respecto de la cual se pueda otorgar tutela constitucional.*²⁸ (Subrayado nuestro)

Resulta sorprendente que el Tribunal Constitucional asuma la voz del Poder Judicial, sometiéndola a una curatela. El Tribunal Constitucional podía controlar la actuación judicial sobre el requerimiento del Reino Español cualquiera sea ésta, pero no asumir su decisión en una franca agresión institucional.

3.- Activismo del Tribunal Constitucional que puede afectar la propia Constitución

El argumento que ha llevado al Tribunal Constitucional tomar esa postura activista se aprecia de la propia sentencia:

*Siendo ello así y conforme al mandato contenido en el artículo 38º de la Constitución, es obligación del Tribunal Constitucional respetar, defender y hacer cumplir el ordenamiento jurídico nacional, su organización jurisdiccional, y las normas que establecen o delimitan la competencia establecida por ley para conocer procesos en las diferentes materias del derecho.*²⁹

Nos parece que con este argumento vacía de contenido la función tan importante que desarrolla también el Poder Judicial. El Tribunal Constitucional ubica al Poder Judicial en una lamentable situación de minusvalía constitucional. Porque la deja huérfana en la autonomía para decidir sus funciones y facultades constitucionales.

En esta medida, para pacificar este conflicto advertido, quiero recoger la doctrina construida por Cesar Landa, ex magistrado del TC, sobre los objetivos del Tribunal Constitucional y la relación con el Poder judicial:

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional expediente N° 5761-2009-PHC/TC. Lima. Pisfil García, del 2 de junio de 2010. Voto Discordante del Dr. Vergara Gotelli. Fundamento 7.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional expediente N° 1750-2011-PA/TC. Lima. Urtecho Jara, del 15 de diciembre del 2011.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional expediente N° 5761-2009-PHC/TC. Lima. Pisfil García, del 2 de junio de 2010. Fundamento 33.

*Legitimidad judicial del Tribunal Constitucional solo es posible de obtener en el proceso de control constitucional de los actos normativos de los poderes públicos y privados*³⁰

Más adelante Cesar Landa añade:

*Desde una perspectiva del Derecho constitucional y judicial se pretende articular constitucionalmente a ambas jurisdicciones. Ello, en aras de la legitimidad constitucional de las sentencias que, sobre derechos y libertades, resuelvan tanto el referido Tribunal Constitucional como el Poder Judicial, pese a los límites de la intervención de los poderes públicos y privados.*³¹

En relación a la competencia y su vinculación con la jurisdicción concordamos con Enrique Bernaldes que al referirse a la independencia del Poder Judicial sostiene:

*(...) se debe entender que la independencia del Poder Judicial no solamente debe ser un bien redactado precepto constitucional. Antes bien, es en el ejercicio concreto de la función jurisdiccional, en el manejo autónomo de la estructura orgánica y, fundamentalmente, en la autonomía de decisión de los magistrados, donde se comprueba si efectivamente existe independencia. **La Constitución es clara al establecer que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ni interferir en el ejercicio de las funciones del órgano jurisdiccional.** Esto quiere decir que cualquier interferencia constituye delito, y, por tanto, los jueces están habilitados para denunciar aquellos actos que signifiquen presión para emitir un fallo en tal o cual sentido.*³² (Subrayado nuestro)

4.- El debido procedimiento en la Cooperación Judicial Internacional

El debido procedimiento al que se somete el Estado Peruano autónomamente es el siguiente:

Los actos de cooperación judicial internacional, entre ellos la asistencia judicial, se encuentran regulados sistemáticamente en el Libro Séptimo del Código Procesal Penal, vigente desde el 1 de febrero de 2006.

Tales disposiciones **designan como Autoridad Central en cooperación judicial, a la Fiscalía de la Nación,** la que a través de la Unidad de Cooperación Judicial Internacional y Extradiciones, centraliza las consultas, coordinaciones y habilita el trámite nacional e internacional de una petición activa o pasiva para nuestro país. (...) **Recibida la solicitud, la Autoridad**

³⁰ Cesar Landa. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Segunda Edición. Palestra. Lima, Noviembre del 2003. Pag. 602.

³¹ Cesar Landa. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Segunda Edición. Palestra. Lima, Noviembre del 2003. Pag. 727

³² Enrique Bernaldes Ballesteros. La Constitución de 1993. Análisis comprado. Quinta Edición. Setiembre 1999. ICS. Pag. 640

Central, teniendo en cuenta las reglas de competencia, **la remitirá al Juez llamado por ley, quien emitirá la resolución de admisión y ejecutará el pedido siempre que no sea contrario al ordenamiento jurídico peruano.** Cumplido el diligenciamiento, el Juez cursará las actuaciones a la Autoridad Central para su remisión al Estado requirente.³³

El propio Tratado de Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República del Perú y el Reino de España, artículo XVIII regula la Autoridad Central de este proceso:

- 1 **Para los efectos del presente Tratado, la Autoridad Central es, respecto de la República del Perú, el Ministerio Público, y del Reino de España, es el Ministerio de Justicia-Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional.**
- 2 *Las Autoridades Centrales deberán transmitir y recibir las peticiones de asistencia judicial y las respuestas según este Tratado.*
- 3 *Las Autoridades Centrales de los dos Estados establecerán comunicación directa entre ellas*

En consecuencia, el Poder Judicial es la entidad que decide finalmente si una cooperación judicial internacional está conforme al Tratado, a nuestro ordenamiento jurídico nacional y al ordenamiento jurídico del país requirente.

Internamente el Código Procesal Peruano establece en su artículo 529 los motivos al que puede recurrir el Poder Judicial para denegar una cooperación judicial internacional.

1. Podrá denegarse, asimismo, la asistencia cuando:
 - a) El imputado hubiera sido absuelto, condenado, indultado o amnistiado por el delito que origina dicha solicitud;
 - b) El proceso ha sido iniciado con el objeto de perseguir o de castigar a un individuo por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, ideología o condición social;
 - c) La solicitud se formula a petición de un tribunal de excepción o Comisiones Especiales creadas al efecto;
 - d) Se afecta el orden público, la soberanía, la seguridad o los intereses fundamentales del Estado; y,
 - e) La solicitud se refiera a un delito tributario, salvo que el delito se comete por una declaración intencionalmente falsa, o por una omisión intencional, con el objeto de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito.

³³ Estas reflexiones pueden apreciarse en la página web de la Organización de Estados Americanos que resume el trámite de cooperación judicial internacional: http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/per/sp_per_MAR_JUR_MLA.pdf

2. En las solicitudes de asistencia previstas en el literal h) del numeral 1) del artículo 511 se requiere que el hecho que origina la solicitud sea punible en los dos Estados.

Considero que el Tribunal Constitucional no debe quedar inerte en esos espacios, sino que su labor debe ser de control constitucional de los actos que realicen las entidades estatales autónomas respetando la Constitución; pero lo que no debería hacer es tomar una decisión por el Estado peruano, cuando esta función le corresponde finalmente al Poder Judicial.

5.- Recuperando los fueros del Poder Judicial

Es importante también que el Poder Judicial recupere sus fueros en este tema tan importante; y nos ha parecido interesante que, recientemente, a través de su página web el Poder Judicial se encuentre difundiendo la temática de la cooperación judicial internacional. El texto es bastante llamativo para recuperar su liderazgo:

Con el propósito de facilitar información sobre los principales instrumentos internacionales aplicables a la Cooperación Judicial Internacional, el Poder Judicial peruano incorporó dentro de su portal institucional un link sobre este tema.

(...)

La trascendencia de este link "Cooperación Judicial Internacional" está vinculada a que no se limita a proveer de información a todos los usuarios del sistema a nivel nacional, sino que constituye el primer espacio en nuestro país que integra todo lo relacionado a la Cooperación Judicial Internacional, en una iniciativa que coincide con la lucha contra la criminalidad organizada y contribuye con todos los actos de cooperación judicial.³⁴

Estas reflexiones constituyen un acercamiento a este tema tan interesante y que debiera pensarse como conjugar la soberanía y sus limitaciones para no definir soberanías territoriales absolutas a la usanza de los orígenes del estado moderno. Pero a su vez es necesario atender la defensa de bienes jurídicos internacionales donde juega un rol preponderante cada Estado en un ánimo de solidaridad mundial.

Uno de estos elementos distorsionadores es la criminalidad organizada que traspasa fronteras sin obtener previa visa, y en esta amenaza los órganos de justicia deben de actuar en esferas que respeten la democracia, el estado de derecho, debido proceso, respeto de los derechos fundamentales, entre otros.

³⁴ Puede apreciarse ese comunicado de prensa en: <http://historico.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=19396&opcion=detalle>