

Lima, 29 de enero de 2018

Señor:

EDUARDO FERRER MC GREGOR POISOT

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Pte.

De mi consideración:

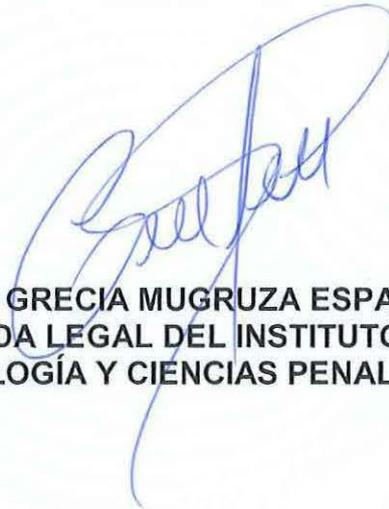
Reciba un cordial saludo a nombre del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. El motivo de la presente es presentarnos ante el digno Tribunal que usted preside y remitirle en documento adjunto nuestro dictamen jurídico en calidad de Amicus Curiae, respecto de las gracias presidenciales otorgadas al ciudadano peruano Alberto Fujimori Fujimori y su compatibilización con el ordenamiento jurídico peruano y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el marco de la etapa de supervisión de cumplimiento de las sentencias de Barrios Altos y La Cantuta. Cabe señalar que el referido dictamen se encuentra suscrito por el Prof. Dr. Nicolás Gonzáles-Cuéllar Serrano, jurista de reconocida trayectoria internacional y actualmente adscrito a nuestra institución.

Consideramos que la presentación del referido documento permitirá a vuestro digno Tribunal contar con una opinión que servirá para enriquecer la discusión y debate jurídico en torno al tema en cuestión, introduciendo nuevos elementos de análisis previamente a emitir una decisión.

Finalmente, en atención a que el Prof. Dr. Nicolás Gonzáles-Cuéllar Serrano ha sido invitado a participar de actividades académicas en el Colegio de Abogados de San José en Costa Rica -en calidad de expositor-, entre los días 30 de enero de 2018 y 04 de febrero del 2018, solicitamos que se conceda a nuestra institución el uso de la palabra en la audiencia a desarrollarse el día 02 de febrero de 2018 en la etapa

de supervisión conjunta del cumplimiento de las sentencias Barrio Altos y La Cantuta, con la finalidad de que el jurista que suscribe el dictamen jurídico que se aporta, pueda exponer oralmente el contenido y conclusiones del mismo.

Atentamente,



GRECIA MUGRUZA ESPADÍN
APODERADA LEGAL DEL INSTITUTO PERUANO DE
CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES - INPECCP

EL INDULTO Y LA GRACIA CONCEDIDOS A ALBERTO
FUJIMORI FUJIMORI POR EL PRESIDENTE DE LA
REPÚBLICA DE PERÚ ANTE EL DERECHO INTERNO E
INTERNACIONAL

Dictamen emitido
por el Prof. Dr. D. Nicolás González-Cuéllar Serrano,
Catedrático de Derecho Procesal
de la Facultad de Ciencias Sociales de Toledo, Universidad de
Castilla-La Mancha.

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES
 - A) FÁCTICOS
 - B) LEGISLACIÓN PERUANA SOBRE EL *INDULTO* Y LA *GRACIA*
- II. OBJETO DE LA CONSULTA
- III. FUNDAMENTO DE LA OPINIÓN
 - A) CONSIDERACIONES GENERALES
 - 1.- Precisiones metodológicas sobre el *indulto* y de la *gracia*
 - a) Definiciones
 - b) Antecedentes históricos
 - c) Clasificación
 - d) Concepto y naturaleza jurídica
 - 2.- Fundamento jurídico del perdón presidencial
 - B) EL CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO CONSTITUCIONAL SOBRE EL PLAZO DE *INSTRUCCIÓN* PARA EL OTORGAMIENTO DE LA *GRACIA*
 - C) EL *PERDÓN* ANTE LOS DERECHOS HUMANOS
 - 1.- El *indulto* y la *gracia* ante los delitos de Derecho Internacional
 - a) El *perdón* en el nacimiento y la evolución del Derecho Penal Internacional.
 - b) La jurisprudencia de la CIDH y su incidencia en el *indulto* y la *gracia* otorgados a Alberto Fujimori
 - 1'.- La obligación de persecución penal
 - 2'.- El *derecho a la verdad*
 - 2.- El *indulto* y la *gracia* como medidas para la tutela de la dignidad humana
- IV. CONCLUSIONES

Nicolás González-Cuéllar Serrano, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha, a solicitud del INSTITUTO PERUANO DE CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES, emite el siguiente DICTAMEN, acerca del *Indulto* y la *Gracia* concedidos a Alberto Fujimori por el Presidente del República del Perú el 24 de diciembre de 2017, conforme a los Antecedentes, Objeto de consulta y Fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinales que seguidamente se expresan.

I. ANTECEDENTES

A) FÁCTICOS



1.- El 11 de diciembre de 2017 el Ex Presidente de la República de Perú Alberto Fujimori estaba cumpliendo una pena privativa de libertad de veinticinco años de prisión que le fue impuesta por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de 7 de abril de 2009 (caso "*Barrios Altos y La Cantuta*") -Exp. N° A.V 19.2001-), al haber sido condenado por los delitos de i) secuestro agravado; ii) lesiones graves; y iii) homicidio cualificado. Dichos delitos fueron calificados en la citada sentencia condenatoria como *crímenes contra la humanidad* (f. 717).

La sentencia condenatoria contra el antiguo mandatario había sido dictada después de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH en lo sucesivo) hubiera considerado la Leyes de Amnistía n° 26479 de 14 de junio de 1995 y 28 de junio de 1995 y n° 26492 contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José el 22 de noviembre de 1966 y carentes de efectos jurídicos en las Sentencias de 14 de marzo de 2001, en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, y de 29 de noviembre de 2006, en el caso *La Cantuta vs. Perú*.

2.- a) En la Sentencia del caso *Barrios Altos vs. Perú* la CIDH había decidido, entre otros extremos:

"(...)

3. *Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, que éste incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados en el punto resolutivo 2 de esta Sentencia.*

4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.

5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables.

(...)"

b) La Sentencia de la CIDH del caso La Cantuta dispuso, entre otros pronunciamientos:

"(...)

9. "El Estado debe realizar inmediatamente las debidas diligencias para completar eficazmente y llevar a término, en un plazo razonable, las investigaciones abiertas y los procesos penales incoados en la jurisdicción penal común, así como activar, en su caso, los que sean necesarios, para determinar las correspondientes responsabilidades penales de todos los autores de los hechos cometidos en perjuicio de Hugo Muñoz Sánchez, Dora Oyague Fierro, Marcelino Rosales Cárdenas, Bertila Lozano Torres, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Juan Gabriel Mariños Figueroa y Felipe Flores Chipana, en los términos del párrafo 224 de la Sentencia. Con el propósito de juzgar y, en su caso, sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas, el Estado debe continuar adoptando todas las medidas necesarias, de carácter judicial y diplomático, y proseguir impulsando las solicitudes de extradición que correspondan, bajo las normas internas o de derecho internacional pertinentes, en los términos de los párrafos 224 a 228 de la Sentencia".

3.- Como consta en la sentencia condenatoria de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú de 7 de abril de 2009, la privación de libertad de Alberto Fujimori comenzó el 7 de noviembre de 2005, fecha en la que fue detenido en Chile, como consecuencia de la solicitud de extradición formulada al efecto por la República de Chile. No obstante estuvo en situación de libertad provisional bajo fianza desde el 18 de junio de 2006 hasta el 22 de septiembre de 2006. Su condena finalizaba el 10 de febrero de 2032.

4.- Alberto Fujimori había sido condenado en otras ocasiones —entre 2007 y 2015- por delitos de peculado y corrupción, si bien las penas que le fueron impuestas quedaron absorbidas en la condena más grave que le había impuesto la sentencia referida en el punto 1.

5.- Antes de obtener la gracia presidencial, Alberto Fujimori se encontraba procesado en *caso Pativilca-Carraqueño* (Sala Penal Nacional, Exp. N° 649-2011) en el que se le había atribuido el homicidio de seis personas en 1992, presuntamente efectuado por el Grupo Colina, un destacamento militar declarado responsable de *crímenes contra la humanidad* en la sentencia condenatoria del ex Presidente de 7 de abril de 2009.

Los hitos procedimentales del citado caso, relevantes para nuestro informe, se exponen seguidamente.

1'.-A través de Disposición Fiscal de fecha 15.11.11 la Primera Fiscalía Penal Supraprovincial de Lima resolvió formalizar denuncia penal en contra de Alberto Fujimori y otros por la presunta comisión de los delitos:

1''.- contra la vida el cuerpo y la salud – homicidio calificado, a título de autor mediato, en agravio de Jhon Gilber Calderón Ríos, César Olimpio Rodríguez Esquivel, Toribio Joaquín Ortiz Aponte, Pedro Agüero Rivera, Ernesto Nieves Arias Velásquez, Felandro Castillo Manrique.

2''.- contra la tranquilidad pública – asociación ilícita, a título de autor, en agravio del Estado Peruano.

2'.- Con fecha 5 de junio de 2012 el Tercer Juzgado Penal Supraprovincial resolvió:

1''.-Abrir instrucción por la vía ordinaria por homicidio calificado de seis pobladores de Pativilca en contra de 24 personas, entre ellos Alberto Fujimori.

2''.- Dictar mandato de comparecencia simple en contra de todos los procesados.

3''.-Trabar embargo preventivo sobre los bienes de los procesados.

4''.- Solicitar la ampliación de la extradición activa de Alberto Fujimori y otros, reservándose la fecha y hora de sus declaraciones

instructivas y el señalamiento de bienes libres y actuaciones procesales en cuanto a los citados, hasta los resultados del requerimiento a efectuar a dichos países.

3'.- Con fecha 9 de noviembre de 2012 la Tercera Fiscalía Penal Supraprovincial emitió Dictamen N° 54-2012 a través del cual solicitó que se declare complejo el proceso. Con fecha 17 de diciembre de 2012 el Tercer Juzgado Penal Nacional emitió resolución a través de la cual declaró compleja la causa.

4'.- Con fecha 31 de enero de 2013 el Tercer Juzgado Penal Nacional emitió requerimiento de ampliación de extradición activa a la República de Chile, contra Alberto Fujimori, como presunto autor mediato del delito contra la vida el cuerpo y la salud en la modalidad de homicidio calificado, en agravio de seis pobladores de Pativilca.

5'.- Con fecha 3 de julio de 2013 el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional emitió la solicitud de ampliación de Extradición Activa, por nuevos hechos tipificados como (delito contra la vida, y el cuerpo y la Salud en la modalidad de homicidio calificado en agravio de seis pobladores de Pativilca y por delito contra la tranquilidad pública en la modalidad de asociación ilícita).

6'.- Con fecha 3 de septiembre de 2013 la Secretaría de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema emitió Oficio Nro. 4866-2013-S-SPPCS, a través del cual informó a la Coordinadora de la Sala Penal Nacional que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia declaró procedente a solicitud de extradición activa N° 64-2013, formulada por el Tercer Juzgado Penal Nacional ante las autoridades judiciales de la República de Chile.

7'.- Con fecha 11 de noviembre de 2013 el Tercer Juzgado Penal Nacional emitió el Informe Final, a través del cual se pronunció respecto de la instrucción llevada a cabo, indicando que concluyeron el periodo ordinario y ampliatorio.

8'.- Con fecha 5 de junio de 2017 la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile emitió resolución a través de la cual resolvió acceder a la ampliación de la extradición por delitos de homicidio calificado y asociación ilícita.

6.- El 11 de diciembre de 2017 Alberto Fujimori solicitó, por motivos humanitarios, el *indulto* respecto a la condena que se encontraba cumpliendo y la *gracia* respecto al proceso penal del caso Pativilca. Con dicha solicitud Alberto Fujimori subsanaba los

defectos de una petición previa, con el mismo fin, efectuada con anterioridad, el 29 de noviembre.

El Establecimiento Penitenciario Barbadillo, en el que Alberto Fujimori se encontraba recluso, en su Informe de Condiciones Carcelarias de fecha 12 de diciembre de 2017, asevera que por la edad avanzada del interno y sus diversas dolencias, el establecimiento carece de los servicios necesarios para la atención médica, lo que había supuesto que en reiteradas oportunidades el recluso hubiera de ser trasladado evacuado a un centro de salud con las condiciones necesarias para el tratamiento.

Por Informe de la Junta Médica designada para el reconocimiento del peticionario, de 17 de diciembre de 2017, ampliado el 19 del mismo mes y año, se recomienda el indulto por razones humanitarias.

El pronóstico efectuado por la Junta Médica es el siguiente:

“Debido a que el paciente padece de una enfermedad no terminal grave, pero que es progresiva, degenerativa e incurable, y además que las condiciones carcelarias significan un grave riesgo a su vida, salud e integridad.

La reclusión es condicionante de la disminución del sistema inmunológico el cual agrava negativamente para el control de la enfermedad neoplásica pudiendo ser causa de nueva recidiva”.

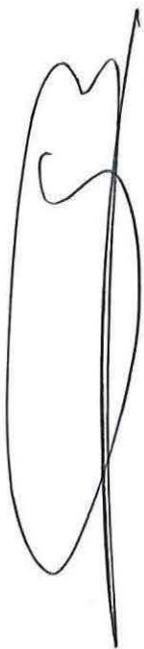
En el Expediente n° 00235-2017-JU/CGP la Comisión de Gracias Presidenciales recomienda el *indulto* y la *gracia* pedidos por Alberto Fujimori.

7.- El 24 de diciembre de 2007 el Presidente de la República de Perú concedió el indulto y gracia solicitados por Alberto Fujimori en la Resolución Suprema 201-2017-JUS, cuyo contenido es el siguiente¹:

Lima, 24 de diciembre de 2017 VISTO, el Informe del Expediente N° 00235-2017-JUS/CGP de fecha 24 de diciembre de 2017, con recomendación favorable de la Comisión de Gracias Presidenciales; y, CONSIDERANDO: Que, el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; Que, el inciso 1 del artículo 2 y el artículo 7 de la Constitución Política del Perú consagran el derecho a la vida, a la integridad personal y a la protección de la salud, como derechos fundamentales de la persona humana; Que, los incisos 8 y 21 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú facultan al Presidente de la República a dictar resoluciones, conceder indultos, conmutar penas y ejercer el derecho de gracia; Que, el indulto es la potestad del Presidente de la República para adoptar la renuncia al ejercicio del poder punitivo del Estado respecto de

¹ El Peruano. Normas Legales. Domingo, 24 de diciembre de 2017.

los condenados, pudiendo otorgarse por razones humanitarias; Que, el literal b) del numeral 6.4 del artículo 6 del Decreto Supremo N° 004-2007-JUS, modificado por el artículo 5 del Decreto Supremo N° 008-2010-JUS, norma de creación de la Comisión de Gracias Presidenciales y el literal b) del artículo 31 del Reglamento Interno de la Comisión de Gracias Presidenciales, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 0162-2010-JUS, disponen que se recomendará el indulto y derecho de gracia por razones humanitarias, entre otros, cuando el interno padece de una enfermedad no terminal grave, que se encuentre en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable; y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad; Que, el 11 de diciembre de 2017, el interno ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI solicitó gracias presidenciales por razones humanitarias; asimismo, mediante el Oficio N° 058-2017-INPE/18-239-salud, de fecha 18 de diciembre de 2017, el Director del Establecimiento Penitenciario Barbadillo remitió dicha solicitud a la Secretaría Técnica de la Comisión de Gracias Presidenciales, para el trámite correspondiente; Que, el Acta de Junta Médica Penitenciaria, de fecha 17 de diciembre de 2017, ampliada con fecha 19 de diciembre de 2017, señala como diagnóstico del interno: fibrilación auricular paroxística con riesgo moderado de tromboembolismo, hipertensión arterial crónica con crisis hipertensivas a repetición que han merecido atención de emergencia y evacuación, cardiopatía hipertensiva de grado leve – moderado, insuficiencia mitral, hipotiroidismo sub clínico, cáncer de lengua tipo carcinoma epidermoide medianamente invasivo intervenido quirúrgicamente hasta en seis oportunidades con riesgo de recidiva, trastorno depresivo en tratamiento farmacológico, hipertrofia benigna prostática grado II, insuficiencia periférica vascular y hernia lumbar de núcleo pulposo L2 – L3; por lo que, por el estado actual del paciente, dicha Junta Médica recomienda el indulto por razones humanitarias; Que, asimismo, el Informe Social N° 01-2017-INPE/18- 239-S.S., de fecha 04 de diciembre de 2017, indica que el interno se encuentra delicado de salud, con diagnóstico médico de un cáncer de alto riesgo en la cavidad bucal; asimismo, refiere que dicho estado le impide el desarrollo normal de sus actividades cotidianas, su dolencia le limita la fluidez de una pronunciación correcta. Refiere también que de modo continuo recae en un estado de postración por depresión de la que se recupera de forma momentánea, por la atención médica y psiquiátrica que recibe; por lo que, el mencionado informe opina favorablemente a la solicitud del interno, debido a razones humanitarias; Que,; Que, de lo glosado en los precitados documentos, se establece que el interno ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI, se encuentra comprendido en el supuesto señalado en el literal b) del numeral 6.4 del artículo 6 del Decreto Supremo N° 004-2007-JUS, modificado por el artículo 5 del Decreto Supremo N° 008-2010-JUS, norma de creación de la Comisión de Gracias Presidenciales, pues se trata de una persona que padece de una enfermedad no terminal grave, que se encuentra en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable; y que además las condiciones carcelarias en el Establecimiento Penitenciario Barbadillo, colocan en grave riesgo su vida, salud e integridad; Que, en el presente caso, la gravedad de la enfermedad se configura como un argumento en el que se justifica la culminación de la ejecución penal que conlleva la gracia, sin sacrificar los fines de la pena constitucionalmente reconocidos, toda vez que se trata de un caso excepcional de una persona con enfermedad no terminal grave, lo que determina que la continuidad de la persecución penal pierda sentido, sin que ello afecte el ejercicio de las demás acciones orientadas a la restitución del perjuicio ocasionado; Que, asimismo, la Comisión de Gracias Presidenciales, ha determinado en el



Informe del Expediente N° 00235- 2017-JUS/CGP que, siendo que la exigibilidad de la ejecución completa de las penas impuestas al solicitante Alberto Fujimori Fujimori, a sus 79 años de edad y dada la condición de salud que muestra deterioro y vulnerabilidad, el citado solicitante no significaría un peligro para la sociedad y, por el contrario, dicha exigencia podría representar un daño irreparable a su derecho fundamental a la integridad física o, incluso, a su vida, por lo que, debe primar el principio y derecho a la dignidad humana, sin que ello signifique una aceptación o validación de su accionar o una eliminación de la reprochabilidad moral y social de los delitos; en ese sentido, la citada Comisión recomienda la concesión del indulto y derecho de gracia por razones humanitarias; que hace que esta persona no está en capacidad de recibir sanción De conformidad con lo dispuesto por los incisos 8) y 21) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú; el Decreto Supremo N° 004-2007-JUS, modificado por el artículo 5 del Decreto Supremo N° 008-2010-JUS, norma de creación de la Comisión de Gracias Presidenciales; y, el literal b) del artículo 31 del Reglamento Interno de la Comisión de Gracias Presidenciales, aprobado por Resolución Ministerial N° 0162-2010-JUS; SE RESUELVE: Artículo 1.- Conceder el INDULTO Y DERECHO DE GRACIA POR RAZONES HUMANITARIAS al interno del Establecimiento Penitenciario Barbadillo, ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI, respecto de las condenas y procesos penales que a la fecha se encuentran vigentes. Artículo 2.- La presente Resolución Suprema es refrendada por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos. Regístrese, comuníquese y publíquese. PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD Presidente de la República ENRIQUE JAVIER MENDOZA RAMÍREZ Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

B) LEGISLACIÓN PERUANA SOBRE *INDULTO Y GRACIA*

La *Constitución de la República de Perú*² establece que corresponde al Presidente de la República:

“conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria”.

Más adelante, el art. 139.13 establece el principio de prohibición de procesos fenecidos con resolución ejecutoriada y atribuye a la amnistía, al indulto y al sobreseimiento definitivo efecto de *cosa juzgada*.

El *Código Penal*³ de Perú (en adelante, CP) atribuye a la *gracia* y al *indulto* el efecto de la extinción de la pena y de la acción penal, respectivamente.

El art. 85 del CP dispone que la ejecución de la pena se extingue:

² Promulgada el 29 de diciembre de 1993, en vigencia desde el 31 de diciembre de 1993 (El Peruano, 31 de diciembre de 1993).

³ Decreto Legislativo N° 635. Promulgado el 3 de abril de 1991 (El Peruano, 8 de abril de 1991).

1.- *“Por muerte del condenado, amnistía, indulto y prescripción”.*

Conforme al art. 89 del CP, relativo a los efectos de la *amnistía* y el *indulto*:

“La amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el permanente silencio al respecto.

El indulto suprime la pena impuesta”.

El art. 79 del CP; sobre *“causales de extinción de la acción penal”*, añade:

“La acción penal se extingue:

1. Por muerte del imputado, prescripción, amnistía e indulto”.

Más adelante, el art. 178-A del mismo texto legal, en su último párrafo, en relación con los delitos de *“violación de la libertad sexual”*, condiciona el *“derecho de gracia del indulto y de la conmutación de la pena”* a un informe médico y psicológico que se pronuncie sobre la evolución del tratamiento terapéutico del condenado.

El **Código Procesal Penal**⁴ de Perú (en lo sucesivo, CPP) hace referencia al indulto en diversos preceptos.

Según el art. 518. 2 del CPP, relativo a la extradición:

“La extradición no tendrá lugar, igualmente: a) Si el Estado solicitante no tuviera jurisdicción o competencia para juzgar el delito; b) Si el extraditado ya hubiera sido absuelto, condenado, indultado, amnistiado o sujeto a otro derecho de gracia equivalente”

Por su parte, el art. 529.1 del CPP, incluido en la regulación de la asistencia judicial internacional, prevé:

“Podrá denegarse, asimismo, la asistencia cuando: a) El imputado hubiera sido absuelto, condenado, indultado o amnistiado por el delito que origina dicha solicitud;

Y el art. 541 del CPP, relativo al traslado de personas condenadas, dispone:

“El Perú, cuando acepte el traslado del condenado extranjero, mantendrá jurisdicción exclusiva sobre la condena 145 impuesta y cualquier otro

⁴ Decreto Legislativo N° 957. Promulgado el 22 de julio de 2004 (El Peruano, 29 de julio de 2004).

procedimiento que disponga la revisión o modificación de las sentencias dictadas por sus órganos judiciales. También retendrá la facultad de indultar o conceder amnistía o remitir la pena a la persona condenada”.

La duración de la investigación preparatoria se regula en el art 342, en cuyo

“3. Se considera proceso complejo cuando: a) requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; e) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; f) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o, g) deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

Por su parte el Código de Procedimientos Penales de 1940⁵, aplicable en el caso *Pativilca*, establece, respecto al plazo de la instrucción, en su art. 202:

“El plazo de la Instrucción será de cuatro meses salvo distinta disposición de la ley. Excepcionalmente, a pedido del Ministerio Público o si lo considera necesario el Juez, a efecto de actuarse pruebas sustanciales para el mejor esclarecimiento de los hechos, dicho plazo puede ser ampliado hasta en un máximo de 60 días adicionales, poniéndose en conocimiento del Tribunal Correccional, correspondiente, mediante resolución debidamente fundamentada. En el caso de procesos complejos de la materia; por la cantidad de medios de prueba por actuar o recabar; por el concurso de hechos; por pluralidad de procesados o agraviados; por tratarse de bandas u organizaciones vinculadas al crimen; por la necesidad de pericias documentales exhaustivas en revisión de documentos; por gestiones de carácter procesal a tramitarse fuera del país; o en los que sea necesario revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado, el Juez de oficio mediante auto motivado podrá ampliar el plazo a que se refiere el párrafo anterior hasta por ocho meses adicionales improrrogables bajo su responsabilidad personal y la de los magistrados que integren la Sala Superior.

Existen disposiciones específicas de prohibición de indulto, como la relativa a los condenados por secuestro extorsivo, que se contiene en el art. 2º de la **Ley n° 28760** que modifica los arts. 147º, 152º y 200º del CP y el art. 136º del CPP y señala las normas a las que se sujetarán los beneficios penitenciarios en el caso de sentenciados por delito de secuestro extorsivo:

⁵ Ley N° 9024, promulgada el 23 de noviembre de 1939.

“No procede el indulto, ni la conmutación de pena a los condenados por los delitos de secuestro y extorsión. Tampoco el derecho de gracia a los procesados por tales delitos”⁶.

Mediante el Decreto Supremo 008-2010-JUS, se unificaron cuatro comisiones que se encontraban adscritas al Ministerio de Justicia y se encargaban de evaluar y proponer el otorgamiento de *indultos* y *gracias*, que eran la Comisión Permanente de Calificación de Indulto (normada por el Decreto Ley N° 25993); la Comisión Especial de Alto Nivel, encargada de calificar y proponer al Presidente de la República, en forma excepcional, la concesión del derecho de gracia a los internos procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria (creada por Ley N° 26329); la Comisión de Indulto, Derecho de Gracia y Conmutación de Penas (normada por la Ley N° 27234) y la Comisión de Indulto y Derecho de Gracia por Razones Humanitarias y Conmutación de la Pena (creada por Decreto Supremo N° 004-2007-JUS). La unificación se efectuó mediante absorción de la última Comisión citada de las demás y cambió de denominación de la misma, que pasó a llamarse Comisión de Gracias Presidenciales. Además el Decreto Supremo 008-2010-JUS dio nueva redacción a varios artículos del Decreto Supremo 004-2007-JUS, entre ellos los arts. 3 y 6.

El art. 3 del Decreto Supremo 004-2007-JUS regula la conformación de la Comisión:

“La Comisión de Gracias Presidenciales está integrada por cinco (5) miembros de los cuales cuatro (4) serán designados por Resolución Ministerial del Ministro de Justicia y uno (1), en representación del Despacho Presidencial, será designado por Resolución Ministerial del Presidente del Consejo de Ministros. La preside uno de los miembros designados por el Ministro de Justicia. La Comisión se encuentra adscrita al Ministerio de Justicia y reporta sus actividades al Despacho Ministerial”.

Y su art. 6 sus competencias:

“6.1. Las concesiones de indultos, conmutación de la pena y el ejercicio del derecho de gracia constituyen atribuciones constitucionales exclusivas del Presidente de la República cuyo otorgamiento es excepcional, sin perjuicio del refrendo ministerial correspondiente.

6.2. La Comisión de Gracias Presidenciales es competente para evaluar y proponer el otorgamiento de:

⁶ La Ley 28704 prohíbe el indulto y la gracia en el caso de violación de menores de 18 años y el Decreto Legislativo 1181 en caso de sicariato.

- *Indulto común;*
- *Indulto por razones humanitarias;*
- *Gracia común;*
- *Gracia por razones humanitarias; y,*
- *Conmutación de la pena.*

Asimismo, es competente para ejercer las atribuciones y funciones a las que alude el artículo 2 de la Ley N° 27234 - Ley que asigna funciones y atribuciones al Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia."

Conforme al art. 4 del mismo Decreto Supremo:

"Autorízase al Ministerio de Justicia a convocar a un profesional médico para recibir su opinión especializada sobre las solicitudes de indulto y derecho de gracia por razones humanitarias".

Por su parte el art. 5 dispone:

"La Comisión de Gracias Presidenciales no dará trámite a las solicitudes de los procesados o condenados por delitos a los que por ley expresa se ha excluido de la gracia del indulto, derecho de gracia y conmutación de penas."

El Reglamento de la Comisión de Gracias Presidenciales se aprobó Resolución del Ministro de Justicia 06162-2010-JUS, de 13 de julio de 2010, en cual se regulan la competencia, organización y funcionamiento de dicho organismo.

Sus funciones son, según el art. 6:

- a) *"Conocer, evaluar y calificar las solicitudes de gracias presidenciales.*
- b) *Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Justicia, mediante el correspondiente informe, la concesión de gracias presidenciales"*

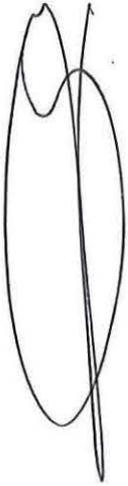
El art. 8 del referido instrumento normativo somete a la Comisión al principio de objetividad:

"En la formulación de las propuestas para la concesión de gracias presidenciales, la Comisión actúa y opina apreciando, con criterio objetivo, los elementos aportados y los obtenidos con arreglo a sus atribuciones" (art. 8).

Sus informes deben consignar sucintamente las razones que sustenten su recomendación y la conclusión (art. 9).

La solicitud y la tramitación de las "*gracias presidenciales*" se regula en los arts. 16 a 40 del Reglamento. Entre las normas aplicables conviene destacar la previsión del rechazo de plano de la solicitud en caso de incumplimiento de los requisitos constitucionales y legales (art. 17).

Las medidas de *indulto* y *gracia por razones humanitarias* tan sólo pueden ser recomendadas en los siguientes casos, previstos por el art. 31 del Reglamento:

- 
- "a) *Los que padecen enfermedades terminales.*
 - b) *Los que padecen enfermedades no terminales graves, que se encuentren en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable; y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad.*
 - c) *Los afectados por trastornos mentales crónicos, irreversibles y degenerativos; y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad".*

II. OBJETO DE LA CONSULTA

Por parte del Instituto solicitante del dictamen se nos pide que demos contestación a las siguientes cuestiones, relativas a la concesión del *indulto* y *gracia* a Alberto Fujimori por el Presidente de la República de Perú.

A) DE LA NATURALEZA Y REGULACIÓN DE LAS GRACIAS PRESIDENCIALES EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL PERÚ: INDULTO Y DERECHO DE GRACIA.

1. ¿Las *gracias presidenciales* constituyen una institución de aplicación potestativa por parte del Presidente de la República en el Derecho Comparado y en Perú? (Naturaleza jurídica).
2. ¿El otorgamiento de *gracias presidenciales*, como atribución del Presidente de la República (Poder Ejecutivo), se encuentra sujeto a control por parte de las instituciones que representan los otros dos poderes del Estado: poder judicial y poder legislativo?
3. ¿La atribución presidencial de otorgamiento de *gracias presidenciales* se configura como una obligación de otorgamiento a la verificación del

cumplimiento de los requisitos establecidos o existe un margen de discrecionalidad del Presidente de la República?

4. ¿Cuál es el efecto jurídico del reconocimiento constitucional de la atribución de otorgamiento de *gracias presidenciales* frente a una prohibición establecida por organismos internacionales que limiten su otorgamiento?. ¿Es admisible dicha prohibición?
5. En la tipología de *gracias presidenciales*, ¿las de tipo humanitario podrían prohibirse a través de una norma de rango infra constitucional?
6. ¿Para admitir una prohibición de las *gracias presidenciales* de tipo humanitario sería necesario una prohibición específica y expresa o bastaría con una prohibición general?
7. ¿A efectos de garantizar el cumplimiento de la finalidad de un *indulto humanitario*, resulta razonable y justificado el otorgamiento de *derecho de gracia* a la misma persona que se encuentra en el momento del otorgamiento, con un proceso penal en curso y que cumple los requisitos correspondientes?

B) DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL *INDULTO* EN LA CONDENA POR EL PROCESO PENAL DE *BARRIOS ALTOS* Y *LA CANTUTA* Y EL *DERECHO DE GRACIA* EN EL PROCESO PENAL RECAÍDO EN EL EXPEDIENTE 649-2011, *CASO PATIVILCA*, CONTRA ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI.

1. ¿La aplicación de la gracia presidencial de *indulto humanitario* en el Perú implica un impedimento para la investigación, juzgamiento o sanción de delitos?
2. ¿El otorgamiento de gracias presidenciales de carácter humanitario colisiona con algún instrumento internacional o al contrario resulta compatible con algún instrumento internacional del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario?
3. ¿El otorgamiento de la *gracia presidencial* de *indulto humanitario* en el Perú a una persona que ha cumplido la mitad de la pena privativa de libertad impuesta, implica un impedimento para la sanción a esta persona o la supresión o eliminación de los efectos de su sentencia condenatoria?

- 
4. ¿El otorgamiento del *derecho de gracia* en el Perú requiere la verificación de un exceso de duración de la instrucción y además el exceso de carcelería por dicho lapso?
 5. ¿Es posible el otorgamiento de *derecho de gracia* en el Perú a una persona privada de libertad por cumplimiento de una condena anterior, respecto de la cual se ha excedido en más del doble el plazo de instrucción en su contra por un subsecuente proceso?
 6. ¿El efecto jurídico del otorgamiento de *derecho de gracia* en el Perú, puede oponerse en una audiencia de control de acusación como causal de sobreseimiento del proceso?
 7. ¿El cómputo del plazo para contabilizar el lapso en que se encuentra procesada una persona debe iniciarse desde que se emite el auto de apertura de instrucción en su contra o desde que se comunica a las autoridades peruanas la resolución de ampliación de extradición que autoriza su juzgamiento por los hechos por los cuales se abrió instrucción?
 8. Si se ha emitido auto de apertura de instrucción contra una persona y sin embargo se señala en éste que se suspende la recepción de su declaración hasta una fecha posterior, ¿debe entenderse como una suspensión de los plazos de instrucción?

III. FUNDAMENTO DE LA OPINIÓN

A) CONSIDERACIONES GENERALES

1.- Precisiones metodológicas sobre el *indulto* y la *gracia*

a) Definiciones

Conforme al Derecho peruano, el *indulto* y la concesión de *gracia* son potestades del Presidente de la República, como máxima autoridad del Poder Ejecutivo, para exceptuar, en determinados casos, la aplicación o el ejercicio del *ius puniendi* que el Estado ejerce a través del Poder Judicial⁷. Mediante el *indulto* se deja sin efecto, total o parcialmente, o se sustituye por otra menos grave (*conmutación*), la sanción penal impuesta por el Poder Judicial por la comisión de un delito. Con la *gracia* se pone fin, sin enjuiciamiento del hecho supuestamente punible, a un proceso penal ya iniciado.

⁷ El art. 118 de la Constitución de la República de Perú.

Institución distinta es la *amnistía*, mediante la cual se otorga el perdón respecto a hechos punibles enmarcados en determinadas coordenadas de espacio, tiempo y modo que se aplican con carácter general para una pluralidad de personas, con independencia de que han sido ya condenadas, sometidas a proceso o no. En Perú el Presidente de la República carece de la potestad de promulgar *amnistías* por su propia autoridad, que han de ser promulgadas por el Congreso.

Quedan, así, definidas las categorías del *indulto* y la *gracia* propias del derecho peruano de un modo que forzosamente resulta más preciso que el que se deriva del significado de los términos *indulto* y *gracia* en el lenguaje común, en el cual *perdón*, *indulto* y *gracia* son sinónimos⁸. Dicha distinción terminológica, obviamente, no tiene por qué coincidir con el significado que los mismos términos reciben en otros ordenamientos iberoamericanos, en los que la evolución de las mismas expresiones, a través del Derecho histórico hasta la actualidad, puede haber sido distinta, de forma que normativamente *perdón*, *gracia* e *indulto* sean utilizados como sinónimos o con peculiares matices en cada país (incluso en la legislación peruana se observa que ciertas disposiciones emplean la expresión *gracia* en un sentido genérico, equivalente a perdón, incluso como sinónimo de indulto).

b) Antecedentes históricos

Como es sabido, el *poder de perdonar* surge de forma coetánea al *poder de castigar* en la noche de los tiempos y se muestra presente prácticamente en todas las culturas y sistemas jurídicos, que conocemos desde el Código de Hammurabi⁹. Diríase que *sanción* y *castigo* constituyen las dos caras de la misma moneda: perdona el que previamente puede efectuar el reproche; libera del castigo quien tiene capacidad para imponerlo. Centrándonos en los cimientos de la cultura Occidental, encontramos el perdón ya en la antigua Grecia y también en Roma, a través de diversas fórmulas durante la monarquía, la república y el imperio¹⁰. En la Alta Edad Media se aplicó por los visigodos y se recogió en la Baja Edad Media en distintos textos legales, como el Fuero Juzgo¹¹, el Fuero Real¹² y las Leyes de Estilo¹³. En las Partidas, sin duda el texto legal castellano de mayor importancia en la Edad Media y Moderna, se define el *perdón*¹⁴, se distingue entre

⁸ Según el Diccionario de la Lengua Española gracia (del latín *gratia*) en su cuarta acepción significa "*perdón o indulto*".

⁹ Cfr. KATHLEEN, DEAN MOORE, "Justice, mercy, and the public interest", Oxford University Press, New York, 1989, p. 15.

¹⁰ Véase IRENE HERRERO BERNABÉ, "Antecedentes históricos del indulto", Revista de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia, n° 10, 2012, pp. 687 y ss.

¹¹ Ley 13 Título preliminar y Ley 7, Título I, Libro VI.

¹² 1.2, 1.

¹³ Leyes 38, 39, 126, 141 y 224.

¹⁴ Séptima Partida. Título. 2. De los Perdones. "*Misericordia, et merced, et gracia, et perdón et justicia, son bondades que señaladamente deben haber en sí los emperadores, et los reyes et los otros grandes*

*perdón general y particular*¹⁵, se establecen sus efectos¹⁶ y se enuncia la diferencia entre *misericordia, merced y gracia*¹⁷. Entre otros textos legales, la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805)¹⁸ incluyeron en su articulado las leyes sobre la materia aprobadas a lo largo del tiempo por los monarcas españoles. Por su parte, la Recopilación de las Leyes de Indias (1680) en su Libro III, Título III, Ley 27, incluyó la disposición de Felipe III de 1614 que atribuyó a “los Virreyes del Perú y Nueva España” el poder de:

“perdonar los delitos y excesos cometidos en sus respectivas provincias en los casos en los que el Rey pueda hacerlo, y librar despachos necesarios para que las justicias no procedan contra los culpables en lo criminal, reservando a los interesados su derecho en lo civil”.

También reguló el indulto la primera Constitución liberal española de la historia¹⁹, la aprobada en Cádiz en 1812, bajo el asedio de las tropas napoleónicas, previa a la emancipación de los países americanos pertenecientes a la Corona española y en cuya elaboración intervinieron no pocos juristas del nuevo mundo. Su art. 171. 13ª atribuyó al Rey el poder de indultar “conforme a las leyes”. Si los monarcas hispánicos, hasta entonces, habían ejercido el poder de perdonar tan sólo limitados -aparentemente²⁰- por

señores que han de juzgar et de mantener las tierras. Onde pues que en los titulos ante deste fablamos de la justicia que deben facer contra los que caen en los yerros, queremos aquí decir que los perdones et las mercedes, et de las misericordias que deben haber algunas vegadas contra los que yerran, perdonándolos la pena que merecen sufrir según sus fechos”. Ley I. “Perdón tanto quiere decir como quitar et perdonar a home de la pena que debía recibir por el yerro que había fecho (...)”.

¹⁵ Ley I. Título 32. Séptima Partida.

¹⁶ Ley II. Título 32. Séptima Partida. <<Qué proviene al al home por el perdón que le face el rey>>. *“Perdonan a las vegadas los reyes a los homes las penas que les deben dar por los yerros que habían fecho. Et si tal perdón ficiere ante que den la sentencia contra ellos, son por ellos quitos de la pena que debían recibir, et cobran su estado, et sus bienes, bien así como los habían enante, fueras ende quanto a la fama de la gente que gelo retraeran, maguer lo perdone el rey. Pero i el perdón lo ficiere después que fueren juzgados, entonces que son quitos de la pena que debían haber en los cuerpos por ende; pero los bienes nin la honra nin la fama que perdieron por aquel juicio que fue dado contra ellos, non los cobran por tal perdón, fueras ende si el rey dixiese señaladamente quando los perdonaba, que les mandaba entregar en lo suyo tornar en el primero estado; ca entonces lo cobrarían todo”.*

¹⁷ Ley III. Título 32. Séptima Partida. <<Que departimiento ha entre misericordia, et merced et gracia>>. *“Misericordia, et merced et gracia como quiere que algunos homes cuidan que son una cosa, pero departimiento hay entre ellas; ca misericordia es propiamente quando el rey se mueve por piedad de si mismo a perdonar a alguno la pena que debía haber doliendose del vegendal cuitado o malandante, o por pietat que ha de sus fijos o de su compañía. Et merced es perdón que el rey face a otri por merescimiento del servicio que fizo a quien perdona o aquellos de quien descendió; et es como manera de galardón. Et gracia no es perdonamiento, mas es don que face el rey a alguno que con derecho se podría excusar de lo facer si quisiere. Et como quier que los reyes deben ser firmes en mandar cumplir la justicia; pero pueden et deben usar a las vegadas destas tres bondades de misericordia, et de merced et de gracia”.*

¹⁸ Libro 12. Título 42.

¹⁹ Dejamos al margen el Estatuto de Bayona de 1808, por ser un texto legal impuesto por Napoleón tras la invasión de la España peninsular.

²⁰ La Novísima Recopilación contiene una curiosa ley sobre indulto, en la que el soberano prohíbe la obediencia a sí mismo en caso de incumplimiento de su mandato cuya modificación por sí mismo prohíbe, creando así la consiguiente paradoja jurídica.

sus propias disposiciones, el Estado liberal restringía el poder de la monarquía y lo sometía a los requisitos fijados por la ley, emanada del Congreso. Se sustituía, así, en la Constitución liberal gaditana, una concepción teocrática del poder del perdón, atribuido al soberano por la gracia divina -de la que se pensaba que emanaba su poder absoluto-, por un nuevo paradigma de explicación de la potestad desde la soberanía nacional y observancia de la ley²¹.

Fue la contenida en la Constitución de Cádiz de 1812 la última disposición común sobre el indulto aplicable a los territorios americanos bajo soberanía española. Más tarde, los distintos Estados que proclamaron su independencia proyectaron sobre sus esquemas constitucionales la antigua institución del *perdón* de una forma muy similar a la que resulta generalizada en las democracias occidentales dimanantes de las grandes revoluciones liberales del inicio de la Edad Contemporánea²².

La primera de las grandes revoluciones liberales fue la estadounidense, para su emancipación de la corona británica. En su Constitución -art. 2- luce la tradicional prerrogativa de *perdón* de los monarcas ingleses, atribuida al Presidente, con poder para *exonerar o perdonar* delitos de forma absolutamente discrecional y con la única excepción del *impeachment* (restricción que ya establecía el derecho inglés)²³.

c) Clasificación

Hecha la anterior advertencia sobre la diferenciación entre *indulto* y *gracia* en el Derecho peruano y efectuada una breve sinopsis de los antecedentes históricos de la institución en los países de tradición jurídica hispánica, estamos en condiciones de profundizar en nuestro análisis, mediante una catalogación de las diversas figuras que podemos encontrar dentro del *indulto*, en atención a diversos criterios:

- i) por su *ámbito objetivo*, los indultos pueden ser totales o parciales, como anteriormente se adelantó;
- ii). por su *ámbito subjetivo*, pueden ser *particulares* o *generales*;
- iii) por su *alcance*, pueden ser *puros* o *condicionados*;

²¹ Véase JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, "Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español", Historia constitucional (revista electrónica), n2, <http://hc.rediris.es/02/index.html>.

²² Un amplio estudio del perdón en los distintos sistemas legales puede encontrarse en ANDREW NOWAK, "Comparative Executive Clemency. The constitutional Pardon Power and the Prerogative of Mercy in Global Perspective", Routledge, Taylor & Francis, 2016.

²³ Véase WILLIAM F. DUKER, "The presidential power to pardon; a constitutional history", William and Mary Law Review, 1977, Vol. 18, n° 3, pp. 475 y ss; RICHARD H. THOMPSON (Coordinator), "The <<president's pardon power and legal effects and collateral consequences", Congressional Research Service, 7-5700, www.crs.gov, R44571, p. 1

- iv) por su *motivación* pueden ser *humanitarios, resocializadores*, dirigidos expresamente a la obtención de cualquier otro fin concreto o expedidos *en abstracto*.

Por su parte el derecho de *gracia* podría incardinarse también en las anteriores categorías, ahora bien, dada la limitación constitucional del derecho de gracia al requisito del transcurso de determinado plazo del proceso penal seguido contra el beneficiario de la medida, su concesión de una forma que no sea individualizada no parece admisible.

d) Concepto y naturaleza jurídica

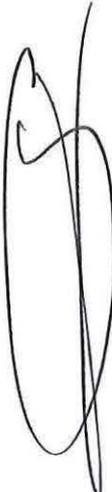
El *indulto* y la *gracia* constituyen en Perú instituciones constitucionales que atribuyen al Presidente de la República el poder discrecional de disponer de las consecuencias del ejercicio de la potestad pública sancionadora propia del Estado -en el caso del *indulto*- o de renuncia de dicha ejercicio -en el supuesto de la *gracia*-, con una finalidad de interés público, constitucionalmente legítima.

Por sus efectos, el *indulto* (cuando es total) y el *derecho de gracia* son actos públicos que, desde un punto de vista jurídico material, extinguen la responsabilidad criminal del sujeto por el delito. En el ámbito procesal el *indulto* (total) da lugar a la no iniciación o finalización de la ejecutoria y la *gracia* constituye una causa de finalización anticipada del proceso penal. A ambas instituciones -*indulto* y *gracia*- la Constitución peruana atribuye el efecto material negativo de la *cosa juzgada* material, lo que impide la revocación posterior de la medida y, por tanto, el renacimiento de la pena o el enjuiciamiento del hecho, respectivamente.

En lo concerniente a la naturaleza jurídica del perdón presidencial que mediante el *indulto* y la *gracia* se dispensan, es claro que se trata de potestades constitucionales de carácter discrecional que se conceden al Presidente de la República.

Tal competencia presidencial es coherente con la atribución de la tarea de la aplicación de la ley al Poder Ejecutivo, en el esquema propio de los Estados nacidos de las revoluciones liberales del inicio de la Edad Contemporánea.

Como potestades constitucionales que son, el *indulto* y la *gracia* se encuentran sometidas a la norma suprema que las establece, dentro del Estado de Derecho. Por ello, el otorgamiento de *indultos* y *gracias* -obvio es decirlo- debe ejercerse conforme a la Constitución, lo que implica su sujeción a exigencias jurídicas formales y materiales y su sujeción al control de constitucionalidad.



En cuanto a las exigencias jurídicas al que se somete el ejercicio de la potestad constitucional del *perdón*, no sólo son aplicables las expresamente previstas en la Constitución, sino también las que implícitamente se derivan de la intrínseca prohibición de la utilización de instituciones de la Norma Fundamental para vulnerar sus mandatos, la cual conduciría a la paradoja del soberano que ordena no obedecer sus mandatos y resultaría equivalente a una *práctica autolítica* que acabaría con el Estado de Derecho. Las Constituciones, en definitiva, pueden establecer requisitos formales al otorgamiento del *perdón* y, en todo caso, exigen -tanto si lo expresan como si no- que su empleo se realice, no como manifestación de un *poder arbitrario* de quien lo concede y un *regalo* para quien lo recibe, sino como medio para salvaguardar un *interés público constitucionalmente legítimo*. En contraste con la concepción *graciosa* del *perdón real* en el derecho inglés, Oliver Wendell Holmes escribió en 1927 que el *indulto* “cuando se concede, es la decisión de la autoridad suprema de que el bienestar público será servido de mejor manera mediante un castigo menor que el impuesto en sentencia”²⁴.

Tales exigencias -formales y materiales- son susceptibles del control de constitucionalidad. En Perú el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de ocuparse de la cuestión en dos ocasiones, sobre las que resulta necesario dar cuenta.

En la sentencia de 8 de diciembre de 2007, *caso Jalilie Awapara*, el Alto Tribunal consideró que el *perdón presidencial* no se encuentra exenta de control jurisdiccional, lo que sucede cuando su otorgamiento vulnera exigencias constitucionales:

“En este orden de ideas, siendo el control jurisdiccional de la constitucionalidad de todos los actos, una clara consecuencia de la supremacía constitucional, no puede afirmarse que la sola existencia de la potestad presidencial de conceder la gracia impida ejercer un control por parte de las autoridades jurisdiccionales, máxime si, como se advierte de la resolución cuestionada, son también razones de orden constitucional las que motivaron la decisión de no aplicarla”.

En el caso enjuiciado, el tribunal penal ante el que se tramitaba el proceso trancado por la concesión de la *gracia* la había rechazado y, en lugar de declarar el sobreseimiento, había continuado su sustanciación, al entender predominante el interés de persecución penal. Sobre tal punto, el Tribunal Constitucional peruano manifestó:

“Y es que, en efecto, parece haber un conflicto entre la potestad presidencial de conceder el derecho de gracia, (artículo 118 de la Constitución) y las razones esgrimidas por la sala emplazada para dejar de aplicar la misma (todas ellas de orden constitucional). Al respecto, no puede soslayarse el hecho de que, tanto como las razones humanitarias que inspiran la concesión de la gracia

²⁴ Biddle vs. Perovich 274 US 486. Véase, sobre la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de EEUU del caso U.S. vs Wilson 32 U.S. 150 (1833), KATHELLEN DEAN MOORE, op. cit., pp. 63 a 65.

presidencial como los fines preventivo generales de las penas que se pretende proteger a través de la persecución penal gozan de cobertura constitucional.

Y es que, tal como lo ha señalado este Tribunal, no sólo la función preventivo especial de la pena tiene fundamento constitucional (artículo 139, inciso 22 de la Constitución), sino también sus funciones preventivo generales, las que derivan del deber estatal de "(...)proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia(...)" (artículo 44° de la Constitución) y el derecho fundamental a la seguridad personal (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución) en su dimensión objetiva. (Cfr. Exp. N.º 0019-2005-PI/TC fund 38-40). En consecuencia, las penas, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica en favor del bienestar general".

Así pues, el máximo intérprete de la Constitución peruana efectúa el control de constitucionalidad de la *gracia* presidencial, tomado en consideración el *interés de persecución penal* como valor constitucional. Resulta, así, que en Perú se reconoce que la potestad presidencial no sólo se condiciona al respeto de requisitos formales, sino también de exigencias materiales, en línea con el planteamiento general que anteriormente se ha expuesto. En concreto, acerca de los requisitos de uno y otro tipo, en relación con la concesión de *gracia*, sostiene el Alto Tribunal:

"Es claro que constituyen límites formales de la misma, los requisitos exigidos de manera expresa en el artículo 118, inciso 21 de la Constitución, a saber: 1) Que se trate de procesados, no de condenados 2) Que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. 3) Aparte de los requisitos ya mencionados, cabe señalar la necesidad de refrendo ministerial (artículo 120 de la Constitución).

En lo referente a los límites materiales de la gracia presidencial, es de señalarse que en tanto interviene en la política criminal del Estado, tendrá como límites el respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas, a saber fines preventivo especiales (artículo 139, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44 de la Constitución y de la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales. (Cfr. Exp. N.º 019-205-PI/TC). Asimismo, el derecho de gracia, en tanto implica interceder ante alguno o algunos de los procesados en lugar de otros, debe ser compatibilizado con el principio-derecho de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado".

Vemos, pues, que los condicionantes materiales de la *gracia* se derivan de una comprensión del valor constitucional del fin de la pena, sino también de su conexión con el principio de igualdad, que -como es sabido- prohíbe la discriminación entendida como dispensa de trato desigual de situaciones iguales. Inmediatamente a continuación, la sentencia aborda a justificación de la gracia otorgada por *motivos humanitarios*:

“En este sentido, la gracia presidencial deberá ser concedida por motivos humanitarios, en aquellos casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornarían inútil una eventual condena, desde un punto de vista de prevención especial.

Por el contrario, la concesión de la gracia presidencial en un caso en el que la situación del procesado no sea distinta a la de los demás procesados y no existan razones humanitarias para su concesión, será, además de atentatoria del principio de igualdad, vulneratoria de los fines preventivo generales de las penas constitucionalmente reconocidos, fomentando la impunidad en la persecución de conductas que atentan contra bienes constitucionalmente relevantes que es necesario proteger”.

En aquel caso se consideró por el Tribunal Constitucional que un cáncer en un ojo era motivo justificado para la concesión de la *gracia*. Por ello, aunque la resolución que había otorgado la *gracia* no había sido motivada, se consideró que la medida era constitucional. No obstante, el Tribunal consideró pertinente efectuar la siguiente advertencia:

“Queda claro, sin embargo, que de cara a futuros casos en los que pueda cuestionarse medidas que supongan el otorgamiento de la gracia presidencial, deberá tomarse en cuenta la necesidad de que toda resolución suprema que disponga dicho beneficio, tenga que aparecer debidamente motivada a los efectos de que, en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado”.

Concluye así, la resolución constitucional objeto de análisis con la expresa incorporación al ordenamiento peruano de obligaciones formales y materiales en el ejercicio de la potestad de *perdón* que imponen un exigente marco jurídico para evitar la arbitrariedad, en el cual la obligación de motivación supone un elemento fundamental.

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano de 25 de enero de 2011, *caso Crousillat*, recordó que la potestad presidencial se encuentra “*revestida del máximo grado de discrecionalidad, lo que no significa que se trate de una potestad que pueda ser ejercida sin control jurisdiccional y con la más absoluta discrecionalidad. (...) Así cabe recordar que para el caso de la gracia presidencial este tribunal Constitucional ha establecido límites de índole constitucional (cfr. Expte N° 4053-2007-PHC/TC)*”. Añade la sentencia:

“Ello no es sino consecuencia de la irradiación de la Constitución y su fuerza normativa en todo el ordenamiento jurídico. De este modo, para que un acto del poder público sea constitucionalmente válido no solo debe haber sido emitido

conforme a las competencias propias sino ser respetuoso de los derechos fundamentales, principios y valores constitucionales. Así, por ejemplo, resulta exigible un estándar mínimo de motivación que garantice que éste no se haya llevado a cabo con arbitrariedad. Ello implica que si bien el indulto genera efectos de cosa juzgada, lo cual conlleva la imposibilidad de ser revocado en instancias administrativas o por el propio Presidente de la República, cabe un control jurisdiccional excepcional a efectos de determinar la constitucionalidad del acto.

En suma, la decisión de indultar a un condenado genera cosa juzgada y como tal es inimpugnable y por tanto, irrevocable administrativamente, e impide la posterior persecución penal por los mismos hechos. Sin embargo, ello no obsta que pueda ser objeto excepcionalmente de anulación en sede jurisdiccional. Naturalmente dicho control no versa sobre la conveniencia o no del indulto, pues ello resulta una materia reservada a la propia discrecionalidad del Presidente de la República, sino sobre su constitucionalidad”.

En esta última sentencia el Tribunal Constitucional afirma que el Presidente de la República no podía por sí mismo revocar el indulto que había concedido, pero no accede a las pretensiones del recurrente, por considerar nulo el indulto obtenido mediante engaño, lo que supone la posibilidad de su privación de efectos por la justicia constitucional:

“Siendo la razón por la que se decidió conceder el indulto al favorecido el grave estado de salud en el que presuntamente se encontraba, y, como ha quedado demostrado, el error en que incurrió era de tal magnitud que se encontraba justificada en el caso la anulación del indulto, la demanda no puede ser estimatoria. Y es que si, como se ha expresado líneas arriba, el error no puede generar derecho, un indulto concedido bajo un error tan grave sobre el estado de salud torna en puramente aparente la motivación en la que se sustenta el mismo. Por tanto, la presente sentencia no solo declara que la resolución suprema cuestionada fue emitida por una autoridad incompetente, sino que el indulto es nulo, por las razones expuestas. En este sentido, la presente es en puridad una sentencia desestimatoria.

Finalmente, no obstante que la presente sentencia es desestimatoria, este Tribunal Constitucional considera necesario reiterar que, dado que la facultad presidencial de indulto genera efectos de cosa juzgada, su revocación por el propio Presidente del República resultaba jurídicamente inviable, sin perjuicio de que aquél pueda ser controlado jurisdiccionalmente. De ahí que el indulto precise siempre de un estándar mínimo de motivación que posibilite un control constitucional”.

Así pues, el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia que, en lo esencial a los efectos del presente dictamen, se acaba de transcribir, reitera que la discrecionalidad en la concesión del *perdón* no es arbitrariedad y que la *pedra de toque* de la diferencia se encuentra en la *motivación* de la decisión. La discrecionalidad es “*de máximo grado*”, pero no “*absoluta*”. El canon de enjuiciamiento es la “*constitucionalidad*” de la medida. Dado que su “*conveniencia*” no es controlable, se colige que el objeto de revisión será la

persecución de un fin de interés público constitucionalmente legítimo, que la motivación exteriorice.

Poco después, en la sentencia de 11 de noviembre de 2011, sobre la constitucionalidad de la ley 28704 que prohibió el indulto, la gracia y otras medidas para condenados por agresión sexual a menores, el Tribunal Constitucional -si bien un argumentación efectuada *obiter dictum*- advirtió que la motivación del perdón presidencial había de ser más rigurosa cuanto mayor fuera el desvalor del delito de que se tratara y -con el mismo carácter de elemento fundamentador de la resolución no constitutivo de la razón para decidir- hizo referencia a la jurisprudencia de la CIDH acerca de la obligación de los Estados de perseguir y sancionar los delitos de lesa humanidad, que comprende -como luego veremos- una *prohibición relativa* de los indultos, la cual no incluye los otorgados por motivos humanitarios.

2.- Fundamento jurídico del indulto y de la gracia

La potestad pública discrecional de disposición del *ius puniendi* atribuida al Poder Ejecutivo que se manifiesta en el *indulto* y en la *gracia* ha sido calificada frecuentemente como una excepción al principio del *imperio de la Ley*. Dichas figuras han llegado a ser consideradas como un anacronismo generador de arbitrariedad, que habrían de desaparecer por su pretendida incompatibilidad con el principio de separación de poderes²⁵. Entre los más insignes defensores de tal postura, en lengua española, se encuentra Concepción Arenal²⁶. Ello pese a que el mismo padre de dicho principio constitucional, Montesquieu, consideraba positiva la existencia de la institución y que la generalidad de los Estados democráticos de Derecho atribuyen al Poder Ejecutivo, con unos u otros matices, el poder de perdonar las penas y los delitos.

“Las cédulas de indulto -sostenía Montesquieu- constituyen un poderoso resorte en los Gobiernos moderados: la facultad de perdonar que tiene el príncipe puede tener efectos admirables si se usa de ella con prudencia. El principio de Gobierno despótico, que no perdona, y al que nunca se perdona, no tiene estas ventajas”. No obstante, el

²⁵ Véase ANDREW NOWAK, op. y loc., cit.

²⁶ Decía Concepción Arenal, *“el derecho de gracia, en cierta manera, parece un anacronismo. ¿Por qué ha sobrevivido a las circunstancias a que debe su origen? Si no es justo, como esperamos demostrarlo, ¿por qué no ha desaparecido con otras injusticias que no están en armonía con el modo de ser de las sociedades actuales? ¿Por qué existe a la vez en los Estados Unidos de América, en Rusia y en el Japón?”* (...) Para añadir más adelante: *“El testimonio de la Historia, que se invoca a favor del derecho de gracia, depone contra él, puesto que demuestra que se apoya en un falso concepto de la justicia. La justicia no se perdona, no se concede; se aplica cumpliendo un deber, y faltando a él se niega. Suprimiendo de la pena la idea de venganza, debe desaparecer la de perdón. La crueldad de las leyes, razón histórica, y todavía de historia contemporánea, explica el derecho de gracia, puede hacerlo considerar como un expediente, pero nunca como una parte racional de la administración de justicia. ¿Qué idea tiene de ella el legislador que no comprende su realización sin la arbitrariedad? Y que el derecho de gracia es, ha sido, será y tiene que ser arbitrariedad, lo dicen la razón y la experiencia”*. “El derecho de gracia ante la justicia”. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1896. Accesible en http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-derecho-de-gracia-ante-la-justicia--0/html/fe9fe8e-82b1-111df-acc7-002185ce6064_2.html.

mismo autor -más adelante-, tras calificar la clemencia como cualidad distintiva de la monarquía, afirma que “*en la república, cuyo principio es la virtud, no se necesita tanto*”²⁷.

Aunque discutido, en los albores del constitucionalismo contemporáneo, el indulto prevaleció. Como Alexander Hamilton sostuvo en El Federalista, “*el Código Penal de cualquier país contiene tanta severidad necesaria que sin un fácil acceso a excepciones en favor del culpable infortunado, la justicia adquiriría un rostro demasiado sanguinario y cruel*”²⁸. Pocos años después la Revolución Francesa, en la cual suprimió el indulto y la conmutación de penas en 1789, presentó el terrible rostro de El Terror. La potestad de otorgar el perdón fue reestablecida en Francia en 1802 y otorgada a Napoleón como Primer Cónsul²⁹.

Pero, con independencia de los argumentos doctrinales o de Derecho Comparado que pudieran hacerse valer, lo más relevante a efectos de nuestro análisis es que en Perú, como en tantos otros países, la atribución de la potestad de concesión de *indulto* y *gracia* al Poder Ejecutivo se efectúa no desde el terreno de la política o la moral, sino desde el interior del sistema legal propio del Estado de Derecho. Por ello resulta oportuno preguntarse por el fundamento jurídico de tales figuras, que no constituyen meros instrumentos de realización de una determinada política criminal desde fuera del Derecho, sino que se sitúan en su terreno y se regulan por normas jurídicas dictadas por el Poder legislativo, representante de la soberanía popular.

Precisamente, son las Constituciones y las Leyes de los Estados las que conceden -normalmente a los Jefes de Estado y a los Gobiernos- la potestad de *indulto* y *gracia*, porque el Derecho es consciente de la insuficiencia, para la consecución de una justicia real y efectiva en todos los casos, de un esquema simplificado de *norma jurídica* y *razón* y precisa la inclusión de parámetros de *equidad* y *amor*³⁰. Si el Derecho -como instrumento de actuación estatal- pudiera basarse íntegramente en el binomio *norma* y *razón*, en mandatos claros y precisos y en la lógica y las máximas de experiencia, el *indulto* y la *gracia* estarían fuera de lugar, pues no habría necesidad de atender a las exigencias concretas de realización de justicia de carácter excepcional en el caso particular, pues todos los factores relevantes a considerar quedarían comprendidos en el diseño de soluciones prestablecidas en el sistema. Pero tal marco normativo *omnicomprensivo de problemas y soluciones*, ansiado por el Marqués de Beccaría y por planteamientos retribucionistas y utilitaristas confiados en un positivismo jurídico

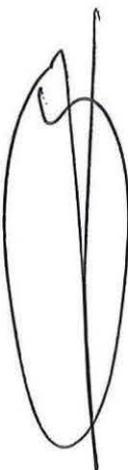
²⁷ “Del Espíritu de las leyes”, Parte I: VI, 16 y VI, 21.. Alianza Editorial, Madrid, 2003, pp. 139 y ss..

²⁸ New York Packet. Jueves, 25 de marzo de 1788. Accesible en <http://constitution.org/fed/federa74.htm>.

²⁹ Cfr. KATHLEEN DEAN MOORE, op. cit., pp. 24 y 25.

³⁰ Véase, sobre amor y Derecho, PAUL KAHN, “EL análisis cultural del derecho”, Gedisa Editorial, Barcelona, 2001, pp. 134 y ss. Para mayor amplitud, acerca de la generalizada incomprensión del significado del amor en las condiciones normativas de la política estatal, del mismo autor, “Putting liberalism in its place”, Princeton University Press, 2008, pp. 218 y ss.

radical³¹, tan ingenuo como peligroso, no ha existido nunca en lugar alguno y -en el hipotético caso de ser posible implantarlo- podría ser encomendado a la decisión de dispositivos automáticos de resolución de conflictos, que harían innecesario contar con el ser humano para la impartición de la justicia. Se trataría, así, de una *justicia inhumana*, por *carente de humanidad* en su realización.



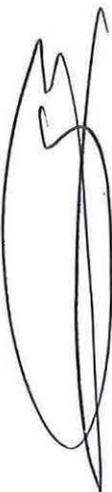
Incluso en el ámbito de la Jurisdicción (ordinaria y más aún en la constitucional) la voluntad se encuentra presente en el ejercicio de la potestad de resolución de los conflictos intersubjetivos y sociales que constituyen su objeto. No sólo por el innegable papel que los prejuicios y sesgos cognitivos producen, ni únicamente porque las contradicciones, lagunas u oscuridades del sistema legal impiden la imposición en muchos supuestos de una solución imposible de reconocer como preestablecida por el sistema, sino también porque la misma norma jurídica aplicable al caso apela a la capacidad volitiva del aplicador al menos en tres situaciones hermenéuticas: i) cuando la disposición jurídica emplea en su supuesto de hecho o consecuencia jurídica conceptos indeterminados que exigen concreción con arreglo a criterios valorativos; ii) cuando la norma atribuye discrecionalidad para elección de soluciones; iii) cuando el Derecho directamente se remite a la equidad³².

Queda así claro que el Derecho -constituido básicamente por normas- gravita en una atmosfera en la que la permanente tensión entre razón y voluntad, entre exigencia de ejecución de mandatos y simultánea necesidad de actuación con amor, situación conflictiva que se resuelve normalmente en el ámbito de la justicia con una sujeción formal al ordenamiento jurídico y una material imposición de la obligación de hacer justicia en aplicación de la Ley y de la Constitución, con respeto a los principios generales y a los criterios de interpretación de la normativa nacional e internacional, conforme los valores superiores del sistema legal y a los derechos humanos.

Ahora bien, por lógicas exigencias derivadas del principio acusatorio y de legalidad en materia punitiva, los jueces penales no deben enfrentarse a conceptos indeterminados susceptibles de ser integrados conforme a su voluntad, ni han de actuar de forma discrecional o conforme a la equidad. Ello aun a costa de la injusticia de su resolución. Precisamente por tal motivo, en un Estado que reconozca la justicia, junto con otros bienes supremos, como valor superior del ordenamiento jurídico, es preciso encontrar una *válvula de escape* que impida que una automática aplicación de la ley general, que prescinda de factores individuales relevantes del caso concreto no contemplados normativamente, prevalezca, como mal irremediable, frente a la más justa

³¹ Véase sobre las distintas corrientes filosóficas acerca del *perdón* KATHLEEN DEAN MOORE, op. cit., pp. 33 y ss.

³² Cfr. Nuestro trabajo "*El derecho de defensa y la marca de Caín*", en "*Legalidad y defensa*" (NICOLAS GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y EDUARDO DEMETRIO CRESPO Dir.), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015



solución que la causa reclama. Tal *válvula de escape* es el *indulto* y la *gracia*, mediante los cuales los valores superiores, justicia, libertad, seguridad prevalecen ante el automatismo en un caso concreto, en atención a circunstancias excepcionales que demandan atemperar la rigurosidad de mandatos generales, a través de decisiones que, por su propia naturaleza, descansan en un juicio de oportunidad, por su naturaleza discrecional, de cuya corrección y acierto sólo pueden derivarse responsabilidades políticas. Y no es a los jueces, sino al Poder Ejecutivo, a quien puede reclamarse una responsabilidad de tal tipo.

Volvamos a la postura de CONCEPCIÓN ARENAL, que consideraba el indulto anacrónico y fuente de arbitrariedad. ¿Cuál era su solución al problema de la posible injusticia material, práctica, que se podría derivar de la ejecución de la sentencia? Pues, en primer lugar, el reconocimiento de la conciencia del juez por encima de la ley en el momento de realización del enjuiciamiento: “*El fallo que se da contra conciencia por atenerse a la letra del Código no es un hecho jurídico, ni siquiera un caso de fuerza mayor, porque no debe haber ninguna que obligue a condenar al mismo que se considera acreedor a indulto*”³³. Así pues, para evitar una supuesta invasión del Poder Ejecutivo de la potestad jurisdiccional, la solución que se ofrece es la sustitución del legislador por el juez, una tiranía judicial que haría tabla rasa, no sólo del principio de separación de poderes, sino también del lugar de ubicación constitucional de la soberanía que pasaría del pueblo a la judicatura. Pero el problema de la ingenua construcción de la -en todo caso- admirable Concepción Arenal no queda ahí. La ilustre escritora y jurista española del siglo XIX, consciente del problema de la incidencia de los hechos posteriores al dictado de la sentencia en la justicia del caso, propone suprimir la *cosa juzgada*: “*Que sólo los tribunales puedan anular lo que los tribunales hacen; que no venga la arbitrariedad del ministro a reírse de la autoridad de la cosa juzgada, pero que la ciencia y la conciencia pública puedan examinarla*”. Se propone, de tal modo, sustituir la garantía de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes por la posibilidad de reconsideración judicial del asunto conforme a un criterio que evoca lo que, muchos años después del fallecimiento de la autora, los nacionalsocialistas denominarían “*sano sentimiento del pueblo*”, que los jueces del *Tercer Reich* habrían de seguir por encima de la ley, como establecería el art. 2 de la SGB nacional-socialista de 1935 y el infame jurista alemán Ronald Freisner defendería con una pasión digna de mejor causa³⁴.

Así pues, la asignación al Presidente de la República de la potestad de concesión de indulto se realiza por la Constitución por la necesidad de asegurar, en el caso concreto, la prevalencia de los valores superiores del ordenamiento jurídico mediante decisiones susceptibles de control de constitucionalidad, si bien necesariamente discrecionales,

³³ Op. y loc cit.

³⁴ “*Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers? Fesselung des Verbrechers oder des Richters? Einiges über das Zweckmäßige Mass der Bindung des Richters am gesetzliche Straftatbestände*”, en Deutsches Strafrecht, 1935, n. 1-2, p. 32.

adoptadas, conforme a la Ley, por una autoridad democráticamente legitimada y políticamente responsable de sus decisiones ante el Poder Legislativo y ante la ciudadanía.

Como sostiene GARCIA MAHAMUTT, en un texto citado por la Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano de 18 de diciembre de 2007:

" (...) la discusión sobre el sentido de la prerrogativa de gracia en el estado moderno no resulta, ni mucho menos, agotada. En este sentido, tanto la obra del legislador en el Derecho comparado como la doctrina ius publicista ponen de relevancia que, tratándose de institutos de rancia tradición histórica que cobraban especial virtualidad en un Estado no Democrático de Derecho, hoy, necesitan de nuevos engarces jurídicos, que, guiados y homologados bajo los principios constitucionales y los valores superiores del ordenamiento jurídico que informan al Estado constitucional social y democrático de Derecho, respondan en términos netos a los fines que guían a la propia comunidad política y que no son otros que la búsqueda y protección de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo"³⁵.

B) EL CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO CONSTITUCIONAL SOBRE EL PLAZO DE INSTRUCCIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE LA GRACIA

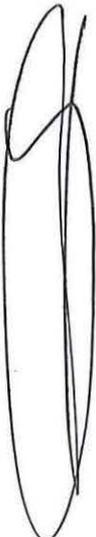
Como en los antecedentes se ha expuesto, la Constitución peruana condiciona la concesión de la *gracia* por el Presidente de la República, expresamente, al cumplimiento del requisito al requisito de una prolongación de la instrucción de la causa más allá del doble de su plazo más su ampliatoria.

¿Qué debe entenderse por "*su plazo*" en la disposición constitucional? Resulta dudoso si la Constitución hace referencia al *plazo común* de la *instrucción*³⁶ o al especial para procesos *complejos* cuando se trate de una causa de tal tipo. En una interpretación de la norma efectuada conforme al principio *favor libertatis* la primera posibilidad hermenéutica habría de ser preferida en el presente caso. Pero la cuestión resulta, a efectos prácticos, indiferente, pues tanto si se toma en consideración el *plazo común* como el *especial por complejidad*, la duración de la instrucción ha sido superior al doble del lapso establecido, más su ampliatoria.

En efecto, en la redacción del art. 202 del Código de 1940 aplicable al *caso Pativilca*, el plazo de la instrucción -calificada como *compleja*- es de cuatro meses, susceptible de ampliación por ocho meses más.

³⁵ ROSARIO GARCIA MAHAMUT, "El indulto, un análisis jurídico constitucional". Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 22.

³⁶ La expresión es propia del Código de 1940 para designar la fase de investigación del delito -atribuida al Juez- y que ha sido sustituida por la investigación preparatoria cuya dirección se asigna al Fiscal en el CPP.



El claro que el inicio del cómputo ha de situarse en el inicio de la instrucción, el 5 de junio de 2012. El plazo inicial es de cuatro meses. El doble son ocho meses. Si el proceso es *común* cabe ampliación por sesenta días. Así pues, de aplicarse la norma general el plazo al que se refiere el art. 118 de la Constitución como condición para el otorgamiento de *gracia* habría vencido en mayo de 2013. Si se interpretara que el citado precepto constitucional impone el plazo del doble del plazo inicial y de la ampliatoria, en su conjunto (lo cual sería una opción hermenéutica contrario al principio de *favor libertatis*), el referido plazo habría finalizado en julio de 2013. Obviamente, en esa fecha el tribunal del *caso Pativilca* todavía no había dado por terminado el plazo máximo de *instrucción* que específicamente le era aplicable, al haber sido declarada la causa *compleja*.

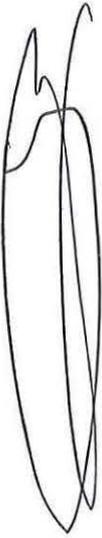
Pasemos ahora del resultado al que conduciría entender que la duración del proceso que constitucionalmente se requiere para el ejercicio de la *gracia* presidencial se determina por la concreta calificación realizada en la causa que se da por finalizada mediante el *perdón*. En tal hipótesis hermenéutica, habría que computar un plazo ampliatorio no de sesenta días, sino de ocho meses, que nos situaría en el día 5 de octubre de 2013, fecha en la cual el órgano judicial instructor no había declarado concluido el periodo ordinario y ampliatorio y no había remitido la causa al órgano de enjuiciamiento.

Dando una última *vuelta de tuerca* en una interpretación contraria al principio *favor libertatis*, nos quedaría por examinar la incidencia en la cuestión del cálculo del doble, no del plazo inicial al que se sumaría la ampliatoria de ocho meses, sino del plazo inicial sumado a los ocho meses. Efectuando así el cómputo, el *dies ad quem*, sería el 5 de noviembre de 2014. Pues bien, en tal hipótesis -que implica considerar exigible un total de treinta y dos meses de *instrucción*-, también se cumpliría el requisito temporal establecido por la Constitución para la concesión de la *gracia*, como seguidamente se explica.

Conforme al art. 1 del Código de 1940, el proceso penal se dividiría en dos etapas. La *instrucción* y el *juicio*. El Tratado de Extradición entre Chile y Perú, suscrito en Lima el 5 de noviembre de 1932³⁷, en su art. VIII dispone que “*la extradición acordada por uno de los gobiernos al otro no autoriza el enjuiciamiento y castigo del extraído por delito distinto del que sirvió de fundamento a la demanda respectiva (...)*”. Así pues, ninguna diligencia distinta de las comprendidas en la *instrucción* de la causa puede entenderse realizada hasta la fecha de la autorización de la ampliación de la extradición por la República de Chile, no efectuada hasta 2017, como se ha visto en los Antecedentes.

Por otro lado, resulta también sumamente relevante, a los efectos que nos ocupan, el hecho de que Alberto Fujimori no haya sido citado a prestar declaración en condición de procesado, puesto que tal diligencia no constituye un trámite superfluo, prescindible, sino una pieza esencial en un proceso penal, regido por los principios constitucionales a la defensa y al debido proceso.

³⁷ Promulgado por Decreto 1152, de 11 de agosto de 1936.



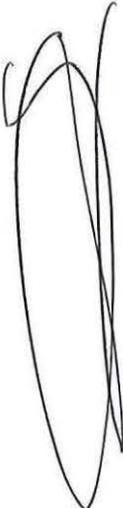
En España, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 reconoce, en el *sumario*, la defensa del *procesado* mediante la llamada *declaración indagatoria*, que se produce tras el *auto de procesamiento*. En 1988 se introdujo en el citado texto normativo mediante la Ley Orgánica 7/1988, el llamado *proceso abreviado*, en el cual la fase de instrucción se practica en las denominadas *diligencias previas*, en las cuales el *auto de procesamiento* fue suprimido y en la que no se preveía expresamente la necesidad de que el imputado fuera llamado para ser oído. Pues bien, al respecto el Pleno del Tribunal Constitucional dictó una sentencia trascendental, acerca del derecho de defensa en la fase de instrucción, la STC 186/1990, de 15 de noviembre, de la que fue ponente el insigne procesalista VIGENTE GIMENO SENDRA, en la que el Alto Tribunal manifestó:

“7. Si la interpretación del precepto impugnado fuera la que se hace en el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad en orden al momento procesal en el que interviene el imputado, dicho precepto no respetaría ciertamente, en todos los supuestos, las garantías que el art. 24 de la C.E. exige para el proceso penal, y, más concretamente, el principio de contradicción. En efecto, de aceptar como válida la interpretación propugnada, la conclusión inevitable sería que la intención del imputado se produciría después de formulada la acusación, y estaría así impedido legalmente para instar, antes del juicio oral, lo que a su derecho convenga en orden a la procedencia o improcedencia de la apertura del juicio oral, y, sobre todo, del archivo o sobreseimiento de la causa. Como consecuencia de ello, el imputado-acusado soportaría siempre la carga de someterse a un juicio -como acusado- sin haber tenido antes la posibilidad efectiva de alegar y, en su caso, probar lo pertinente para evitar precisamente la celebración de ese juicio por concurrir alguno de los supuestos que dan lugar al sobreseimiento libre o provisional de las actuaciones, o cualquier otra de las resoluciones a las que se refiere el art. 789.5 de la L.E.Crim., al estar obligado a concentrar la totalidad de sus excepciones y defensas en su escrito de contestación a la acusación para su resolución, previa celebración de juicio oral, por el órgano competente para el enjuiciamiento.

Sin embargo, el precepto cuestionado, dentro de una interpretación sistemática, permite otra lectura compatible con las exigencias derivadas del art. 24 de la Constitución (...).

El art. 790.1 de la L.E.Crim. se limita a señalar que «si el Juez de instrucción acordase que debe seguirse el trámite establecido en este capítulo, en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y las acusaciones personadas, para que, en el plazo común de cinco días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, en el caso del apartado siguiente». Y en el apartado siguiente, el núm. 2. de la Ley prevé que «cuando el Ministerio Fiscal manifieste la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos se podrá instar, con carácter previo, la práctica de aquellas diligencias indispensables para formular acusación, accediendo el Juez a lo solicitado. El Juez acordará lo que estime procedente cuando tal solicitud sea

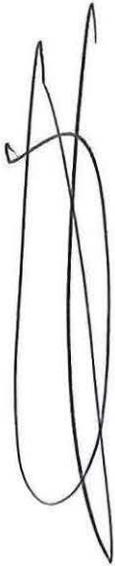
formulada por la acusación o acusaciones personadas. En todo caso, se citará para su práctica al Ministerio Fiscal, a las partes personadas y siempre al imputado, dándose luego nuevo traslado de las actuaciones».



Pues bien, de la sola lectura del precepto citado, y de conformidad con lo antes expuesto acerca de los principios procesales y procedimentales que informan el procedimiento abreviado, es posible hacer una primera conclusión: el art. 790.1 de la L.E.Crim. no puede erigirse en obstáculo a la intervención previa del imputado en el proceso. Dicho de otro modo, y en contra de lo afirmado en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el mencionado precepto no obliga o limita a que la intervención del imputado se produzca después de haberse decretado -previa acusación- la apertura del juicio oral, sino que, antes al contrario, presupone dicha intervención previa. En efecto, en la primera fase jurisdiccional del procedimiento abreviado -fase de instrucción preparatoria o diligencias previas-, la Ley ordena expresamente la intervención del imputado -en la obligada comparecencia e interrogatorio judicial: art. 789.4 L.E.Crim.- y le autoriza que, en cuanto parte personada, pueda «tomar conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga, acordando el Juez lo procedente en orden a la práctica de estas diligencias (las del núm. 3 del art. 789) cuando fuesen necesarias para abrir el juicio oral, sin perjuicio de acordar, en su caso, que se practiquen durante las sesiones del mismo». Es claro, por tanto, que en esta primera fase de instrucción el imputado, en primer lugar, ha de ser llamado a comparecer en la fase instructora y, en segundo, tiene abierta la posibilidad de formular en ella las alegaciones que estime oportunas para su defensa, así como la de pedir cuantas diligencias estime pertinentes, sin perjuicio, como es obvio, de la facultad del Juez para decidir sobre la pertinencia y utilidad de lo alegado e interesado. Es evidente, por lo demás, que su intervención en esta concreta fase del proceso aparece fundamentalmente dirigida a instar y, en su caso, probar la procedencia de alguna de las resoluciones que el propio art. 789, en su núm. 5, contempla, a saber: Primera, archivo o sobreseimiento provisional de las actuaciones. Segunda, reputar falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, remitiendo las actuaciones, en su caso, al órgano competente. Tercera, inhibición en favor de la jurisdicción competente. Cuarta, continuar el procedimiento abreviado en sentido estricto. Quinta, la remisión directa a juicio oral en los casos en los que el imputado haya reconocido los hechos que se le atribuyen y tanto el Ministerio Fiscal como la propia defensa así lo soliciten.

Así, pues, es indudable que al imputado no sólo no le está legalmente vedada la posibilidad de comparecer en las diligencias previas, sino que el examen del art. 789.4, a la luz del art. 24 C.E., ha de llevar también a la siguiente conclusión: en primer lugar, la de que el Juez de Instrucción, en cualquier caso, está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora (haya dirigido ab initio o no las diligencias previas) quien sea el presunto autor del delito, a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa (y de modo especial, de su derecho a la designación de Abogado en los términos de los arts. 788 y 118.4) y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación,

sino también permitir que el imputado sea oído por la autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades que hayan intervenido en el sumario.

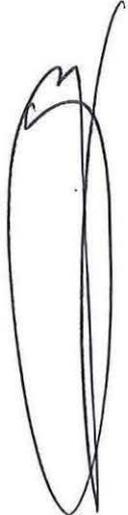


De la anterior afirmación se desprende, en segundo lugar, la lógica consecuencia de que la acusación no pueda, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada, puesto que, de otro modo, se podrían producir, en la práctica, acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellas del juicio oral, aun cuando no hubieren gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora. En este sentido, no hay que olvidar que una de las funciones esenciales de la instrucción es la de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (cfr. arts. 299 y 789.3.º, en cuya virtud constituye objeto de las diligencias previas determinar «las personas que en él hayan participado»), función que en el proceso común se realiza a través del procesamiento y que en el proceso penal abreviado, suprimido el procesamiento dicha función debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial, pues, de lo contrario, las partes acusadoras, públicas o privadas, serían enteramente dueñas de dirigir la acusación contra cualquier ciudadano, confundiendo el principio acusatorio con el dispositivo, con sustancial merma de las garantías de la defensa, permitiéndose, en definitiva, que personas inocentes pudieran verse innecesariamente sometidas a la «penalidad» de la publicidad del juicio oral”.

El art. 139.14 de la Constitución peruana prohíbe que se prive al ciudadano del derecho de defensa en cualquier estado del proceso, lo que incluye -evidentemente- la *instrucción penal*, en la cual se realiza el acopio de las pruebas para la preparación del juicio oral y se establecen los elementos necesarios para la realización del juicio de acusación (conforme al criterio de la *probable cause*), que no puede efectuarse a espaldas del sujeto pasivo de la causa y sin permitirle el ejercicio de la autodefensa en una audiencia precedida de la adecuada información sobre la imputación. De ello se deriva que, ni siquiera hoy, podría considerarse la fase de *instrucción* del caso *Pativilca* finalizada conforme a Derecho, puesto que se ha omitido un trámite esencial para la defensa, sin el cual no puede darse por terminada la fase de *instrucción*.

Conviene advertir, además, que el art. 202 del Código 1940 comprende, como circunstancia para calificar el proceso como complejo, la realización de gestiones de carácter procesal fuera del país, lo que incluye la autorización solicitada a Chile en relación con la extradición de Alberto Fujimori. La necesidad de contar con dicha autorización se encuentra incluida en el elenco de circunstancias que permiten calificar a un proceso como complejo y -además- legalmente no constituye causa alguna de suspensión del plazo de duración de la *instrucción*, ni da lugar a ninguna prórroga adicional a la que en el citado precepto se contempla.

Tal ausencia de previsión de una ampliación del plazo máximo de *instrucción* con el fin de obtención de la autorización del Estado que concede la extradición es perfectamente consecuente con la necesidad de iniciar el proceso tras el descubrimiento del delito que



motiva la disposición establecida por el art. VIII del Tratado chileno-peruano, que no prohíbe efectuar la *instrucción* de la causa mientras se aguarda la llegada de la autorización del Estado que extraditó al sospechoso a solicitud del Estado requirente y tan sólo veda el enjuiciamiento y la sanción. La terminología del tratado es clara y técnicamente precisa: como se ha indicado, sólo se condiciona a la autorización del Estado requirente al enjuiciamiento y la condena, no la *instrucción* (equivalente a la actual *investigación preparatoria* conforme al CPP). Se trata de una previsión totalmente lógica, puesto que para que pueda instarse la autorización ampliatoria por el Estado requirente de la extradición, que descubre un nuevo delito cometido por el extraditado con anterioridad, habrá de incoar contra el -con anterioridad o simultáneamente- la correspondiente causa y asegurar sus responsabilidades personales o reales mediante las correspondientes medidas cautelares, que únicamente podrán acodarse jurisdiccionalmente en la fase de investigación y aseguramiento previa al juicio.

Y así se ha entendido por la justicia peruana en la tramitación del *caso Patilvica*, en el cual -como se narró en los Antecedentes- se inició la *instrucción* contra Alberto Fujimori por los delitos que conforman el objeto de dicho proceso -incluidos aquellos para cuyo enjuiciamiento y condena se precisaba autorización de Chile-. Frente a Alberto Fujimori no se dictó auto de No Ha lugar, como hubiera sido preceptivo si la autoridad judicial hubiera entendido que no procedía seguir la *instrucción* contra dicha persona, en aplicación del art. 77.3° del Código de 1940. Con posterioridad a la obtención de la autorización de Chile no se ha retrotraído la causa al momento del inicio de la *instrucción*. Antes al contrario, se ha considerado el proceso debidamente instruido, si bien erróneamente, pues la ausencia de declaración en tal fase impide considerarla concluida.

A la misma solución se hubiera llegado de haberse aplicado el CPP, cuyo art. 342 establece los plazos actuales de la *investigación preparatoria*, fase que el referido texto normativo regula en sustitución de la *instrucción* judicial que contemplaba el anterior CPP de 1940. Como recuerda JOSÉ ANTONIO NEYRA FLORES, "*sobre el cómputo del plazo la Sala Permanente en la sentencia casatoria N° 66-210, señala que el inicio del cómputo establecido en el artículo trescientos treinta y cuatro numeral dos del Código adjetivo, debe efectuarse desde que el Fiscal tiene conocimiento del hecho punible y no desde la comunicación al encausado de la denuncia formulada en su contra*". Así pues, el *dies a quo*, de inicio del cómputo se produce en el momento en que el Ministerio Fiscal recibió la *notitia criminis* y abrió las correspondientes diligencias³⁸.

³⁸ Véase JOSE ANTONIO NEYRAS FLORES, "Tratado de Derecho procesal Penal", T. II, Idemsa, Lima, 2015, p. 434.

C) EL PERDÓN ANTE LOS DERECHOS HUMANOS

1.- El indulto y la gracia ante los delitos de Derecho Internacional

a) El perdón en el nacimiento y en la evolución convencional del Derecho Penal Internacional

En la actualidad existe un Derecho Penal Internacional que comprende, entre otros, los llamados *delitos de lesa humanidad*, cuya más clara formulación se comprende en el art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, establecida por el Tratado de Roma de 17 de julio de 1998:

"1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;*
- b) Exterminio;*
- c) Esclavitud;*
- d) Deportación o traslado forzoso de población;*
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;*
- f) Tortura;*
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;*
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;*
- i) Desaparición forzada de personas;*
- j) El crimen de apartheid;*
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física".*

Definiciones similares se habían introducido previamente en los Estatutos de los Tribunales Penales para la antigua Yugoslavia³⁹ y para Ruanda⁴⁰.

Los *delitos de lesa humanidad* son delitos especialmente execrables cuya persecución, enjuiciamiento y sanción puede realizarse a través de tribunales penales internacionales o por la jurisdicción de cualquier Estado, con independencia de la existencia de lazos de conexión con el delito en concreto, a través de la denominada *jurisdicción universal*, si bien se discute si el ejercicio de la *jurisdicción universal* en relación con crímenes internacionales es potestativo u obligatorio u obligatorio más allá de lo preceptuado en los tratados. Sin necesidad de dilucidar la base *consuetudinaria* o *convencional* de las distintas exigencias del Derecho Penal Internacional en relación con los *delitos de lesa humanidad*, ni sobre los deberes de actuación de los Estados distintos al del territorio de comisión del delito, nos centraremos aquí en el tratamiento de las potestades estatales de concesión del indulto y de la gracia en relación con la referida categoría delictual, que tanto la CIDH como la jurisdicción peruana han considerado aplicable en los *casos Barrios Altos* y *La Cantuta*⁴¹.

Comenzaremos nuestro análisis de la cuestión con una visión retrospectiva hacia los juicios de Nüremberg y Tokio, tras la II Guerra Mundial. Recordemos que la base del Derecho Penal Internacional se encuentra, precisamente, en la aceptación de los principios de Nüremberg por la comunidad internacional, mediante su reconocimiento por la Asamblea General de Naciones Unidas⁴². Pues bien, resulta altamente significativo que las acusaciones planteadas en los referidos procesos internacionales se rigieran por el

³⁹ El Tribunal fue creado por Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 827 el 25 de mayo de 1993. S/RES/827 (1993). El art. 5 de sus Estatutos, relativo a los crímenes de lesa humanidad, establece:

“El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional:

- a) *Asesinato.*
- b) *Exterminio.*
- c) *Esclavitud.*
- d) *Deportación.*
- e) *Encarcelamiento.*
- f) *Tortura.*
- g) *Violación.*
- h) *Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos.*
- i) *Otros actos inhumanos”.*

⁴⁰ El Tribunal fue creado por Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 955 el 8 de noviembre de 1994. S/RES/955 (1994). El Estatuto del Tribunal, en su art. 3 establece el mismo listado de crímenes contra la Humanidad que el estatuto del tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, pero con mayor precisión los define como tales *“cuando se cometan como parte de un generalizado o sistemático ataque a la población civil por motivos de nacionalidad, político, étnico, racial o religioso”.*

⁴¹ Véase RONALD GAMARRA HERRERA, “La sentencia del caso Fujimori y la calificación de los hechos de Barrios Altos y La Cantuta como crímenes de lesa humanidad”, accesible e <http://justiciaviva.org.pe/blog/wp-content/uploads/2016/04/sentencia-fujimori.pdf>.

⁴² Véanse Res. 95 (I) de 1946, 177 (II) de 1947 y 488 (V) de 1950.



principio de oportunidad, por una cuidadosa selección de los objetivos que serían sometidos a enjuiciamiento. No se persiguió en aquellas memorables ocasiones a todos los sospechosos de haber cometido delitos de lesa humanidad (u otro tipo de delito internacional), sino a quien las potencias vencedoras quisieron someter a juicio. Ninguna autoridad judicial, ni organismo internacional, supervisó ni controló los criterios para el ejercicio de la acción penal de las acusaciones, de carácter militar, que se condujeron con total discrecionalidad.

E igualmente importante, en relación con el indulto, es que, con posterioridad a la emisión de las condenas, tanto en Núremberg como en Tokio, muchas personas fueron indultadas total o parcialmente, de forma que, del precedente constituido por los tribunales internacionales tras la II Guerra Mundial, resulta con claridad la posibilidad del perdón o indulto de los condenados por crímenes de lesa humanidad. En Núremberg los indultos y conmutaciones de penas incluyeron a miembros de los salvajes *Einsatzgruppen de las SS*, a Erhard Milch, condenado a cadena perpetua -entre otros delitos- por efectuar experimentos médicos con prisioneros (cuya pena se redujo posteriormente a cinco años), y a muchos otros condenados por crímenes internacionales, incluidos ministros y jefes nazis⁴³.

Otro hito importante en el desarrollo del Derecho Penal Internacional fueron los acontecimientos derivados de la solicitud de extradición de Augusto Pinochet desde el reino Unido a España efectuada a instancia del juez Baltasar Garzón por crímenes de lesa humanidad y que desembocaron, tras un proceloso proceso ante los tribunales británicos, en una decisión discrecional del entonces Ministro de Interior de Reino Unido, Jack Straw, basada en la habilitación genérica para denegar la extradición y liberar al individuo que le concedía con absoluta amplitud el art. 12.1 de la Extradition Act de 1989⁴⁴. Tal y como había decidido con carácter previo la Cámara de los Lores, Augusto Pinochet era extraditable a España por ser de aplicación la Convención contra la Tortura de 1984 (respecto a los delitos cometidos desde su entrada en vigor en Reino Unido). Dicha convención exige a los países signatarios extraditar o juzgar a los sospechosos presentes en su territorio (*aut dedere aut iudicare*). Pero Augusto Pinochet no fue extraditado gracias a una decisión adoptada por un miembro del Gobierno, que adujo que Pinochet sufría problemas de salud que impedían su enjuiciamiento y que estaba autorizado por la ley británica para conducirse por razones políticas, humanitarias o de cualquier otra naturaleza⁴⁵. Efectivamente, Pinochet había sido sometido a examen médico, que un tribunal británico (*Divisional Court*) ordenó remitir a los Estados requirentes de la extradición y que finalmente se difundió en prensa (Francia, Bélgica y Suiza habían pedido también la extradición, después de haberlo hecho España). Ninguno de los países

⁴³ Véase, inter alia, la información al respecto del United States Holocaust Memorial Museum en <https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10007074>.

⁴⁴ http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/33/pdfs/ukpga_19890033_en.pdf

⁴⁵ Véase el texto del acuerdo de Straw en: <http://elmundo.es/internacional/chile/Pinochet/carta>.

solicitantes de la entrega de Pinochet acudió a la justicia internacional frente a Reino Unido y ningún tribunal internacional ha censurado a dicho Estado su actuación⁴⁶.

A la misma conclusión, de admisibilidad de la concesión de *indulto* y *gracia* ante crímenes de lesa humanidad conduce la lectura de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas por los crímenes internacionales cometidos en la antigua Yugoslavia y en Ruanda. Ambos permiten el *perdón* y la *conmutación de la pena* en términos idénticos (en sus arts. 23 y 28 -respectivamente-)⁴⁷, que de forma muy similar se incluyó en el Estatuto del Mecanismo Residual que sustituyó a ambos Tribunales⁴⁸.

Por su parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI) contempla tanto la inaplicación del *ius puniendi internacional* por *motivo de oportunidad humanitario*, como la reducción de la pena impuesta.

Conforme al art. 53.1 c) ECPI el Fiscal puede no iniciar la investigación, evitando así la sustanciación del proceso penal si “*existen razones sustanciales para creer que aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia*”. El mismo precepto, en su apartado segundo, considera causa admisible para la finalización de la causa sin enjuiciamiento mediante decisión del Fiscal cuando “*el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen*”. En ambos casos se resolvió confirmatoria de la Sala de Cuestiones preliminares.

El art. 110 del ECPI contempla la posible reducción de la pena por la Corte, cuando se han cumplido las dos terceras partes o veinticinco años si se trata de cadena perpetua. El art. 223 e) de las Reglas de Procedimiento y Prueba permiten valir, como elementos relevantes para la toma de la decisión, “*las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de salud física o mental o su edad avanzada*”.

Como puede observarse, el más avanzado exponente convencional del Derecho Penal Internacional considera la *edad* y la *enfermedad* del presunto autor factores que

⁴⁶ Los detalles del caso pueden consultarse en Michael Byers, “The Law and Politics in the Pinochet case”, *Duke Journal of Comparative & International Law* 10/2000, p. 415 y ss.

⁴⁷ “*Si según la legislación aplicable del Estado en el que la persona condenada esté cumpliendo la pena de prisión pudiera obtener el indulto o la conmutación de la pena, el Estado lo notificará al Tribunal Internacional. El Presidente, previa consulta con los Magistrados, decidirá la cuestión de conformidad con los intereses de la justicia y los principios generales del Derecho*”.

⁴⁸ Su Estatuto fue aprobado por Resolución de Naciones Unidas 1966 el 22 de diciembre de 2010. Su art. 26 establece la posibilidad de “*perdón o conmutación de la pena*” de forma similar a la establecida en los Estatutos de los Tribunales a los que sustituye, si bien no prevé la necesidad de que el presidente consulte con los Magistrados.

interesan a la realización de la *justicia*, para la adopción de una decisión que implica la inaplicación del *ius puniendi* internacional o la reducción de la sanción.

b) La jurisprudencia de la CIDH y su incidencia sobre el *indulto* y a la *gracia* otorgados a Alberto Fujimori

1'.- La obligación de persecución penal



Mención aparte merecè la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicho tribunal internacional ha efectuado un esfuerzo encomiable para la imposición a los Estados signatarios de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José)⁴⁹ de la necesidad de garantizar los derechos establecidos en el tratado mediante medidas efectivas, incluida la necesidad de investigar, enjuiciar y, en su caso, sancionar las violaciones de los derechos reconocidos constitutivas de *delito de lesa humanidad*, con base en el reconocimiento del derecho infringido y/o en aplicación del art. 1.1, en relación con los arts. 8 y 25 de la Convención. En su jurisprudencia, el tribunal garante del sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha prohibido las auto-amnistías, pero no así la adopción de medidas como el *indulto* o la *gracia* aplicada a Alberto Fujimori por motivo de salud.

Comencemos con la clara definición de la función de la Corte que contiene la Sentencia de 27 de agosto de 1998, dictada en el *caso Garrido y Baygoiria*. En ella recuerda que, como afirma su Sentencia de 15 de marzo de 1989, *caso Fairén Garbi y Solís Corrales*, “el derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que hayan sido causados” (pr. 44). Por ello, añade la Corte “la obligación de garantía y efectividad es autónoma y distinta de la de reparación”. Y la razón es que “la reparación, prevista en el art. 63.1, tiende a borrar las consecuencias del acto ilícito” y es renunciable por la víctima. “En cambio, aun cuando el particular damnificado perdone al autor de la violación de sus derechos humanos, el Estado está obligado a sancionarlo, salvo la hipótesis de un delito perseguible a instancia de un particular”. “La obligación del Estado de investigar y sancionar a los culpables no tiene a borrar las consecuencias del acto ilícito en la persona afectada, sino que persigue que cada Estado Parte asegure en su orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la Convención”.

De ello se colige, con claridad, que la víctima no es titular del *ius puniendi* relativo a los delitos de lesa humanidad, que es ejercido por el Estado para asegurar el orden jurídico nacional e internacional y que la aplicación -y menos aún- la ejecución del castigo

⁴⁹ Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

no pueden considerarse, propiamente, una reparación para las víctimas o un derecho de las mismas. Cuestión distinta es que la sistemática empleada en los pronunciamientos de la Corte, al incluir las prestaciones de hacer relativas a la actuación de la justicia penal a las que se condena a los Estados en el capítulo de reparaciones pueda inducir a confusión. Pero sobre esta cuestión volveremos más adelante, en el siguiente epígrafe, cuando abordemos el tema de la retribución penal y la dignidad humana.

En relación con la ausencia de aplicación del *ius puniendi* estatal en relación con los crímenes contra la humanidad, la Corte ha reiterado que la obligación de los Estados de garantizar los derechos reconocidos en el convenio no sólo comprende “el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos”, sino, por otra parte, la obligación de investigar los hechos, como recuerda la sentencia de 29 de julio de 1988, del caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (prs. 166 y 176). Afirma la citada sentencia:

“En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de las personas. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa (pr. 177).

Así se sostiene también en muchas otras sentencias de la Corte (vgr. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, caso *Bámaca Velasquez vs. Guatemala*, pr. 212).

Pero la investigación del hecho no es suficiente para considerar garantizados los derechos del Convenio frente a infracciones de los mismos constitutivas de *crímenes de lesa humanidad*. También de forma reiterada, la Corte ha mantenido que la investigación habrá de dirigirse, en su caso, a sancionar a los responsables y suele repetir en sus resoluciones la siguiente frase:

“El Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria” (así, por ejemplo, en la sentencia de 1 de marzo de 2005, caso *hermanos Serrano Cruz vs. El Salvador*, de 1 de marzo de 2005, pr. 172).

En efecto, las sentencias de 14 de marzo de 2001, caso *Barrios Altos*, de 26 de septiembre de 2006, caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, y de 29 de noviembre de 2006, caso *la Cantuta vs. Perú* y, la Corte consideran las leyes de amnistía que cubren crímenes contra la humanidad incompatibles con la CIDH y, en consecuencia, carentes de efectos.

En el presente caso no nos encontramos con una ley de *amnistía*, sino con la concesión de *indulto* y *gracia*.

Veamos, en primer lugar, si el *indulto* coincide con alguna de las medidas que la jurisprudencia de la Corte entiende lesivas de la obligación de los Estados de garantía de los derechos que exige la investigación y, en su caso, sanción de los *crímenes de lesa humanidad*. Sin perjuicio de que el alcance de la prohibición de la *amnistía* sobre dichos delitos en la jurisprudencia de la Corte es de alcance discutido, al defenderse su aplicación exclusivamente a las *auto-amnistías*⁵⁰, es evidente que el *indulto* constituye una institución de naturaleza jurídica diferente. Obviamente es distinta también de la prescripción y no constituye una *circunstancia de exclusión de la responsabilidad*, al tratarse de una *causa de extinción* de la pena, que es cosa distinta. ¿Podría ser considerado entonces el *indulto* una medida que pretende impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la pena? Parece que tal interrogante no puede ser considerado con carácter general, sino en atención a las circunstancias de caso concreto, pues la respuesta dependerá de dos factores: i) el alcance del *indulto*; ii) su finalidad.

Seguramente por este *carácter relativo* y no *absoluto* de la prohibición de *indulto*, es por lo que sólo en una sentencia de la Corte se incluye dicho término en el enunciado de medidas que quedan descalificadas y que anteriormente ha sido transcrito, en el cual la palabra *indulto* se inserta: sentencia de 12 de septiembre de 2005, *caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, relativa a un delito de detención ilegal y torturas⁵¹.

Si se trata de un *indulto* propiamente dicho, posterior a la emisión de la sentencia condenatoria, la persecución penal ya se habrá efectuado, por lo que en ningún caso se habrá dictado con la finalidad de “*impedir la persecución penal*”. Si la cuestión se plantea en relación a una medida extintiva de la acción penal, como la concesión de *gracia* presidencial en Perú, habrá de adoptarse una perspectiva de análisis teleológica, basada en las circunstancias objetivas concurrentes. En efecto, la terminología finalista con la que la jurisprudencia se expresa es claramente indicativa de la inexistencia de una prohibición absoluta de medidas extintivas de la acción penal relativa a delitos contra la humanidad. Si tal prohibición absoluta existiera la aplicación del principio de oportunidad para la obtención de “*colaboración eficaz*” (por citar un ejemplo) serían inadmisibles. Se trata, por tanto, de una *prohibición relativa* que exige una finalidad de otorgamiento de impunidad, desprovista de una finalidad legítima. Dicha finalidad legítima no sólo puede ser proporcionar una mayor eficacia al sistema para en la búsqueda de la verdad y la

⁵⁰ Sobre la discusión véase LISA J. LAPLANTE, “Outlawing amnesty: the return of criminal justice in transitional justice schemes”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 49:4, 2009, pp. 915 y ss.

⁵¹ “Por otra parte, el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la *amnistía*, el *indulto*, la *prescripción* y el establecimiento de *excluyentes de la responsabilidad*, así como medidas que pretendan *impedir la persecución penal* o suprimir los efectos de una sentencia condenatoria” (pr. 97).

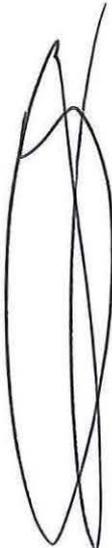
represión del ilícito penal, sino otras motivaciones jurídicamente fundadas, entre las que destaca la tutela de la dignidad humana (sobre el *derecho a la verdad* de las víctimas y de la sociedad en su conjunto y el principio de respeto de la dignidad humana, en relación con la decisión presidencial que analizamos, volveremos en los dos próximos epígrafes).

En lo que concierne al *indulto strictu sensu*, resulta necesario recordar que se trata de una medida que no elimina el reproche penal efectuado, o lo que es lo mismo la desaprobación del hecho punible que la condena expresa, sino únicamente la pérdida o restricción de derechos que la pena conlleva. No quedan olvidados, ni en absoluto justificados, los hechos acaecidos, ni se cancelan los antecedentes penales del sujeto. Así pues, ni la responsabilidad penal ni la sanción resultan en puridad "*suprimidas*". En cualquier caso, son trasladables al *indulto* idénticas consideraciones sobre el condicionante teleológico de la prohibición de la *gracia* como medida extintiva de la acción penal. Queda prohibido el *indulto* que tenga como fin "*suprimir los efectos*" del castigo, lo que implica que no entran dentro del ámbito de la interdicción jurisprudencial los otorgados con otras motivaciones legítimas.

Como en cualquier indagación sobre los hechos sucede, la intencionalidad es imposible de ser conocida, como regla general, mediante pruebas directas, por lo que debe ser inferida de las circunstancias objetivas en las que la acción que se analiza se desarrolla. En el caso del que nos ocupamos, las circunstancias objetivas concurrentes en el *perdón* presidencial otorgado a Alberto Fujimori impiden apreciar una utilización arbitraria o antijurídica de la potestad, por las razones que seguidamente se exponen.

- 1) La Constitución y la jurisprudencia constitucional peruanas someten a estrictos requisitos la *gracia* y el *indulto*, con estándares formales y materiales, incluida la necesaria motivación de la clemencia que mediante dichos actos se manifiesta, que pueden considerarse entre los más rigurosos en el Derecho Comparado.
- 2) Se ha actuado conforme a la Constitución y a la Ley interna en lo que a la competencia y requisitos formales y materiales de la medida atañe, de una forma coherente con precedentes anteriores, incluido el resuelto en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de diciembre de 2007, dictada en el caso *Jalile Awapara*, anterior a la condena de Alberto Fujimori y en la que la gracia se encontró justificada por el cáncer en un ojo del procesado.
- 3) Se ha seguido el procedimiento legalmente previsto, con los necesarios informes médicos y de otra naturaleza que se han entendido pertinentes.
- 4) El indulto de la pena no ha afectado al reproche penal efectuado mediante la condena.

- 5) El indulto no ha sido total, sino parcial, puesto que no ha afectado a la pena que fue impuesta en su integridad, sino al tiempo que quedaba por cumplir, después de que Alberto Fujimori haya pasado un prolongado periodo de su vida en prisión.
- 6) La edad y deteriorada salud -cáncer- de Alberto Fujimori, unida -no cabe olvidarlo- a la importante duración del tiempo de reclusión ya cumplido, es susceptible de ser considerada, desde un parámetro de razonabilidad, una situación excepcional en la que un *perdón por motivos humanitarios* queda plenamente justificado.



En definitiva, el otorgamiento del *indulto* y la *gracia* con fin humanitario ha sido tramitado conforme a un procedimiento preestablecido y se ha efectuado en resolución motivada, con base en diversos informes, incluido uno médico descrito por una Junta compuesta por tres profesionales médicos, mediante los que se llega a la conclusión de que se satisfacen los requisitos establecidos por la ley interna para su concesión de las medidas aplicadas. Presuponer que en su concesión han intervenido factores políticos que han coadyuvado a la formación de la decisión presidencial -como desde ciertos sectores políticos contrarios a la decisión presidencial se ha sostenido- constituye una elucubración de imposible constatación o refutación, y que además resulta irrelevante en el terreno jurídico, pues una vez que las condiciones para el indulto humanitario se satisfacen, el hecho de que el órgano competente para otorgarlo haya actuado movido, no sólo por consideración hacia el interés público en la consecución de la finalidad legítima del indulto, sino por motivaciones adicionales ajenas a la institución, no pervierte la decisión que, en sí misma, resulta constitucionalmente legítima. Igual que en el *Derecho privado de los contratos* se distingue entre la *causa* del negocio jurídico y el *motivo* de cada parte para su suscripción, en el ámbito constitucional, siendo un acto de ejercicio de una potestad objetivamente apta para alcanzar su fin jurídico, el móvil interno de la persona investida del poder de actuación resulta intranscendente. En el Derecho administrativo, en el cual se ha desarrollado -desde el Derecho francés- el concepto de la *desviación de poder* como instrumento de lucha contra la arbitrariedad, se entiende que concurre dicha figura cuando se adopta un acto que no es adecuado para alcanzar el fin típico, legalmente previsto, y se persigue otra finalidad ajena a la norma de la cual el poder se deriva, ya sea de carácter público o privado. Resulta claro que, si el acto discrecional es idóneo para satisfacer su finalidad conforme al ordenamiento jurídico, la *desviación de poder* no se produce, aunque el móvil interno del sujeto no coincida plenamente con el fin de la norma⁵². Un ejemplo sencillo ayudará a la comprensión de la inaplicabilidad de la

⁵² Véase EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", *Revista de Administración Pública*, 1962, n° 38, pp. 168 y 169; SANTIAGO MARTÍN RETORTILLO, "La desviación de poder en el Derecho español", *RAP* 1957, n° 148 a 150.

desviación de poder a actuaciones discrecionales objetivamente adecuadas para la consecución del fin de la norma que, simultáneamente, puedan ser apetecidas por el titular del órgano que dicta el acto por motivos personales: si el trazado de una carretera es el objetivamente el idóneo para la satisfacción del interés público, resulta indiferente para el derecho que a la autoridad que dicta el acto le sea útil dicho trazado para sus desplazamientos, sea cual sea el motivo de sus viajes.

2') El derecho a la verdad

Reiteradamente la jurisprudencia de la CIDH recuerda que las víctimas tienen derecho a conocer la verdad y conecta tal derecho con el acceso a la justicia penal. Ya en la sentencia de 29 de julio de 1988, *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte afirmó:

"El deber de investigar hechos de este género (desaparición forzada - interpolamos) subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta, y en su caso, donde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el estado debe satisfacer con los medios a su alcance" (pr. 181).

Aunque se trata de un tema discutido, pues se ha criticado que se defienda que sea función de los tribunales penales realizar la labor de los historiadores, la importante función que satisface el sistema de justicia penal en la realización del más trascendente reproche jurídico por la comisión de hechos que lesionan o ponen en peligro bienes esenciales de la comunidad y que se sitúa en un ámbito fuertemente simbólico conducen a considerar de la mayor importancia la satisfacción por los tribunales de justicia del *derecho a la verdad* de las víctimas y también de la sociedad en su conjunto.

Obviamente, desde la perspectiva de tal derecho, el *indulto* concedido a Alberto Fujimori por su condena en el *caso Barrios Altos y la Cantuta* no presenta problemas, pues el relato de hechos probados de la sentencia condenatoria permanece incólume y el *indulto* de ninguna manera borra el recuerdo de lo sucedido, ni el reproche penal que fue realizado al condenado. Así lo sostenían las Leyes de Partidas en el medievo en el Derecho castellano y así se entiende generalizadamente en el Derecho Comparado y también en Perú en relación con los *indultos*, que -sin afectar al reproche penal del hecho cometido- privan de efectos a la sanción (en el caso de Alberto Fujimori por motivos humanitarios), a diferencia de lo que acontece con las leyes de *amnistía*, que en Perú -por disposición legal- supondrían la imposición del *silencio*, tan idóneo para el olvido.



Consideraciones distintas merece la proyección del *derecho a la verdad* de las víctimas y de la sociedad al *caso Pativilca*, en relación con el cual se ha concedido a Alberto Fujimori un derecho de *gracia* que extingue la acción penal. Pero conviene comenzar el análisis de la cuestión con el planteamiento del motivo por el cual tal proceso penal en ningún caso podría suponer una nueva condena de Alberto Fujimori. Ello conforme a la ley aplicable en el momento de comisión del hecho, que es la que debe ser tomada en consideración, por obvia exigencia del principio de legalidad penal y la consiguiente prohibición de aplicación de una norma penal posterior desfavorable para el acusado. Despejada dicha cuestión, quedará claro que la utilidad práctica del proceso penal en el *caso Pativilca*; en lo que a Alberto Fujimori concierne, consiste únicamente en servir de cauce judicial para el conocimiento de la verdad.

Con el fin de esclarecer la posible sanción que podría ser impuesta a Fujimori por el *caso Pativilca*, resulta necesario partir de la base de que la sentencia de 7 de junio de 2009 dictada en el *caso Barrios Altos y La Cantuta* le condenó por diversos delitos cometidos en *concurso real* aplicándole la pena más grave, en su límite máximo, es decir la pena de veinticinco años de prisión (que es la que el condenado se encontraba cumpliendo cuando se le concedió el *indulto*). Ello en virtud de lo establecido por el 50 del CP en su redacción correspondiente a la fecha que sucedieron los hechos (basado en los principios de *absorción* y *asperación*) y el límite máximo de veinticinco años que resultaba de aplicación, por resultar más favorable, que era el de la reforma de 1994, pues si bien cuando sucedieron los hechos de La Cantuta el límite de 25 años de la redacción original del Código había sido modificado al alza, se reestableció en 1994, para luego volver a ser reformado nuevamente al alza con posterioridad. Al respecto nos remitimos a las consideraciones realizadas por la referida sentencia condenatoria en sus párrafos 759 a 766 (págs. 665 a 672).

Pues bien, el mismo principio de legalidad e irretroactividad de las disposiciones punitivas desfavorables, que condujeron a la condena a Alberto Fujimori a la pena de veinticinco años de prisión en la sentencia de 7 de abril de 2009, lleva inexorablemente a entender que, conforme a la redacción del art. 51 del CP en el momento de comisión de los hechos del *caso Pativilca -9 de enero de 1992-* y el límite máximo de pena genérico de veinticinco años establecido por el art. 29 del Código en su redacción vigente en tal fecha, la pena que podría recibir Alberto Fujimori, en el supuesto de que fuera juzgado y condenado en el mencionado caso, quedaría absorbida en la pena a la que fue condenado por la sentencia de los *casos Barrios Altos y La Cantuta* y que ha sido objeto de *indulto*.

Recordemos que el art. 51 del CP, en su redacción original establecía:

“Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado de igual o de distinta naturaleza que merezca una pena inferior a la impuesta, cualquiera que sea el estado en que

se encuentre, el órgano jurisdiccional o los sujetos del proceso, solicitarán copia certificada del fallo ejecutoriado, y en mérito de la misma, el órgano judicial dictará el sobreseimiento definitivo de la causa y ordenará archivarla.

Si el hecho punible descubierto mereciere una pena superior a la aplicada al condenado será sometido a un nuevo proceso y se le impondrá la pena correspondiente”.



Queda claro, en una interpretación conjunta de los arts. 50 y 51 del CP en su redacción original, que la ley establecía la punibilidad de los delitos en situación de *concurso real* -ya se enjuiciaran simultáneamente, ya se hiciera de forma sucesiva- mediante la imposición de la pena del delito más grave, si bien individualizada tomando en consideración los demás delitos como agravantes. Habiéndose impuesto a Alberto Fujimori la pena máxima posible por el delito más grave (asesinato -por homicidio alevoso-) y no pudiéndosele castigar con pena superior por ningún otro delito en el nuevo proceso, la penalidad que pudiera corresponderle queda absorbida en la pena máxima anterior.

¿Pero y el *derecho a la verdad* de las víctimas y de la sociedad? Para dar respuesta al interrogante planteado, partiremos de la base que es un derecho que debe y puede ser satisfecho mediante procesos penales destinados a satisfacerlo, dada la alta carga simbólica de la justicia penal, como máxima institución de reproche de los crímenes más execrables, con base en una conciencia social que, anclada en creencias ancestrales, se traduce en las actuales representaciones sociales sobre las instituciones procesales en una lucha contra el olvido de conductas intolerables.

Las víctimas, la sociedad en su conjunto, tienen derecho al conocimiento de lo acaecido y tal derecho no es indiferente a la potestad de aplicación del *ius puniendi* estatal, sino que se proyecta en su fundamento constitucional, junto con otros factores relevantes. No resulta, necesario analizar aquí, sin embargo, la conformidad con el derecho de acceso a la justicia de las *amnistías*, ni las exigencias de Derecho Internacional relativas a la investigación y persecución de *crímenes de lesa humanidad*, ni el alcance de la proscripción de las *amnistías* en el sistema americano de protección de los derechos humanos, ni el papel de las comisiones de la verdad y la reconciliación en situaciones transicionales, pues tal análisis -complicado y de gran interés- desbordaría el objeto del presente dictamen. Lo que queda claro, en los *casos Barrios Altos y La Cantuta*, es que la posteridad recordará los hechos probados de la sentencia, que permanecerán para siempre en los anales de la jurisprudencia y en la historia. Y que en el *caso Pativilca* la concesión de gracia otorgada a Alberto Fujimori redundará, no en una merma de la capacidad de conocer lo sucedido, sino un reforzamiento de las posibilidades de alcanzar la verdad.

En efecto, en el *caso Pativilca*, los demás imputados en la causa en curso serán enjuiciados por hechos en cuyo esclarecimiento Alberto Fujimori habrá necesariamente de colaborar, de una forma plena, pues podrá ser citado como testigo, no sólo con obligación de comparecer, sino también de decir verdad, en una situación muy distinta a la que se le aplicaría si hubiera de comparecer ante el tribunal como acusado, pues en tal caso le ampararía el derecho a no declarar y a no confesarse culpable. Al habersele otorgado la *gracia*, en caso de ser citado, habrá de comparecer como testigo y deberá contestar a las preguntas que se le formulen y decir la verdad.

Se trata de una situación que no sólo en Perú es aprovechada en relación con los denominados “*colaboradores eficaces*”, sino que es de frecuente aplicación en el Derecho Comparado, con el paradigmático antecedente del “*testigo de la corona*” en el Derecho inglés⁵³ (en España se preveía el *perdón por colaboración* en las Partidas⁵⁴, para la traición, y en las Pragmáticas de 1 de junio y 6 de julio de 1663 de Felipe IV, para los *bandidos y salteadores de caminos*⁵⁵).

En EEUU el interés en obtener la colaboración de uno de los autores del delito frente a los demás fue la primera razón que se esgrimió en apoyo a la consagración del perdón previo a la condena como potestad presidencial en la Constitución en los debates de la Convención⁵⁶. Actualmente el Manual de Fiscales de Estados Unidos aconseja, en las situaciones adecuadas, ofrecer inmunidad para lograr declaraciones veraces, mediante orden basada en 18 USC 6001-6003, disposiciones legales que regulan las condiciones bajo las cuales un testigo no colaborativo puede ser obligado a testificar o a proporcionar información pese a su alegación del derecho a no declarar. En síntesis mediante la así denominada “*norma de concesión de inmunidad*”, establecida por las disposiciones citadas, el tribunal puede ordenar a la persona testificar o proporcionar información, pero ni su testimonio ni la información que proporcione puede ser utilizada contra ella, directa o indirectamente, en ningún proceso penal, excepto en una persecución por perjuicio u otro incumplimiento de la orden. Generalmente, la concesión de inmunidad se debe efectuar en los casos en los que los fiscales necesiten obtener testimonio bajo juramento o aportar información ante el Gran Jurado o en juicio y en los que haya razones para creer que la persona rehusará testificar o aportar información con base en su derecho a no declarar (véase USAM 9-23.000)⁵⁷.

Ciertamente, en aras a la objetividad, preciso es reconocer que las normativas nacionales sobre el derecho a la “*colaboración eficaz*”, es frecuente que se excluya

⁵³ Véase W. HAWKINS “Treatise of the Pleas of the Crown or, a system of the principal matters relating to that subject, digested under proper heads”, 5ª Ed., 2ª vol. *Of Courts of Criminal Jurisdiction on the modes of proceeding therein*. John Curwood, London, 1824, pp 358-379.

⁵⁴ Partida Séptima. Título II. Ley 5ª.

⁵⁵ Ley I, Título XVII y Ley VII del Título XVIII, ambas de Libro XIII.

⁵⁶ KATHLEEN DEAN MOORE, op. cit., p. 26.

⁵⁷ <https://www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual>

excluirse del *beneficio de no persecución* a los jefes de las organizaciones o grupos criminales. Pero hemos de recordar que el objeto de nuestro análisis no es la regulación general de la aplicación del principio de oportunidad por "*colaboración eficaz*", sino sobre la situación concreta de Alberto Fujimori en relación con el *derecho a la verdad*. Si no puede ser sancionado más allá de la pena que sufrió y, como acusado en el caso Pativilca, tendría derecho a guardar silencio, ¿no ha redundado la *gracia* presidencial concedida en una mayor posibilidad de conocer la verdad? Obviamente sí.

2.- El indulto y la gracia como medidas para la tutela de la dignidad humana

Centrándonos en el Derecho Internacional Humanitario, ya hemos analizado con anterioridad la admisión que, en todo momento durante su desarrollo, se ha reconocido a la oportunidad, al *indulto* y a la *conmutación de la pena*, que lejos de haber sido puestos en entredicho es aceptada en el terreno convencional y en la práctica de los Estados, incluida la acción continuada susceptible de ser entendida como cumplimiento de obligaciones internacionales y -por tanto- como fuente de Derecho Internacional. Ahora expondremos por qué dicha práctica responde a la necesidad de otorgar protección al principio de la dignidad humana, pilar del reconocimiento de los derechos humanos, e incluso del mismo Derecho Penal Internacional.

Frente a los postulados exacerbados del *retribucionismo* y del *utilitarismo* radicales, Puffendorf sostenía que «*el soberano no tiene la obligación ineludible de castigar a todos los que han cometido un delito. El castigo depende del vínculo que existe entre la pena y los fines para los que se establece. En ocasiones tales fines no son necesarios*»⁵⁸.

No resulta imprescindible profundizar en los fines del Derecho Penal para negar a la retribución o a la disuasión la capacidad de determinación de los parámetros del poder de los Estados para la aplicación de las sanciones. El Derecho Penal Internacional, asentado sobre el principio de la dignidad humana, no puede basarse en la supersticiosa idea del castigo como retribución ni en su bárbara concepción como instrumento de terror ejemplarizante.

Como sostiene ROSELL CORBELLE, el aspecto ceremonial del proceso legal no debe subestimarse, "*antiguamente con finalidad religiosa -el contacto con la transcendencia y la proclamación del anatema- y en la actualidad como factor de fortalecimiento de la fe ciudadana en el Estado de Derecho (que también precisa de ritos litúrgicos mediante los cuales la ley es aplicada como proclamación de la actuación práctica del poder soberano*". Sin embargo, como la citada autora añade, "*siendo*

⁵⁸ "De ire natuare et gentium. Libri octo. Londini Scanorum", Anno MDLXXXII, p. 116.



importante la función ritual del proceso, más relevante se muestra aún en la discusión sobre la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal el solapamiento de los conceptos de crimen y castigo, de justicia y retribución”. Con base en los trabajos de Evans, Alba Rosell recuerda que «los antiguos griegos afirmaban que un asesinato cometido por un hombre, bestia u objeto inanimado, al menos que fuera expiado de la forma adecuada, atraería a las furias y traería la peste sobre el territorio; la Iglesia medieval enseñó la misma doctrina, si bien substituyó las furias de la mitología clásica por los demonios de la teología cristiana»⁵⁹. Por ello añade la autora, “en la antigüedad se perseguía, condenaba y ejecutaba a los animales domésticos o ganado causantes del daño para evitar la posesión demoniaca de la escena del crimen, al considerarse necesario el castigo para restablecer el orden perturbado. La retribución se consideraba, así, imprescindible, idea que parece pervivir no sólo en el cine de terror (sobre casas poseídas por espíritus que sólo hallan la paz cuando se descubre y sanciona el delito) sino también en el imaginario colectivo sobre la justicia penal, cuando en la discusión sobre el desarrollo del principio de oportunidad se invoca la necesaria realización del juicio de reproche ante la infracción y contra todos los responsables, como supuesta exigencia derivada del principio de legalidad”⁶⁰.

En la sentencia de 1 de marzo de 2005, en el caso *Hermanos Serrano Cruz vs El Salvador*, la CIDH sostuvo que la falta de colaboración del Estado con la familia de las niñas Ernestina y Erlinda, desaparecidas tras un ataque del Ejército a un poblado, había provocado un estado de frustración relacionado con la inaplicación del “*ius puniendi*”:

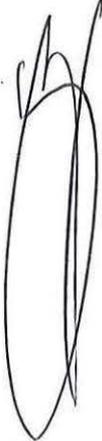
“La imposibilidad de (la madre de) averiguar el destino de sus hijas, la constante sensación de poder encontrarlas con vida le provocó un sentimiento de culpabilidad e impotencia. La frustración de no contar con la ayuda y colaboración de las autoridades estatales para determinar lo sucedido con Ernestina y Erlinda y, en su caso, castigar a los responsables, así como determinar el paradero de aquellas y lograr el reencuentro familiar, ha provocado graves afectaciones a la integridad física y psicológica de los familiares” (pr. 114).

Por su parte, la Sentencia de la CIDH de 15 de julio de 2005, en el caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, hace referencia a *enfermedades espirituales* de los vivos por la ausencia de justicia relativa a los crímenes sobre los muertos, quienes no podrían descansar en paz sin investigación y sanción de los crímenes cometidos. Al respecto, la CIDH sostuvo, al abordar la violación del derecho a la libre circulación:

⁵⁹ E.P. EVANS, “The criminal prosecution and capital punishment of animals”, London, William Heinemann, MCMVI, PP. 3 y ss.

⁶⁰ ALBA ROSELL CORBELLE, “El valor de las grabaciones de los delatores ante el derecho de defensa (Reflexiones sobre el <<Caso Guateque>>”, Diario La Ley, n° 9111, 2018, 4 de enero de 2018.

“En resumen sólo cuando se obtenga justicia por los hechos del 29 de noviembre de 1986 los miembros de la comunidad podrán: 1) aplacar a los espíritus de enfurecidos de sus familiares y purificar su tierra tradicional; y 2) dejar de temer que se hostilice a su comunidad”. Esos dos elementos, a su vez, son indispensables para el regreso permanente de los miembros de la comunidad a la aldea de Moiwana, que muchos -si no todos- desean” (pr. 118).



Pero sólo un análisis simplista de las argumentaciones de las referidas sentencias acerca de la conexión del ius puniendi con la integridad física de los vivos y con el terno descanso de los muertos podría conducir a sostener que la CIDH nos retrotrae a la idea de la retribución como única forma de justicia y al entendimiento de la ley penal como receta para la *salvación del alma (individual o social)*. Y ello porque tal idea se situaría en un contexto cultural inquisitorial y reaccionario, que haría tabla rasa de las conquistas del pensamiento liberal en materia punitiva y hundiría los avances progresistas en materia de garantías constitucionales en la ciénaga de la obsesión por el castigo, la causación de mal por el mal cometido, sin posibilidad de remisión alguna, equivalente a la venganza.

Fue la legislación inquisitorial desarrollada a partir del siglo XIII en Europa la que desligó el perdón de la culpa – susceptible de ser obtenido mediante la confesión- (*fuero interno*) de la necesidad de la aplicación de la pena, incluida la hoguera en la que habrían de arder apostatas y herejes (*fuero externo*) y la que desarrolló una cínica e hipócrita apelación a la misericordia hacia los condenados -dirigida al *brazo secular*, encargado de ejecutar las penas-, compatible con la previsión de sanción de la inaplicación por el poder temporal de la pena impuesta por el tribunal eclesiástico⁶¹. En palabras del maestro inquisitorial PEÑA, escritas en el siglo XVI, *“la finalidad primera del castigo no es la corrección y el bien de quien se castiga, sino el bien público y aterrorizar a otros para apartarles de cometer el mal, ya que el bien público debe ser preferido por encima de cualquier consideración caritativa al bien de un solo individuo”*⁶².

La referida lógica inquisitorial hundía sus raíces en el desprecio por el individuo infractor de la ley, contrario al mensaje evangélico, pero asentado en la justificación tomista de la pena capital. Pero hoy en día, como sostiene GONZÁLEZ PÉRES, *“resulta inconcebible afirmar -como hacía SANTO TOMÁS para justificar la pena de muerte- que <<el hombre al delinquir se aparta del orden de la razón, y por tanto decae de la dignidad humana, a saber, en cuanto el hombre es naturalmente libre y dueño de sí mismo, y se rebaja en cierto modo a la condición de bestias (S Th. II-II, q 64, a 2, ad. 3)”*⁶³.

⁶¹ Véase, ampliamente, mi trabajo “Ecos de Inquisición”, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, pp. 81 a 84.

⁶² “Directorium inquisitorum. F Nicolas Eymerici. Ordinis Praedicatorum. Cum commentariis Francisci Pegnae”. Sumptibus Sie meonis Vasali. MDXCV. Se trata de la obra de NICOLAU EIMERIC “Directorium inquisitorum” del siglo XIV anotada y concordada por FRANCISCO PEÑA a instancia de la Curia romana en 1578, p. 45.

⁶³ JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, “La dignidad de la persona”, Civitas, Madrid, 1986, p. 25.

No existe excepción alguna al respeto. La dignidad humana figura en el Preámbulo⁶⁴ y en el art. 1⁶⁵ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH)⁶⁶ y es considerada por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁶⁷ la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, así como la fuente de los derechos del ser humano.

Por su parte la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos afirma en su Preámbulo que los derechos esenciales de la persona humana nacen de sus atributos como ser humano y en el art. 11.1 establece:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

Además, la dignidad humana se reconoce como base del Derecho Penal Internacional. Como hemos tenido ocasión de sostener en nuestro trabajo *“Bases metodológicas de la jurisdicción universal”*, los delitos de lesa humanidad son execrables y sus autores no deben quedar impunes, pero la dignidad del ser humano, basada en el cristianismo en la creación de todos a imagen y semejanza de Dios por encima de los pecados, en el Derecho se define como valor universal, pese a los crímenes que el delincuente pueda haber cometido. Como sostiene ZAFFARONI, con fundamento en la DUDH, el reconocimiento de la dignidad humana por el Derecho Internacional exige asegurar un sistema de sanción de los *delitos de lesa humanidad* que devuelva al victimario al mundo del ordenamiento jurídico⁶⁸.

En dicho ámbito no sólo es posible que el delincuente se reconozca como ser humano que es tratado como ser libre y responsable, conforme a la teoría hegeliana sobre la finalidad de la pena⁶⁹, sino que se encuentra además la necesaria previsión de la indulgencia, cuando sirva para evitar el menoscabo del principio de la dignidad humana o para la consecución de otros fines de interés público, que sean constitucionalmente legítimos, como ya hemos tenido ocasión de exponer con anterioridad.

⁶⁴ *“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (...). Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.*

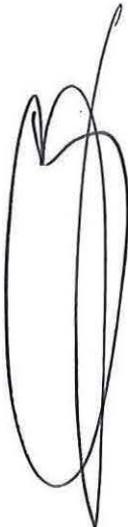
⁶⁵ *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.*

⁶⁶ Aprobada en la 183 Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

⁶⁷ Hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

⁶⁸ Véase, con mayor amplitud en el tratamiento del tema, nuestro trabajo *“Bases metodológicas de la jurisdicción universal”*, en *“Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, especialmente pp. 1520 a 1526.

⁶⁹ Véase KATHLEEN DEAN MOORE, op. cit., pp. 47 y ss.



En efecto, el respeto por el principio de la dignidad humana fundamenta la comprensión de la pena como institución distinta de la venganza, la retribución y el escarmiento público, por lo que la sanción debe ser atemperada (e incluso evitada) cuando el castigo se oponga a valores superiores del ordenamiento jurídico⁷⁰, que explican nuestra voluntad de vida en sociedad y la ligazón de los seres humanos con las normas jurídicas que la hacen posible. Sobre tal base, de respeto a la dignidad humana, no se puede sostener, ni desde el Derecho Internacional, ni desde ningún Derecho interno de base humanista, que la aplicación, conforme a la Constitución y a la Ley interna, del *indulto* y la *gracia* por motivos humanitarios a un penado con una enfermedad grave e incurable que ha permanecido casi doce años en prisión (prácticamente la mitad de su periodo de reclusión), cuya permanencia en el establecimiento penitenciario pone en peligro su vida e integridad física, contradiga ningún mandato -de ninguna procedencia-. Antes al contrario, constituye una exigencia derivada de la necesidad de salvaguardia de la dignidad del ser humano tutelada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

IV. CONCLUSIONES

Seguidamente formularemos nuestras conclusiones dando respuesta a las cuestiones que constituyen el objeto de la consulta que por el INPCCP se nos plantean.

A) DE LA NATURALEZA Y REGULACIÓN DE LAS GRACIAS PRESIDENCIALES EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL PERÚ: *INDULTO Y DERECHO DE GRACIA*.

- 1) ¿Las *gracias presidenciales* constituyen una institución de aplicación potestativa por parte del Presidente de la República en el Derecho Comparado y en Perú? (Naturaleza jurídica).

El perdón presidencial constituye una potestad discrecional del Presidente de la República en Perú, mediante el cual se atempera la aplicación del ius puniendi cuando concurren razones de interés público, constitucionalmente legítimas, que lo justifican.

- 2) ¿El otorgamiento de *gracias presidenciales*, como atribución del Presidente de la República (Poder Ejecutivo), se encuentra sujeto a control por parte de las

⁷⁰ Siguiendo a GREGORIO PECES BARBA, consideramos que la constitucionalización de los valores superiores del ordenamiento jurídico "ha roto la tradicional dialéctica Derecho natural-Derecho positivo que parecía condenar a la cultura jurídica moderna a un callejón sin salida, a través de una correcta formulación de la relación Poder-Derecho y de una positivización de los contenidos éticos o de justicia que el Poder pretende realizar a través del Derecho y que son esos valores superiores". "Los valores superiores", Tecnos, Madrid, 1986, pp. 12 y 13.

instituciones que representan los otros dos poderes del Estado: poder judicial y poder legislativo?

El ejercicio de la potestad de perdón presidencial es susceptible de control de constitucionalidad, en cuanto a sus requisitos formales y también materiales, si bien no en cuanto a su conveniencia. La ley, por su parte, puede establecer condiciones y límites de carácter general.

- 3) ¿La atribución presidencial de otorgamiento de *gracias presidenciales* se configura como una obligación de otorgamiento a la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos o existe un margen de discrecionalidad del presidente de la república?

Es el Presidente de la República de Perú quien tiene conferida la potestad constitucional de otorgar el perdón y valorar su conveniencia. Satisfechas las exigencias formales y materiales que condicionan su actuación, básicamente la motivación de la medida en la consecución de una finalidad de interés público, sólo cabe valorar el acierto de la medida en el terreno político.

- 4) ¿Cuál es el efecto jurídico del reconocimiento constitucional de la atribución presidencial de otorgamiento de *gracias presidenciales* frente a una prohibición establecida por organismos internacionales que limiten su otorgamiento? ¿Es admisible dicha prohibición?

El Derecho Penal Internacional de ius cogens no prohíbe el perdón. Convencionalmente, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos la jurisprudencia de la CIDH, tribunal internacional encargado de la interpretación del Pacto de San José, ha establecido la prohibición de la amnistía frente a crímenes de lesa humanidad y el indulto que persiga otorgar la impunidad a tales delitos, no así los indultos otorgados por razones humanitarias.

- 5) En la tipología de *gracias presidenciales*, ¿las de tipo humanitario podrían prohibirse a través de una norma de rango infra constitucional?

La prohibición legal del perdón por razones humanitarias constituiría una violación del principio constitucional de la dignidad humana.

- 6) ¿Para admitir una prohibición de las *gracias presidenciales* de tipo humanitario sería necesario una prohibición específica y expresa o bastaría con una prohibición general?

Ningún tipo de prohibición legal del perdón humanitario resultaría admisible, por infringir el principio de dignidad humana.

- 7) ¿A efectos de garantizar el cumplimiento de la finalidad de un *indulto humanitario*, resulta razonable y justificado el otorgamiento de derecho de gracia a la misma persona que se encuentra en el momento del otorgamiento, con un proceso penal en curso y que cumple los requisitos correspondientes?

Resulta coherente, en especial en el caso de Alberto Fujimori, que no podía ser condenado en el proceso que subsistía frente a él a pena distinta a la que era objeto de indulto y cuya intervención en el juicio resulta más útil en condición de testigo para la eficacia del derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad.

B) DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL INDULTO EN LA CONDENA POR EL PROCESO PENAL DE BARRIOS ALTOS Y LA CANTUTA Y EL DERECHO DE GRACIA EN EL PROCESO PENAL RECAÍDO EN EL EXPEDIENTE 649-2011, CASO PATIVILCA, CONTRA ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI.

- 1) ¿La aplicación de la *gracia presidencial de indulto humanitario* en el Perú implica un impedimento para la investigación, juzgamiento o sanción de delitos?

Como en otros ordenamientos el indulto total extingue la pena y el derecho de gracia la acción penal.

- 2) ¿El otorgamiento de *gracias presidenciales* de carácter humanitario colisiona con algún instrumento internacional o al contrario resulta compatible con algún instrumento internacional del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario?

El otorgamiento del indulto y la gracia por motivo humanitario no vulnera ningún instrumento internacional y encuentra amparo en el art. 1 de la DUDH.

- 3) ¿El otorgamiento de la *gracia presidencial de indulto humanitario* en el Perú a una persona que ha cumplido casi la mitad de la pena privativa de libertad impuesta, implica un impedimento para la sanción a esta persona o la supresión o eliminación de los efectos de su sentencia condenatoria?

No, porque el indulto no elimina la declaración de hechos probados ni el reproche penal efectuado en la sentencia condenatoria, que se mantiene incólume.

- 4) ¿El otorgamiento del *derecho de gracia* en el Perú requiere la verificación de un exceso de duración de la instrucción y además el exceso de carcelería por dicho lapso?

La Constitución sólo establece una exigencia ligada a la duración de la instrucción de la causa.

- 5) ¿Es posible el otorgamiento de *derecho de gracia* en el Perú a una persona privada de libertad por cumplimiento de una condena anterior, respecto de la cual se ha excedido en más del doble el plazo de instrucción en su contra por un subsecuente proceso?

Sí es posible, porque el indulto y la gracia no son incompatibles. En el presente caso, además, sucede que en el segundo proceso la pena que podría ser impuesta quedaría absorbida por la pena indultada.

- 6) ¿El efecto jurídico del otorgamiento de *derecho de gracia* en el Perú, puede oponerse en una audiencia de control de acusación como causal de sobreseimiento del proceso?

Si. La ley expresamente que la gracia tiene como efecto la extinción de la acción penal y el sobreseimiento definitivo de proceso, con efecto de cosa juzgada. Resulta obvio que el enjuiciamiento queda condicionado a la inexistencia de motivo de sobreseimiento y que la fase intermedia del proceso sirve para controlar el la legalidad de la apertura del juicio oral, no sólo en cuanto al fundamento de la acusación, sino a la satisfacción de los presupuestos procesales. Sin acción penal no puede existir ni acusación, ni juicio, ni sentencia de condena.

- 7) ¿El cómputo del plazo para contabilizar el lapso en que se encuentra procesada una persona debe iniciarse desde que se emite el auto de apertura de instrucción en su contra o desde que se comunica a las autoridades peruanas la resolución de ampliación de extradición que autoriza su juzgamiento por los hechos por los cuales se abrió instrucción?

El dies a quo del plazo es el día de la incoación de la instrucción. No puede considerarse finalizada la instrucción, en el esquema del proceso del Código de Procedimientos Penales de 1940, hasta que se produce la

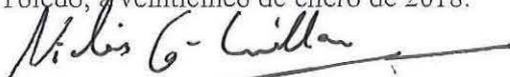
autorización para el enjuiciamiento, en virtud de la ampliación de la extradición, por la República de Chile, conforme al Tratado de Extradición con la República de Perú.

- 8) Si se ha emitido auto de apertura de instrucción contra una persona y sin embargo se señala en éste que se suspende la recepción de su declaración hasta una fecha posterior, ¿debe entenderse como una suspensión de los plazos de instrucción?

No, puesto que no se contempla como tal causa en la ley. Además, siendo la declaración del inculgado durante la fase de instrucción una exigencia del derecho de defensa y del debido proceso, una instrucción no puede entenderse finalizada sino se ha producido la declaración del procesado, una vez informado de los hechos que se le imputan.

Este es mi dictamen que, como siempre someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

Toledo, a veinticinco de enero de 2018.



Nicolas Gonzalez
Cuellar Serrano

Firmado digitalmente por Nicolas Gonzalez
Cuellar Serrano
Nombre de reconocimiento (DN):
cn=Nicolas Gonzalez Cuellar Serrano, o, ou,
email=ngc@gonzalezcuellarabogados.net,
c=ES
Fecha: 2018.01.29 11:51:13 +01'00'

Prof. Dr. D. Nicolás González-Cuellar Serrano