

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**EL INDULTO EN LOS SUPUESTOS DE VIOLACIÓN A LOS  
DERECHOS HUMANOS: CASO DE ALBERTO FUJIMORI**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE**

**ABOGADO**

**AUTOR**

**LUIS FERNANDO ISRAEL NIETO ESQUEN**

**ASESOR**

**KATHERINE DEL PILAR ALVARADO TAPIA**

<https://orcid.org/0000-0002-8451-0475>

**Chiclayo, 2021**

**EL INDULTO EN LOS SUPUESTOS DE GRAVE  
VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: CASO  
ALBERTO FUJIMORI**

PRESENTADA POR:

**LUIS FERNANDO ISRAEL NIETO ESQUEN**

A la Facultad de Derecho de la  
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo  
Para optar el título de

**ABOGADO**

APROBADA POR:

Freddy Ronald Centurión Gonzales

PRESIDENTE

Fátima Del Carmen Pérez Burga  
SECRETARIO

Katherine Del Pilar Alvarado Tapia  
VOCAL

## **Dedicatoria**

Esta tesis para optar mi título de abogado está dedicada a nuestro padre celestial Dios, quién con su venia ha hecho posible que haya podido culminarla. A mis padres, Luis Alberto y María Ysabel, quienes han sido mi motivación durante este arduo camino para poder hoy en día lograr este objetivo propuesto.

## **Agradecimientos**

Agradecimiento infinito a mi asesora, maestra Katherine Alvarado Tapia; quien ha sido un pilar importante ya que a través de su ilustración, conocimiento, asesorías y comprensión, contribuyó de manera contundente para que pueda desarrollar y culminar esta tesis. A mis profesores de la facultad de derecho por su conocimiento impartido, de igual forma a mis compañeros Antonio fuentes y Carlos pacheco quien con su motivación me impulsaron a culminar esta tesis. Toda esta investigación es en reconocimiento a ellos.

## Resumen

La presente investigación se está desarrollando con el objetivo de determinar si es procedente o no la aplicación y ejecución del indulto humanitario y derecho de gracia a Alberto Fujimori, habiendo éste sido condenado anteriormente por la justicia peruana por hechos considerados como crímenes de lesa Humanidad. En primer lugar, desarrollaremos lo que es el derecho de gracia, sus antecedentes, su origen y definición, hablaremos del indulto, del indulto humanitario, sus antecedentes del mismo la diferencia que existe entre este y el derecho de gracia, y la aplicación de la normativa peruana en relación a este indulto humanitario. En segundo lugar, hablaremos de los crímenes de lesa humanidad, la relación que guardan con el caso del ex presidente Alberto Fujimori, la valoración de estos a través de la jurisprudencia nacional e internacional, el deber que tiene todo estado de cumplir las sentencias emitidas por la CIDH, el deber de reparación de las víctimas y la necesidad de una posible incorporación de este tipo de delitos en nuestro ordenamiento. Finalmente hablaremos de los mecanismos de control para concesión de indultos y derecho de gracia a través de los cuales determinaremos si efectivamente fue procedente o no la concesión del indulto humanitario y derecho de gracia al ex presidente Alberto Fujimori.

**PALABRAS CLAVE:** indulto, indulto humanitario, derecho de gracia, crimen de lesa humanidad.

### **Abstract**

This investigation is being carried out with the objective of determining whether or not the application and execution of the humanitarian pardon and right of grace to Alberto Fujimori is appropriate having previously been convicted by the Peruvian justice for acts considered as crimes against humanity.

In the first place we will develop what the right of grace is its background, its origin and definition we will talk about pardon, humanitarian pardon its background the difference between it and the right of grace and the application of the regulations. Peruvian in relation to this humanitarian pardon.

Secondly we will talk about crimes against humanity the relationship they have with the case of former president Alberto Fujimori the assessment of these through national and international jurisprudence, the duty of every state to comply with the judgments issued by the IACHR the duty of reparation of the victims and the need for a possible incorporation of this type of crimes into our legal system.

Finally, we will talk about the control mechanisms for the granting of pardons and the right of grace through which we will determine whether or not the granting of the humanitarian pardon and the right of grace to former President Alberto Fujimori was appropriate or not.

**KEYWORDS:** pardon, humanitarian pardon, right of grace, crime against humanity.

## Índice

RESUMEN .....	5
ABSTRACT .....	6
TABLA DE ABREVIATURAS.....	8
INTRODUCCIÓN .....	9
<b>CAPÍTULO I: LA GRACIA PRESIDENCIAL Y EL INDULTO A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.</b> .....	11
1.1. Derecho de gracia .....	11
1.1.1. Antecedentes .....	11
1.1.2. Origen y definición del derecho de gracia .....	12
1.1. Indulto .....	15
1.2.1 Antecedentes .....	16
1.2.2 Definición.....	18
1.2.3 Diferencia entre el indulto y el derecho de gracia.....	21
1.3. La aplicación de la normativa peruana en relación al indulto humanitario .....	21
<b>CAPÍTULO II: DELITOS DE LESA HUMANIDAD, LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE IDH Y LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS</b> .....	25
2.1. El Delito de lesa humanidad en relación al caso del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori. ....	25
2.2. La calificación de hechos como crímenes de lesa humanidad a través de la jurisprudencia nacional e internacional .....	31
2.3. El delito de lesa humanidad a través del derecho internacional y la jurisprudencia .....	33
2.4. La necesidad de incorporar el delito de lesa humanidad en la normativa peruana .....	41
2.5. Sobre el deber de reparación a las víctimas y la obligación de cumplimiento de las sentencias de la CIDH .....	44
<b>CAPÍTULO III: MECANISMOS PARA CONTROLAR LA CONCESIÓN DEL INDULTO Y EL DERECHO DE GRACIA EN LOS SUPUESTOS DE GRAVE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS</b> .....	46
3.1. Reflexiones sobre las consecuencias del Indulto otorgado al ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori. ....	46
3.2. Aplicación del control de convencionalidad en la justicia peruana.....	47
3.4. El control jurisdiccional de los actos emanados de la potestad discrecional (concesión de indultos) .....	56
CONCLUSIONES.....	61
BIBLIOGRAFÍA .....	63

**TABLA DE ABREVIATURAS**

<b>CORTE IDH</b>	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<b>CADH</b>	Convención americana de derechos humanos
<b>CIDH</b>	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
<b>CGP</b>	Comisión de Gracias presidenciales
<b>CPI</b>	Corte Penal Internacional.
<b>CPP</b>	Código Procesal penal.
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>MINSA</b>	Ministerio de Salud.
<b>CP</b>	Código Penal.

## INTRODUCCIÓN

En la presente investigación estudiaremos si es procedente la aplicación ejecución del indulto humanitario y derecho de gracia a Alberto Fujimori, habiendo sido previamente condenado por delitos considerados crímenes de lesa humanidad.

Si bien es verdad que en Diciembre del 2017, el ex presidente Kuczynski logró retener la presidencia de la República luego que el Congreso desestimara un pedido de vacancia presentado en su contra, gracias a la abstención de 10 congresistas liderados por Kenji Fujimori el cual pertenece al partido Fuerza Popular, público promotor de la libertad de su padre.

Alberto Fujimori fue condenado en abril del 2009 a 25 años de prisión por las masacres de Barrios Altos y La Cantuta, además de las detenciones del empresario Samuel Dyer y del periodista Gustavo Gorriti, producidas en el marco del golpe de Estado del 5 de abril de 1992. Conforme ha quedado establecido, Alberto Fujimori solicitó el 15 de diciembre del 2017 que se le redujera la condena por vía de la conmutación.

El 18 de diciembre del 2017, presento un segundo pedido para que se le indultara por razones humanitarias. Esta solicitud fue presentada por Fujimori y fue enviada por la Dirección del Penal de Barbadillo a la Comisión de Gracias Presidenciales (CGP), el ente encargado de evaluar y recomendar los indultos presidenciales y las conmutaciones de pena, según dijo el entonces viceministro de justicia y presidente de la CGP, Juan Falconi, la secretaria técnica de su sector advirtió que al pedio le faltaban documentos médicos, por los que se les solicitó al Ministerio de Salud (MINSA), para admitirlo. De esta manera se dio la aplicación del acta de la junta médica penitenciaria.

Para la admisión del indulto presidencial fue necesario cumplir con los requisitos exigidos por ley en este caso exigidos por CGP.

El 22 de diciembre del 2017, el Ministerio de Salud envió los documentos requeridos por la CGP para recibir el pedido de indulto de Fujimori, según lo indicó el Ministerio de justicia. Con estos documentos, el pedido de indulto finalmente llegó a la comisión presidida por Falconi. Entre ese día y el domingo 24 de diciembre del 2017, la comisión analizó la solicitud y recomendó el indulto por ser “una persona que padece de una enfermedad no terminal grave, que se encuentra en etapa avanzada, progresiva, degenerada e incurable y porque las condiciones carcelarias en el Establecimiento Penitencia Barbadillo, colocan en grave riesgo su vida. Justamente el mismo 22 de diciembre del 2017, cuando se produjo la votación sobre la vacancia del presidente Kuczynski en el Congreso, el indulto ya se había solicitado, Kenji Fujimori anuncio ese mismo día que se abstendría en la votación sobre la vacancia puesta a debate.

La secuencia de hechos pone en evidencia la presencia de un acuerdo o al menos de una confluencia evidente entre ambos pedidos relacionados al indulto a Alberto Fujimori, que afecta dos casos sobre derechos humanos sujetos a supervisión internacional; y la gracia por exceso en el tiempo del proceso por el caso Pativilca, este último caso, que merece consideraciones propias, fue autorizado para ser seguido en contra de Alberto Fujimori por la Corte Suprema de Chile y llevado ante un tribunal por una acusación presentada en julio del 2017. Por otro lado la Leyes N° 26478 (junio de 1995), N° 28760 (junio del 2006) y N° 29423 (octubre del 2009) prohíben conceder gracias o indultos a los procesados o condenados por secuestro o extorsión. Al condenarlo, la Corte Suprema

declaró que la detención de Samuel Dyer y Gustavo Gorriti, producida en el marco del golpe de Estado en abril de 1992 constituía un caso de secuestro.

El 24 de diciembre del 2017 transcurridos casi diez años de la misma el condenado Alberto Fujimori fue objeto de un indulto y un derecho de gracia (ambos por razones humanitarias) concedidos por el ex presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski, a través de la Resolución Suprema N.º 281-2017-JUS.

La aplicación del delito de lesa humanidad en la sentencia de los casos Barrios Altos y La Cantuta implica la existencia de diversas consecuencias legales, por lo cual se refiere que el objeto del análisis tomándolo como problemática es la prohibición de la aplicación de indultos o cualquier tipo de derecho de gracia y, con ello, la atenuación, justificación o eximente de responsabilidad penal de los agentes del delito.

*Es por ello que la presente investigación se basa en la siguiente pregunta de investigación: ¿es procedente la aplicación y ejecución del indulto humanitario y derecho de gracia a Alberto Fujimori, habiendo éste sido condenado anteriormente por la justicia hechos considerados como crímenes de lesa humanidad?*

Objetivo general:

*La presente investigación tiene por objeto determinar si es procedente la aplicación y ejecución del indulto humanitario y derecho de gracia a Alberto Fujimori, habiendo sido previamente condenado hechos considerados como crímenes de lesa humanidad.*

Objetivos específicos:

- 1. Describir la figura jurídica del indulto y la gracia presidencial a través de análisis de la constitución, la doctrina, la jurisprudencia, y la legislación nacional vigente.*
- 2. Describir los delitos de lesa humanidad, las obligaciones de cumplimiento de las sentencias de la CIDH en el Perú y el deber de reparación para con las víctimas.*
- 3. Establecer mecanismos de control para limitar la concesión del indulto humanitario y derecho de gracia en los supuestos de grave violación de los derechos humanos.*

HIPOTESIS:

No es procedente la aplicación y ejecución del indulto humanitario y derecho de gracia a Alberto Fujimori habiendo sido previamente condenado por delitos de lesa humanidad puesto que esto impediría la efectividad del derecho de acceso a la justicia, entendiendo la misma, por un lado, en la acción de identificar, juzgar y sancionar a los responsables y, por el otro, el deber que tiene el estado de reparar a las víctimas que han sufrido tales delitos.

## **CÁPITULO I: LA GRACIA PRESIDENCIAL Y EL INDULTO A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.**

En el presente capítulo se va a desarrollar el contenido tanto del derecho de gracia como del indulto, abarcando sus antecedentes, desarrollando sus conceptos, explicando la diferencia entre ambos y la aplicación normativa en relación al indulto, además se analizará la compatibilidad del derecho de gracia presidencial y el indulto humanitario con la finalidad de llegar a determinar de qué manera influye en la Constitución, Legislación, Doctrina y la jurisprudencia.

### **1.1. Derecho de gracia**

#### **1.1.1. Antecedentes**

Junto con el indulto, el derecho de gracia viene a constituirse como manifestación del poder político central, encarnado en la figura del presidente del Poder Ejecutivo, sobre lo decidido y sobre los procesos judicializados. El derecho de gracia es cualitativamente diferente al indulto. Los orígenes del derecho de gracia se encuentran en el Estado legal de derecho y en las monarquías absolutistas como en los sistemas presidencialistas puros (Torres, 2017).

A nivel constitucional, el artículo 118, inciso 21, de la Constitución Peruana establece que le corresponde al presidente de la República 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. Asimismo, el artículo 139, inciso 2, de la Carta Magna dicta que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en calidad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia.

A nivel legal, el artículo 78, inciso 1, del Código Penal estipula que la acción penal se extingue por el derecho de gracia.

Tales son las normas guía del derecho de gracia, advirtiéndose que a nivel reglamentario, por la Resolución Ministerial N° 0162-2010-JUS, de fecha 13 de julio del 2010, se aprueba el Reglamento Interno de la Comisión de Gracias Presidenciales, en el cual se aprecia que el derecho de gracia se clasifica centralmente en dos clases: el derecho de gracia común y el derecho de gracia por razones humanitarias (artículo 3). Para el derecho de gracia común hay una regla precisa establecida en el artículo 36 del referido reglamento, según la cual se propondrá el derecho de gracia común solo cuando en los procesos penales se exceda el doble del plazo de instrucción más su ampliatoria. Esta norma, se encuentra en relación con lo que el artículo 118, inciso 21, establece en la constitución. Para el derecho de gracia por razones humanitarias, el artículo 31 del Reglamento de la Comisión de Gracias Presidenciales establece que se recomendará el indulto y el derecho de gracia por razones humanitarias, solo en los siguientes casos (Caro, 2013):

- 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.

### 1.1.2. Origen y definición del derecho de gracia

Hasta finales de los años 80 el indulto era en nuestro medio, como en cualquier otro país de América Latina, una medida de clemencia discrecional por medio de la cual el Presidente podía remitir una condena de cualquier tipo sin más justificación que su propia decisión. Sin embargo, en octubre de 1990 una disposición del Ejecutivo cambió las cosas en parte. Recién instalado Alberto Fujimori en la presidencia, el ambiente que impregnaba el clima político era fuertemente reformista, y el discurso de candidato, del recién investido presidente había incluido críticas muy duras al judicial. En los primeros 20 meses del periodo que se inauguró en julio, una de las líneas más fuertes de crítica tenía relación con el evidente e histórico hacinamiento que mostraban los penales, que parecía por entonces irresoluble. Sobre la base de esa evidencia, el Ejecutivo modificó las reglas del indulto a través de la Ley N° 26655 mediante la cual se crea la comisión encargada de proponer en forma excepcional al presidente de la república el ejercicio del derecho de gracia, entonces de esta manera logró autorizarse a sí mismo a excarcelar a internos con procedimientos judiciales retrasados en exceso. El discurso que explicaba la medida trataba entonces sobre el hacinamiento y la medida venía propuesta como una forma de reducirlo. En la regla, la idea suponía extender las atribuciones presidenciales para indultar personas sometidas a proceso, además de los condenados (El Comercio, 1990).

De acuerdo a lo expresado en la disposición ejecutiva de los años 1990 en relación a la medida se puede determinar que no pretendía ser limitada como ilimitado era el ejercicio de esta atribución frente a condenados. Por el decreto publicado en octubre de 1990, el Presidente adquiriría la atribución de proceder solo a favor de personas que tuvieran más de 9 o 18 meses de detención (según el tipo de procedimiento, ordinario o sumario, que se les venga aplicando).

La iniciativa fue respaldada por organizaciones tan indiscutibles en sus perspectivas institucionales como los Institutos Libertad y Democracia y de Defensa Legal (Herrero, 2012). En la Comisión que debía evaluar los casos a ser recomendados para ser indultados además hubo personalidades como Hubert Lanssiers, José Burneo, Ronald Gamarra, José Ugaz y Víctor Prado Saldarriaga.

Se opusieron a la medida, por encontrarla inconstitucional, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia; el fiscal de la Nación, don Manuel Catacora Gonzales; la Asociación Nacional de Magistrados; el decano del Colegio de Abogados de Lima, don Fernando Vidal Ramírez; y los profesores Alfredo Quispe Correa, Luis Lamas Puccio y Juan Espinoza Córdova. Entre los medios de comunicación, el diario *El Comercio* publicó un comentario editorial en contra de la medida (Semana Económica, 2017).

Aún en medio de esta controversia, la Comisión se instaló y gestionó beneficios para 88 procesados sin que el Poder Judicial o la Fiscalía promovieran un proceso en forma sobre la inconstitucionalidad de la medida.

Difícil pretender que con 88 casos se hubiera producido un efecto significativo contra el hacinamiento de los penales del país. Sin embargo, basada en esta experiencia, la Constitución de 1993 introdujo en el ordenamiento la llamada “gracia presidencial” para

los casos de personas que fueran víctimas de retraso en el procedimiento. La Constitución concibió esta medida como una atribución exorbitante que permite al presidente de la República afectar la situación de personas sometidas a procesos que hayan tomado un tiempo mayor al “doble del plazo de la instrucción más su ampliatoria” (artículo 118. 21 de la Constitución peruana de 1993).

Es así que a mediados de los años 90, se produjo otra innovación que afecta las reglas ahora aplicables a este tipo de asuntos. En agosto de 1996, el Parlamento creó una nueva Comisión excepcional a la que encargó recomendar al Presidente como candidatos a ser beneficiados con la llamada “gracia presidencial” de la Constitución de 1993 a personas que hubieran sido indebidamente encarceladas por terrorismo.

La Ley N° 26655, aprobada para estos efectos impuso dos condiciones a esta Comisión: i) sus recomendaciones debían referirse a personas sometidas a proceso en base a pruebas insuficientes; y ii) los recomendados debían estar desvinculados de cualquier organización terrorista.

Una Ley complementaria aprobada en abril de 1998 autorizó a la Comisión a recomendar la reducción de las condenas impuestas a terroristas arrepentidos que hubieran oficiado como colaboradores eficaces para las autoridades (Ley N.° 26940). Para estos fines, el Congreso entendió que las reducciones podían ser otorgadas por el Presidente de la República sin intervención de los tribunales sobre la base de su atribución general a conmutar penas (artículo 118.21 de la Constitución).

Una tercera ley, aprobada en noviembre de 1998, declaró que los procesos seguidos contra personas beneficiadas por la gracia presidencial en este marco debían concluir de inmediato, y que los jueces que se negaran a aprobar su conclusión debían responder por su negativa (Ley N.° 26994). También en noviembre de 1998, el Congreso modificó el artículo 78 del Código Penal para establecer que la concesión de la llamada “gracia presidencial” por retardo en el procedimiento “extingue la acción penal”, igual que la prescripción o la concesión de una amnistía.

El texto de la Constitución no establece con precisión si esta medida alcanza los casos en que el procedimiento está en fase de instrucción judicial o alcanza también a los casos que han sido ya recibidos en juicio. La Ley N.° 26994 y la reforma al artículo 78 del Código Penal no incluyeron ninguna disposición al respecto.

En atención a las recomendaciones de esta Comisión el gobierno de esos años simplemente anuló los procesos que se seguían contra otras 502 personas, la mayoría de las cuales fueron elegidas, con el aval del Ministerio de Justicia de entonces, por la precariedad de las pruebas que se habían presentado en su contra.

Es de anotar que la gracia presidencial, no se encuentra prevista como una excepción procesal en el ordenamiento, ya que según el art. 6 del Código Procesal Penal, enumera una serie de excepciones dentro de las cuales no considera al derecho de gracia como una de ellas, además en su art. 7.3; del mismo código señala que estos medios de defensa como son las excepciones pueden ser declarados de oficio mientras que en la gracia presidencial, prima el principio rogatorio, por lo que deberá ser opuesta por el beneficiario en el o los procesos penales instaurados en su contra.

La solicitud de gracia presidencial ante el Poder Ejecutivo no es personalísima, pues, tal como señala el art. 16 del Reglamento Ministerial N° 0162-2010-JUS, la solicitud puede

ser formulada por un familiar, autoridad, entidades públicas, organización o cualquier persona interesada en transmitir la voluntad del solicitante y no requiere firma del letrado.

El principio de dignidad humana, base de los derechos humanos, se expande en todas las fuentes constitucionales e inspira otros principios del ordenamiento jurídico, como el principio de inocencia, el *principio pro operario*, el *principio pro personae*, entre otros. En ese sentido, en caso de conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica, la segunda debería ceder frente a la primera cuando la defensa de la persona y su dignidad, como fines supremos del Estado, no sean posibles de garantizar incluso en el marco de vigencia de un debido proceso (Radbruch, 2016). Por eso, el ejercicio del derecho de gracia colabora en explicar y comprender un correcto equilibrio de los poderes para la formación y concreción del estado de derecho, contrario a posturas que tienden a tener una concepción del *ius puniendi* como un estado vengador y la pena como retribución, pues la clemencia también está contenida en la defensa de la persona humana y su dignidad (Herrero, 2012).

Arribando a una definición podríamos decir que la gracia presidencial se otorga a una persona que aún se encuentra siendo procesada y por ende aún se le presume inocente. Es decir, mediante la gracia presidencial se sustrae a una persona del proceso penal en el cual se iba a determinar o no su responsabilidad.

La gracia presidencial es otorgada cuando cuya duración de investigación preparatoria es excesiva, además deberá ser opuesta por el imputado en el proceso penal instaurado en su contra, ya que siempre es planteada de parte y mas no de oficio es decir no puede ser aplicada de forma automática para extinguir la acción penal, pues, dado que su fundamento está referido a la excesiva duración de la etapa de investigación sin que se formule pretensión punitiva así como en las condiciones personales del procesado que le impide el cumplimiento de una posible pena, se deberá evaluar judicialmente en cada caso a efectos de verificar que cumpla sus fines.

Aun cuando es más usual que la facultad de perdonar por parte del Presidente de la Republica se encuentre referida al perdón después de la imposición de una condena se prevé que este perdón o gracia alcance a los que aún no hayan sido sentenciados, esto es conocido como “indultos preventivos”.

En estricto, el sustento de la gracia presidencial o perdón en la persecución del delito es la aceptación de que el propio sistema de justicia ha incurrido en una falta de perseguir penalmente el delito; de esta manera, el mismo proceso se ha convertido en un castigo.

Es preciso señalar también que en nuestro país, solo procede la gracia o perdón preventivo en los casos de que tengan las siguientes condiciones formales y materiales, según lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la STC 4053-2013, caso *Jalili Awapara*:

- Condición formal: excesiva duración del proceso sin que se formule una acusación

Este es el caso establecido en el art. 118 de la Constitución Peruana, que señala que corresponde al presidente de la republica conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en los que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria; esta sentencia señala además, la necesidad de refrendo ministerial en la decisión del Presidente de la Republica conforme a lo establecido en el artículo 120 de la Constitución Peruana,

que señala que son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de dicha refrendación.

- Condición material: la inutilidad de la eventual condena  
 En la STC EXP N° 4053-2007-PHC/TC se desarrolla esta condición a fin de no afectar el principio de igualdad, pues señala que:  
 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 de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las *especiales condiciones* del procesado.

Estas condiciones personales hacen referencia a la salud grave e incurable del procesado, por lo que se atiende a los motivos humanitarios.

A su vez, esta condición material atiende a los fines de prevención especial que se persigue con la pena, por lo que, en determinados casos, dadas las condiciones especiales del imputado, se torna inútil una eventual condena.

El reglamento interno de la comisión de gracias presidenciales, Resolución Ministerial N°0162-2010-JUS, señala en su artículo 31 que la gracia por indulto humanitario procede en los casos de: a) procesados que padecen enfermedades terminales b) los que padecen enfermedades no terminales graves, que se encuentran en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable; y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad) 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.

En estos casos, donde no es posible obtener dicho efectos con el cumplimiento de una pena, deviene en inútil pronunciamiento de una condena.

Con estas dos condiciones concurrentes, la gracia presidencial es una forma de evitar la imposición de un castigo.

Queda claro que el derecho de gracia, en el Perú, no constituye una carta blanca para ser usada en todos los procesos penales que se siguen contra del beneficiario, sino que este derecho requiere de un control judicial para respaldar su validez y transparencia, con el fin de que se responda a los requisitos establecidos constitucionalmente, para que la facultad presidencial de extinguir la acción penal mediante esa gracia no se convierta en una herramienta de impunidad.

### **1.1. Indulto**

El indulto constituye una materia sensible para el Estado Peruano, tal es el caso que el sistema Jurídico peruano advirtió que este tipo de medidas puede llegar a: “Debilitar la obligación internacional del Estado”, derivada del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en dicha Convención.

El presidencialismo confiere dos atribuciones al titular del poder ejecutivo, la jefatura del estado y del gobierno. La primera función es más conocida en su actuar diario, en el modelo peruano, en coordinación con el presidente del consejo de ministros y su gabinete, la segunda se manifiesta de modo ordinario cuando brinda mensajes a la nación, luego de participar en una cumbre internacional, si recibe a un mandatario extranjero o promulgando una ley; sin embargo, una función que es tan o más, importante que las

anteriores es su condición de representante de la nación y símbolo de la unidad del país. Por eso, si el jefe de estado debe velar por la unidad de los peruanos, debe tener los medios para que sus buenos oficios le permitan tomar las decisiones más trascendentes y resolver los problemas nacionales.

La atribución presidencial del indulto, requiere que esta se someta a un marco constitucional vigente en donde se tenga en cuenta el carácter constitucional no arbitrario. Debe asegurarse el respeto a las limitaciones legislativas contenidas en normas de carácter penal, los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional y lo dispuesto por las sentencias del órgano jurisprudencial constitucional y lo dispuesto por las sentencias del órgano jurisdiccional del Sistema interamericano de Derechos Humanos.

El indulto se puede clasificar en total o parcial. El total consiste en la reunión de todas las penas a que hubiera sido condenado el reo, y que aún no hubieran sido cumplidas. Por su parte el indulto parcial apunta a la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas aquellas en que hubiera incurrido el delincuente, siempre que no se hubieran cumplido todavía. La conmutación de la pena o penas impuestas por otras menos graves también se considera indulto parcial. (Herrero, 2012)

### 1.2.1 Antecedentes

Dentro del análisis histórico cabe señalar que el ejercicio del perdón no hacía referencia si este se aplicaba a una sola persona de manera individual o a un grupo en general, así mismo tampoco especificaba si aplicaba para aquellas personas que ya habían sido condenadas por cometer un delito frente a aquellas que se encontraban en proceso. (Pulido y Rueda, 2018)

La institución del indulto es un antiguo privilegio que poseían los monarcas, la razón por la que se ha conservado en el tiempo está en el constitucionalismo y la explicamos con la siguiente pregunta ¿por qué el indulto se ha recogido y conservado en los parlamentarismos y presidencialismos? La respuesta guarda relación con lo que Jhon Locke (siglo XVIII) pensaba acerca de la separación de poderes. El profesor de la Universidad de Oxford reconocía con los clásicos poderes del Estado, una facultad residual que conservaría el ejecutivo, una especial atribución para actuar con discreción y resolver determinados problema, un poder residual destinado a resolver aquellos problemas de gobierno que ni las leyes pudieran prever ni el legislativo resolver. Una gracia que poseían los reyes para obrar en determinadas coyunturas y, a su vez, mantener el equilibrio institucional. En la actualidad, debería conocerse con el nombre de privilegio ejecutivo, el cual estaría en manos del jefe de estado la institución del indulto también formaría parte de su contenido. (Herrero, 2012)

Podríamos señalar la existencia del *provocatio ad populum* como un forma de ejercicio del perdón en Roma. Este mecanismo jurídico sometía a la opinión de la ciudadanía la resolución del juez, y en caso de no estar de acuerdo con esta, la decisión quedaba abolida, y, en ese sentido, se extinguía la acción penal (Herrero, 2012). Pero fue durante el imperio cuando más podría evidenciarse la figura del indulto como un tipo de perdón, pues la concentración del poder estaba en manos del emperador, tal es el caso por ejemplo de la escena bíblica de Barrabás y Jesús para ver como en determinadas festividades los gobernantes usaban esta clemencia para congraciarse con el pueblo.

Durante la Edad media, la aplicación de indultos fue muy similar a la época imperial en Roma. No obstante, los titulares de la “gracia” aumentaron exponencialmente. La aparición de los reyes y señores feudales permitieron que la “fragmentación del poder” facilitara que cada señor aplicara indultos de forma indiscriminada en los diferentes feudos (García, 2016). En este contexto, la figura del indulto se asociaba con la potestad divina que los reyes como representantes de Dios, podían ejercer. En este escenario el perdón se considera una gracia real, un gesto de la misericordia y clemencia del soberano, un acto de mera liberalidad, como lo evidencia la amplitud de circunstancias “fortuitas” (Herrero, 2012) que se utiliza para aplicarlo.

En la historia, la figura del máximo conductor de una sociedad es el Estado el cual cumple tres funciones fundamentales, como son el dirigir, el juzgar y el legislar, como sabemos antiguamente se trataba de regímenes monárquicos, no estrictamente democráticos; pero el hecho es que la figura presidencial ha recibido una herencia lo suficientemente importante de los regímenes monárquicos, imperiales o despóticos, pues una de las características de tales regímenes era la invasión de los fueros judiciales a través del perdón a los condenados, lo que en buena cuenta significa una muestra de magnanimidad como característica de un ser piadoso, próximo a la imagen de un Dios justo y bondadoso.

En ese sentido, históricamente hablando, se puede afirmar que el indulto sería la posibilidad de cancelar la pena impuesta, ya que por el indulto se extingue la ejecución de la pena. La supresión de la pena impuesta, sin olvido del hecho punible cometido por cierto. Y este a su vez es obra del conductor del poder político de un Estado. Y en segundo lugar, es un instituto que se adaptaba de un modo práctico a los gestos y actos de los gobiernos monárquicos y despóticos, en su fase de buena y piadosa administración de la cosa pública (Caro, 2013).

Queda claro entonces que la aplicación del perdón desde sus inicios siempre estuvo atado a razones de conveniencia política, por ejemplo en algunos casos para ganarse el apoyo del pueblo, tal como se refleja en el caso de Barrabas y Jesús. Así mismo tenemos que con el surgimiento del estado de derecho, el indulto es claramente reglamentado por un ordenamiento jurídico, de esta forma es que se modera el uso indiscriminado de la figura del indulto, dejando atrás el uso aleatorio que se observó durante las monarquías absolutistas, pero sin embargo cabe resaltar que aún en la actualidad perdura el carácter facultativo del perdón, por parte de la autoridad competente, claro todo esto con la debida motivación correspondiente que fundamente el otorgamiento del mismo (Pulido Y Rueda, 2018)

En Derecho comparado apreciamos un punto de vista similar respecto a la relación entre los regímenes despóticos y la figura del indulto, de acuerdo a esto el autor (Herrero, 2012) sostiene lo siguiente:

*La gracia de indulto es de carácter histórico, tanto en los regímenes monárquicos como republicanos. En los datos que nos ofrece la historia podemos observar que la institución del indulto es tan antigua como el delito, así ya aparece en las sociedades y pueblos arcaicos. La institución de la gracia era concebida como un atributo de la divinidad que la ejercita, y la teología la entiende “como medio para equilibrar la justicia”. De la divinidad se traslada al rey, ya que este representa a Dios en la tierra, convirtiéndose de este modo en un instrumento arbitrario en manos del príncipe: voluntad benévola, capricho, favor”, que acabará por caracterizar la soberanía del poder absoluto (p. 23).*

Siguiendo la línea histórica, el mismo autor señala:

*El indulto se ha mantenido como atributo de la soberanía del Estado, si bien, históricamente quedó vinculado a reminiscencias de concepciones absolutistas como residuo histórico de un régimen de unidad de poder, subsistente en el estado constitucional. Ha permanecido y “persistido” en todas las legislaciones, desde tiempos remotos, a excepción de en los textos constitucionales revolucionarios franceses en los que no aparecía, como consecuencia del movimiento racionalista, que afectó también a la materia penal. Se consideró innecesaria la gracia si existían buenas normas penales. No obstante, la gracia, ha sido, es y, obviamente, será controvertida. (p. 26)*

Con base en lo expuesto, es posible afirmar que la aplicación del perdón desde sus inicios siempre estuvo atado a razones de conveniencia política. Tanto en el caso de Grecia como de Roma la “gracia” era usada para facilitar transiciones (Ley del Olvido) o para ganarse el favor del pueblo; inclusive durante la edad media y a pesar de la amplia liberalidad de los gobernantes, durante los regímenes absolutistas, los perdones siempre se vincularon a contextos de transiciones y frente a delitos que atacaban a la autoridad. La aparición del Estado de Derecho no modificó la esencia del perdón ni su finalidad, sino tan solo el reglamento mediante un procedimiento que limitara su uso a ciertas conductas, que en el caso de ser perdonadas en un determinado escenario político redundarían en un bienestar para la sociedad.

### **1.2.2 Definición**

La palabra indulto deriva del término latino *indultum*, que se comprende como condescender, ser indulgente, ser complaciente con las faltas; en la lengua latina además, aparece el sustantivo *indultor*, *indultoris*, refiriéndose al titular que otorga el perdón; en ese sentido, teniendo en cuenta la etimología de la palabra, debemos tener en cuenta su condición jurídico políticas luego de su aplicación (Herrero, 2012).

El concepto y esencia del indulto giran alrededor de la idea de una discrecionalidad derivada de su propia naturaleza. Esta discrecionalidad alcanza la concesión o no de la gracia solicitada y la determinación de sus efectos, el indulto, precisamente, por su discrecionalidad, tiene un contenido político, a pesar de poder ser aplicado por razones humanitarias en consideración a un sentenciado que purga condena por su delicado estado de salud.

El indulto supone “La inaplicación de la pena impuesta en sentencia firme condenatoria de forma excepcional, alterando tanto la previsión de la norma penal, como la función jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado”. Por esta razón, el indulto debe entenderse como “una excepción en el Estado de Derecho toda vez que implica una limitación al principio de legalidad y seguridad Jurídica” (Fliquete, 2017).

El indulto no debe concebirse como una intromisión a la administración de justicia y las víctimas, pues no afecta el debido proceso en un estado de derecho; con lo cual el derecho de las víctimas en sus legítimas exigencias de justicia ha sido resuelta por el estado, titular del *ius puniendi*, que por el indulto renuncia a exigir el cumplimiento de una pena impuesta.

Así tenemos que una vez concedido, dictado y publicado en el diario oficial, el indulto produce unos efectos inmediatos para el beneficiario, como la declaración de la extinción de las penas sobre las que recaiga la gracia, así como el correspondiente mandamiento de libertad del condenado al centro penitenciario. Es evidente que se trata de una atribución que, de primera impresión, pareciera invadir las competencias de la judicatura, pero sus efectos jurídicos no interfieren en el proceso penal, pues se producen solamente en personas sentenciadas que cumplen condena efectiva. Debe considerarse que la Constitución Peruana establece que es atribución plena del Presidente de la República. (Semana Económica, 2017)

Desde un punto de vista jurídico más conciso, el indulto viene a ser, al decir de un sector de la doctrina peruana, el perdón que se concede a un sentenciado, el perdón de la pena. No borra el delito, solo perdona la pena que falta cumplir. El indulto se aplica para delitos comunes y se otorga en atención a la conducta observada por el interno. Es una decisión particular, no general. Beneficia a una persona concreta. Es discrecional. Extingue la pena principal y las accesorias y subsiste la obligación de reparación civil que se tramita por la vía civil (Chanamé, 2012).

Asimismo, Bernales (2012) sostiene lo siguiente:

*Para la doctrina española, el indulto es una figura jurídica que solo puede ser aplicada en caso de que exista una pena impuesta por sentencia firme. El indulto se procesa para quienes hayan cometido delitos comunes. No puede, pues, confundirse una conducta que afecta al Estado en términos políticos llámese opiniones u otras actividades que transgreden los márgenes constitucionales con acciones que no configuran sino un hecho criminal. El indulto se aplica en consideración a la persona y valora criterios subjetivos (p. 598-599).*

A nivel nacional el indulto, como institución jurídica, ha atravesado por una etapa de decantación, en distinción teórica para con la amnistía, esto según Chirinos (2016):

Relato el caso del perdón concedido al poeta José Santos Chocano a raíz de su condena por el homicidio perpetrado en agravio de Edwin Elmore. Chocano había rechazado con indignación una oferta de indulto que le hizo el presidente Augusto B. Leguía, tras la condena que le impuso el tribunal correccional. Como ese fallo fue objeto de recurso de nulidad y estaba pendiente el pronunciamiento de la Corte Suprema, se optó por una ley de amnistía expedida por el Congreso. Entonces, no hubo indulto porque no había sentencia firme. (pág. 319).

Cabe resaltar que a pesar que el perdón o indulto pueda ser considerado como una transición de la guerra a la paz, la corte interamericana señala la importancia de investigar, juzgar y sancionar a quienes cometieran crímenes internacionales o graves violaciones de derechos humanos, en ese sentido sólo se permitirá la aplicación de ciertos perdones, vía indulto o amnistía, siempre que no se trate de crímenes internacionales, agrupados en tres grupos estos según el estatuto de Roma : genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra (Pulido Y Rueda, 2018)

El análisis del constitucionalismo peruano nos indica que el indulto tardó en reconocerse. Además, en la evolución del indulto poco a poco se necesitó que se configurasen una serie de requisitos para su viabilidad, por ejemplo la buena conducta, el cumplimiento de una parte significativa de la condena, edad avanzada o enfermedad de los beneficiados (Bernales, 2012).

La calificación del indulto como derecho del beneficiario directo supone la posibilidad tanto de su renuncia como la imposibilidad de revocatoria por el concedente. La idea de renuncia del indulto presupone una titularidad, pues no sería posible plantear algo que no posee previamente, por eso tampoco puede ser revocada por el concedente ya que el ordenamiento jurídico le debe garantizar su protección y defensa.

Se ha dicho que en el marco del Estado Constitucional, el indulto debe ser entendido como una institución que no puede estar gobernada por la simple voluntad, sino también por la razón. No se trata, pues, de desaparecer el fenómeno del poder, siempre asociado finalmente a la toma de decisiones, y ellas asociadas con la manifestación de voluntades; sino de acompañarlo de una razón que valide la decisión autoritativa al exigir adecuarse, en definitiva, a la defensa de la dignidad humana (Ansuátegui, 2013).

En realidad, pues, más allá de algunas afirmaciones cuyo contenido es manifestación de desconocimiento o de mal entendimiento de las características de un Estado Constitucional, actualmente no existe mayor debate en relación con el hecho de que para que un indulto presidencial resulte constitucionalmente válido debe encontrar debidamente motivado. Por consiguiente, el tópico de análisis se concentra más bien en profundizar acerca de cuál es el estándar de motivación requerido.

Debemos de tener presente que, a juicio del Tribunal Constitucional, en la (STC 0012-2010-PI, F.J45, 2012), cuando una persona ha sido condenada penalmente por la violación de un derecho fundamental, la concesión de un indulto:

- a) incide negativamente sobre la relación de proporcionalidad que debe existir entre el *quantum* de la pena impuesta por el delito y el derecho fundamental afectado por este;
- b) incide negativamente sobre el derecho fundamental a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, en este caso, manifestado en el deber del Estado, derivado del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de sancionar debidamente las violaciones a los derechos fundamentales;
- c) afecta el derecho fundamental sobre el que recayó la conducta típica en un sentido objetivo, pues la población percibirá que las violaciones a dicho derecho no resultan debidamente sancionadas; y d) limita la cabal concretización del principio de separación de poderes.

En consecuencia, un límite al ejercicio de la prerrogativa presidencial de concesión de indultos se encuentra en que su motivación no puede ampararse en un supuesto vicio de carácter jurídico vinculado a la sentencia condenatoria. Si a través de una resolución suprema el Presidente de la República controla la validez constitucional de los argumentos de una sentencia judicial, la violación del principio de separación de poderes sería inminente. Por supuesto que ello no enerva el contenido del derecho fundamental a formular críticas a las resoluciones judiciales; pero corresponde al Presidente de la República cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisprudenciales, no controlarlas.

Sin perjuicio de lo expuesto, para el criterio del Tribunal Constitucional, un indulto incide negativamente sobre una serie de valores constitucionales, el mismo Tribunal afirma que de allí deriva no solo que no es posible concederlo sin motivación, sino que la resolución

que lo otorga “*debe estar sustentada en razones lo suficiente poderosos como para contrarrestar la incidencia que la medida genera en los antedichos valores fundamentales*”. Arribando, además, a una conclusión que es de capital importancia:

*“mientras de mayor peso axiológico sea el derecho fundamental violado por la conducta de la persona y mientras mayor sea el desprecio por el principio derecho de dignidad humana haya revelado la conducta típica, mayor será la carga argumentativa de la resolución administrativa que concede el indulto (...), y además, en función de las circunstancias del caso, mayor peso deberá revestir el derecho fundamental cuya protección se pretende alcanzar con la concesión del perdón”* (STC 0012, 2012)

En base a lo argumentado por el supremo intérprete de la Constitución, puede sostenerse que la prerrogativa de la concesión de un indulto a las personas cuya condena obedece a la violación directa de derechos fundamentales, en abstracto, tiene un peso axiológicamente leve, en la medida de que su ejercicio afecta un importante cuadro material de valores constitucionales. Por ello, la Resolución Suprema que lo concede no solo requiere una motivación suficiente, sino que requiere lo que el Tribunal Constitucional ha denominado una *motivación cualificada*. Y, en particular, resulta un ejercicio constitucionalmente prohibido cuando se trata de violaciones a los derechos humanos singularmente graves, tal como ocurre en el caso de los denominados crímenes de lesa humanidad.

### **1.2.3 Diferencia entre el indulto y el derecho de gracia**

Existen diferencias significativas en relación al indulto y el derecho de gracia. Asimismo podemos afirmar que en el indulto, el beneficiario deberá ser una persona con una condena firme, mientras que en el derecho de gracia, únicamente, podrá ser concedido a procesados, cuando la etapa de instrucción del proceso penal haya excedido el doble de su plazo legal más su ampliatoria (Torres, 2017).

Así, el indulto supone el perdón de la pena para un caso concreto y de concederse implica la automática liberación del preso. No es que con el indulto se deje de considerar que el preso ha cometido un delito o que se le perdone por la realización del mismo, sino que simplemente se le excusa del cumplimiento de la sanción.

Esto justamente es lo que distingue al indulto, ya que solo se perdona el cumplimiento de la pena, por otro lado, el derecho de gracia también es una facultad del presidente de la República, pero a diferencia del indulto, en el cual es necesario que exista una condena a ser perdonada, en el derecho de gracia no existe una condena, y pese a ello el acusado se encuentra en prisión por un tiempo (durante el que es procesado) que excede el doble del plazo en el que ordinariamente se le debería haber procesado, habiendo vencido, incluso la ampliatoria de dicho plazo. En ese sentido, el derecho de gracia se sustenta en un exceso de carcelería, que es valorado por el presidente de la República.

## **1.2. La aplicación de la normativa peruana en relación al indulto humanitario**

Más allá de las normas y principios que inspiran al Estado Constitucional de Derecho, las cuales exigen, por razones de transparencia y seguridad jurídica, una exposición de razones en las resoluciones de todas las clases y niveles; esto es, lo que se ha venido en llamarse “motivación” que no es otra cosa que la fundamentación que realizan los funcionarios estatales, dotada de estructura y contenido.

Antiguamente el estado legal de derecho al depender centralmente de las configuraciones dadas en el plano legislativo, admitía sin mayor problema zonas exentas de control constitucional debido, en un sentido jurídico, a un pobre o escaso desarrollo del Estado Constitucional y las instituciones de este último, que va desde la misma inexistencia de un Tribunal Constitucional hasta el funcionamiento del mismo en forma incipiente o desorganizada; esto es, sin tener muy clara su misión y visión (lo que podría llamarse la falta de un “sentimiento constitucional”) (Semana Económica, 2017).

El Tribunal Constitucional peruano ha realizado una destacable argumentación respecto a la inexistencia de zonas exentas de control a través de las dos sentencias básicas sobre el control constitucional de las gracias presidenciales; esto es, los casos contenidos en el Expediente N.º 4053-2007-PHC/TC (8 de diciembre de 2007) (caso Alfredo Jalilie Awapara), y en el Expediente N.º 03660-2010-PHC/TC (25 de enero de 2011) (caso José Enrique Crousillat López Torres).

En lo que respecta al derecho de gracia, en el caso Jalilie Awapara, el supremo intérprete de la Constitución afirma que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos y de los particulares (fundamento n.º 14); es decir, no hay excepción alguna en el control, pues ni el ámbito público ni el privado pueden sustraerse al hecho que sus actos deben de estar conforme a las líneas y contenidos propios de la Constitución peruana. Rasgo propio de un Estado constitucional de derecho (Caro, 2013).

El órgano de control concentrado asume que siendo el control jurisdiccional de la constitucionalidad de todos los actos, deja en claro que la 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 (fundamento n.º 15). Entre un conflicto entre la potestad presidencial de conceder el derecho de gracia y las razones esgrimidas para dejar de aplicar la misma por inexistencia de motivación todas ellas de orden constitucional, no puede soslayarse el hecho que, tanto las razones humanitarias que inspiran la concesión de la gracia presidencial como los fines preventivo generales de las penas que protege a través de la persecución penal gozan de cobertura constitucional (fundamento n.º 16). En esa medida, las potestades del presidente de la República, en cuanto otorgamiento del derecho de gracia e indulto, son susceptibles de control constitucional, teniendo como necesario contexto al Estado constitucional de derecho como última forma jurídica de desarrollo estatal (Torres, 2017).

Bajo esa lógica, la gracia presidencial podrá ser materia de control jurisdiccional, en atención a la protección de otros bienes de relevancia constitucional (fundamento n.º 19).

En lo que se refiere al indulto, en el caso Crousillat López Torres, el Tribunal Constitucional, pedagógicamente apuesta por la vía de la motivación como medio de llegar a toda zona del sistema jurídico con propósitos de control constitucional. En el fundamento n.º 21 de la sentencia del caso en mención, el Tribunal 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 aquel pueda ser controlado jurisdiccionalmente. Al decir del Tribunal: “De ahí que el indulto precise siempre de un estándar mínimo de motivación que posibilite un control constitucional”.

Los errores *in cogitando* deben ser evitados, pues tampoco se debe incurrir en la falta de motivación al momento de realizarse el control constitucional de los actos de los

funcionarios públicos, como el presidente de la República cuando hace uso del indulto y del derecho de gracia, y de los particulares.

La inexistencia de zonas exentas de control constitucional se afirma, por excelencia, mediante una debida motivación de las resoluciones; no cuando la motivación adolece de errores *in cogitando*.

Así mismo apreciamos en el derecho comparado, específicamente hablando del derecho colombiano el cual sostiene que el indulto está asociado a propósitos políticos, tal es el caso que en el derecho colombiano la figura del indulto ha sido consagrada como un instrumento para facilitar los procesos de resolución de conflictos, además sostiene que la discrecionalidad en la aplicación del indulto no genera arbitrariedad, ya que en todo caso debe garantizarse la razonabilidad de la medida con una debida motivación, es por eso que en relación al caso del indulto a Alberto Fujimori se considera que si de ser el hecho que hubiesen mediado razones políticas para el otorgamiento del mismo no debe ser considerado como algo problemático, además se hace énfasis que el indulto al ex presidente es de carácter humanitario y fue dado por a grave salud del condenado además consideran de que si bien es cierto la CIDH establece una restricción en el marco internacional restringiendo el indulto en los casos de crímenes de lesa humanidad, pero esta restricción no especifica si también se aplica en el contexto de evitar la inminente muerte del condenado tal es aparentemente el caso de Alberto Fujimori, es decir se considera que el indulto se dio no para perdonar un hecho delictivo, sino para salvaguardar la vida e integridad del condenado (Pulido y Rueda 2018). Sin embargo tomando en cuenta lo antes dicho debemos de tener presente que en el caso particular de Alberto Fujimori no se subsume en esos supuestos puesto que tal como se aprecia en la resolución que anula el indulto a Alberto Fujimori existen irregularidades que quebrantan el principio de imparcialidad y objetividad, tras haberse designado como médico parte de la junta médica penitenciaria, al médico tratante del ex mandatario, Juan Postiyo Díaz quien anteriormente ya había emitido opiniones a favor del indulto a Alberto Fujimori.

Se afirma también que existen irregularidades en el acta médica del 17 de diciembre y la ampliación de la misma puesto que en la primera no se advierte que haya existido un deterioro considerable de la salud del ex presidente, y luego posteriormente en la segunda acta si se agudizo de manera acelerada el estado de salud del mismo. (República, 2018).

Además se señala que la comisión de gracias presidenciales sesionó y determino el otorgamiento del indulto humanitario sin aún haber recibido el informe médico del instituto nacional de enfermedades neoplásicas. así mismo señalo el juez Hugo Núñez que, el ex mandatario padece una enfermedad no terminal grave, pues no se explica cómo se reduce el riesgo de vida del interno al residir en una casa en la molina que tiene aproximadamente la misma distancia entre el penal Barbadillo y la clínica donde se atiende, además no se ha analizado las condiciones carcelarias del sentenciado ni como estas pueden afectar a su salud. (República, 2018) entonces de lo expuesto queda claro que no ha existido una debida motivación en la resolución que declara el indulto a Alberto Fujimori; además asumiendo que el indulto responde a razones políticas no responde a fines constitucionales, por otro lado tampoco se aprecia una carga argumentativa por parte del ejecutivo frente a la relación de la medida con las víctimas, se entiende que el otorgamiento de un indulto asegura el respeto de los derechos humanos cosa que no se aprecia en el caso de Alberto Fujimori.

En esa medida, el indulto y el derecho de gracia pueden ser objeto de control constitucional, y con ello no se afecta ningún bien o derecho fundamental, sino que, al

contrario, se afirma la constitucionalidad material del sistema, más allá de una mera constitucionalidad formal, y, por ende, se asegura al mismo Estado constitucional de derecho.

## **CAPÍTULO II: DELITOS DE LESA HUMANIDAD, LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE IDH Y LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS**

### **2.1. El Delito de lesa humanidad en relación al caso del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori.**

Por lo que se refiere a las víctimas policiales y las fuerzas armadas en función a los responsables de las masacres de Barrios Altos y La Cantuta fueron, la primera de ellas, se trató de una fiesta popular que se llevaba a cabo en una quinta ubicada en el Jirón Huanta N.º 840 el día 3 de noviembre de 1991, la cual tenía por finalidad conseguir fondos para reparar el servicio de desagüe del inmueble. Aproximadamente a las 11:30 p.m., un grupo de personas encapuchadas y portando armamento ingresaron al lugar y dispararon sin mediar explicación. Como resultado de ello, cuatro personas fueron heridas y quince, murieron entre ellas, un menor de edad (Torres, 2008).

Posteriormente, el 18 de julio de 1992 tuvo lugar el caso denominado La Cantuta. El grupo Colina realizó un operativo en la Universidad Enrique Guzmán y Valle presuntamente como represalia por el atentado terrorista sucedido en la calle Tarata en Miraflores. En dicho operativo, nueve estudiantes y un profesor fueron conducidos a un lugar descampado en Cieneguilla, en donde fueron acribillados y enterrados. Sus cuerpos fueron encontrados e identificados en 1993. (Fernández, 2007)

En el Perú hubo 29 condenas hasta el momento por estos delitos, dos de ellos son el de Barrios Altos y la Cantuta por los cuales Alberto Fujimori fue condenado en abril del 2009 a 25 años de prisión.

Los crímenes de lesa humanidad tienen su origen en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues su finalidad no es otra que sancionar drásticamente las violaciones al derecho a la libertad, seguridad, vida e integridad, entre otros, que hayan sido cometidos de manera sistemática y generalizada contra población civil.

Como señalamos en el párrafo anterior, los crímenes de lesa humanidad se configuran por:

Aquellos actos cometidos en el marco de un ataque generalizado y/o sistemático contra civiles con el pleno conocimiento de dicho ataque por parte de quienes lo llevan a cabo. Por lo general, los crímenes de lesa humanidad se encuentran relacionados con la comisión de los siguientes delitos: ejecución extrajudicial, desaparición forzada, tortura, violación sexual, esclavitud, traslado forzoso de población, apartheid, u otros actos inhumanos de similar naturaleza. (Rodríguez, 2018, p.1)

Por tanto, podríamos decir que si bien los delitos de lesa humanidad pueden presentarse a partir de la realización de una multiplicidad de actos, dichos actos son: atentados que afectan a toda la comunidad internacional y son delitos que pueden ser cometidos en tiempos de paz o de guerra; y finalmente que los sujetos pasivos de los delitos de lesa humanidad pueden ser tanto civiles como militares.

Dicho todo ello, Rodríguez (2018) afirma que:

Para la doctrina penal internacional existe un elemento cuya comprobación resulta fundamental al momento de determinar si un delito puede ser calificado o no como un crimen de lesa humanidad. Nos referimos a la siguiente idea: “el elemento central de los

crímenes de lesa humanidad es el ataque generalizado o sistemático contra la población civil. (p.1)

Sobre este último apunte deben quedar claros cuatro conceptos básicos.

Podemos definir al ataque como un conjunto de actos múltiples en contra de una población civil, esto se da ya sea a través del mismo estado de gobierno o de una organización con la finalidad de llevar a cabo una política, al hablar de una política nos referimos a que el ataque es planeado, organizado o dirigido además de seguir un patrón de conducta o qué se empleen recursos públicos o privados para cometer dicho ataque (Cárdenas, 2021).

Por generalizado debemos entender ataques llevados a cabo de forma colectiva contra una multiplicidad de víctimas, con lo que respecta al término sistemático depende de dos condiciones: los ataques tienen como objetivo destruir, perseguir o debilitar una comunidad o colectividad específica; y la comisión de estos actos criminales a gran escala en contra de población civil siguen siempre un parámetro común, es decir un modus operandi criminal que se repite de manera sucesiva, y por último debemos entender a la población civil como aquella que no toma parte en las hostilidades en un conflicto armado, ya sea nacional o internacional, así lo ha señalado el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, en vigor para nuestro país desde el 14 de enero de 1990 (Rodríguez, 2018, p.1)

En el caso Barrios Altos, el Grupo Colina fue responsable de la muerte de 15 personas, entre ellas un niño de apenas 8 años de edad. El 3 de noviembre de 1991, agentes adscritos al Servicio de Inteligencia del Ejército acribillaron a 15 personas, incluyendo al menor Javier Ríos Rojas. Cuatro personas sobrevivieron, los testimonios de estas personas y las pericias balísticas y forenses posteriores confirmaron que los autores remataron a los moribundos propinándoles el fatal “tiro de gracia”.

Finalmente cabe decir que para el Tribunal Constitucional de nuestro país los delitos cometidos por este comando de aniquilamiento sí constituyen delitos de lesa humanidad, así lo ha señalado de manera expresa en tres sentencias constitucionales (2798-2004-HC/TC, 4587-2004-AA/TC y 689-2005-PA/TC). Esta línea jurisprudencial seguida por el Alto Tribunal no hace sino ratificar lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Barrios Altos y Cantuta, línea de razonamiento que también siguió nuestro Poder Judicial en la sentencia condenatoria al ex presidente de la República, Alberto Fujimori.

De la misma forma se aprecia en la sentencia de fecha 14 de marzo del 2001, declaró la invalidez de cualquier tipo de excluyente de responsabilidad penal de los agentes, conforme cito a continuación:

Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Corte Interamericana De Derechos Humanos, 2006).

Dentro de los crímenes de lesa humanidad como se resaltaba anteriormente existen una serie de características dentro de ellas el carácter sistemático y generalizado, sobre estos puntos en relación al caso del ex presidente Alberto Fujimori tenemos que:

La Corte Penal Internacional en el año 2008 sobre el caso (Fiscal vs. Katanga y Ngudjolo Chui,) ha entendido como sistemático:

El término “sistemático” ha sido entendido como ya sea un plan organizado en procura de una política común, la cual sigue un patrón regular y resulta en una comisión de actos o como “patrones de crímenes” tales como que los crímenes constituyen una “repetición no accidental de conducta criminal común no en una base regular”.

Si aplicamos este concepto ya establecido al caso Barrios Altos y la cantuta entonces tenemos que efectivamente fue una práctica sistemática de serias violaciones de DD.HH, perpetradas por el grupo colina en contra de la población civil, actuando bajo el contexto de poder estatal a la vez controlado por el ex presidente Alberto Fujimori.

Otro aspecto a considerar dentro de los crímenes de lesa humanidad es el generalizado si bien es cierto este aspecto no fue desarrollado a detalle en la sentencia pero tenemos que efectivamente los crímenes perpetrados han sido en contra de un número extenso de civiles.

Tal es el caso que el ataque generalizado contra la parte civil no sólo se tradujo en los casos Barrios Altos y La Cantuta, sino que, como bien señala la sentencia condenatoria contra el ex presidente Alberto Fujimori en los párrafos 576 y siguientes, alcanzó a otros crímenes tales como:

- Desaparición forzada y ejecución extrajudicial de seis personas en la localidad de Pativilca, en los pueblos de Caraqueño y San José, el 28 de enero de 1992.
- Desaparición forzada y ejecución extrajudicial de nueve pobladores del distrito de El Santa en Chimbote, en los Asentamientos Humanos “La Huaca”, “Javier Heraud” y “San Carlos”, el 2 de mayo de 1992.
- Desaparición forzada y ejecución extrajudicial del periodista Pedro Herminio Yauri Bustamante en Huacho, el 24 de junio de 1992.
- Desaparición forzada y ejecución extrajudicial de la familia Ventocilla – cinco personas- en Huacho, el 24 de junio de 1992.
- Desaparición forzada y ejecución extrajudicial de Fortunato Gómez Palomino, denominado caso “el Evangelista” en el distrito limeño de Chorrillos, en el Asentamiento Humano “Pescadores”, en mayo o junio de 1992.
- Desaparición forzada y ejecución extrajudicial de una o dos personas en Ate-Vitarte, inmediaciones de la carretera central, en fecha no precisada del año 1992. Es decir, el número total de víctimas fatales ascendió a 58 o 59 y comprendió no sólo la ciudad de Lima sino también otras ciudades (GAMARRA, 2016, P.7)

A continuación, analizaremos si en los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta* se cumplen con cada uno de los elementos que se exigen para la configuración del delito de lesa humanidad (Ogas, 2007):

- *Acción*: En el caso *Barrios Altos*, cuatro personas fueron heridas y quince murieron entre ellas, un menor de edad; mientras que en el caso *La Cantuta* se

secuestraron a nueve estudiantes y un profesor y, posteriormente, fueron ejecutados.

- *Vinculación con el Estado*: En ambos casos, se señaló que el ataque fue realizado por agentes estatales (grupo Colina) con orden y conocimiento de los superiores, Alberto Fujimori, presidente de la República del Perú, y Vladimiro Montesinos.

- *Población civil*: Se comprobó que las víctimas no formaban parte del conflicto.

- *Generalizado o sistemático*: Es evidente que se trató de una práctica sistemática, toda vez que formó parte de una estrategia contrasubversiva del Estado, para eliminar a toda persona que tenga un vínculo con Sendero Luminoso. Los mandos intermedios y los mandos superiores tenían conocimiento del ataque toda vez que se realizaban las órdenes a través de una cadena de mando.

- *Conflicto armado (internacional o no internacional)*: El conflicto puede ser calificado como uno no internacional, toda vez que las partes en conflicto fueron el Estado y un grupo subversivo (terroristas). (p.18)

Como podemos advertir, sí concurren los elementos exigidos para la configuración del delito de lesa humanidad. Sin embargo, para exigir su aplicación es necesario verificar cuál sería el fundamento jurídico para invocar la calificación de los hechos como delito de lesa humanidad.

La aplicación del delito de lesa humanidad en la sentencia de los casos Barrios Altos y La Cantuta implica la existencia de diversas consecuencias legales. La principal, a la luz del objeto de nuestro análisis, es la prohibición de la aplicación de indultos o cualquier tipo de derecho de gracia y, con ello, la atenuación, justificación o eximente de responsabilidad penal de los agentes del delito (Sequeros, 2005).

Es por eso que en ambos casos Barrios Altos y La Cantuta, hechos por los cuales el ex presidente Alberto Fujimori fue condenado como autor mediato de la comisión de los delitos de homicidio calificado y lesiones graves, ante los cuales la CIDH señaló lo siguiente:

Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho internacional de los derechos humanos. ROGER RODRIGUEZ (citando a CIDH, caso Barrios altos vs Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001 & caso la cantuta, sentencia del 29 de noviembre de 2006)

Al abordar la cuestión de los derechos de la víctima del delito, surge como reflexión previa la intensidad del daño provocado a la víctima por el agente infractor de la ley penal, el impacto del delito, la indiferencia e insensibilidad del sistema legal y soportar la falta de solidaridad de la sociedad, eso es inconcebible en un Estado constitucional de derecho. En tal sentido, todo el sistema de justicia nacional debe reorientarse a la reformulación del sistema penal desde la perspectiva, también, de las víctimas del delito (Neuman, 1983). De manera que la legislación peruana debe ubicarse en un equilibrio adecuado entre los derechos constitucionales de los acusados y los de las víctimas del delito, entendiendo de todo ello que al estipularse este tipo de concesiones como son la gracia presidencial y el indulto, muchas veces no se puede sancionar efectivamente a los infractores y las víctimas no son resarcidas en su totalidad.

Si bien es cierto se alegó que la aplicación del delito de lesa humanidad en los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta* implican una vulneración al principio *nullen crimen sine lege*; toda vez este delito no se encontraba regulado al momento de (Vivanco, 2018):

- i) la comisión de los hechos ni;
- ii) cuando el Poder Judicial emitió una sentencia. Asimismo, se señala que tampoco se encontraba vigente el Estatuto de Roma que regula los crímenes internacionales (dentro de ellos el delito de lesa humanidad) (p. 46)

Es cierto las acciones de lesa humanidad no se encontraba regulado en el derecho interno y que el Estatuto de Roma no resulta aplicable en ambos casos, toda vez que se emitió en 1998 y su vigencia se dio a partir del año 2002; y, el Perú se adhiere a su competencia y jurisdicción recién en el 2004.

No obstante lo expuesto, la calificación de los hechos como delitos de lesa humanidad se justifica con la existencia de normas preexistentes y en la vigencia de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, a la cual el Perú se incorporó como Estado parte el 28 de julio de 1978 y reconoció su jurisdicción contenciosa el 21 de enero de 1981.

En virtud a lo señalado, el 14 de marzo del 2001 la Corte Interamericana de Derechos Humanos calificó los hechos ocurridos en los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta* como delito de lesa humanidad en aplicación de normas consuetudinarias preexistentes. Es por ello, que en el fundamento 115 de la sentencia contra el Estado peruano señaló lo siguiente: “Por ser un delito contra la humanidad que implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001).

Para que se pueda afirmar que una persona ha sido condenada por un crimen se debe tener en cuenta la verificación de los hechos, en donde se plasme la caracterización de los elementos así también como las consecuencias que se pueden dar del *ius cogen* internacional y no aquellos que se encuentren determinados por el Derecho interno o doméstico (Cassese, 2008)

De acuerdo a lo expresado podemos sostener que si un hecho delictivo cumple con las condiciones del crimen de lesa humanidad entonces se puede llegar a considerar como tal, en ese sentido, afectaría el principio de legalidad penal reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal d), de la Constitución, conforme al cual “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no previa en la ley” (Mendez, 2013). En análogos términos, el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometer no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

Hay que tener en cuenta que si el hecho es delictivo de acuerdo a la ley penal y que por tal motivo solo podrá ser penalizado dentro de los márgenes del quantum de pena previsto en dicha ley, a pesar de que por su contexto y modo de Internacional sea considerado como crimen de lesa humanidad, entonces, es violatorio del *ius cogens*. Sin embargo ello deriva una serie de obligaciones del mismo carácter en relación con el hecho delictivo proyectadas también desde el Derecho Internacional, pues se tiene que tener en cuenta que rige el principio de jurisprudencia penal universal, y no será posible suprimir la

sentencia condenatoria. Es así, que el nivel de violación de los derechos humanos en función a un crimen de lesa humanidad representa tal magnitud de la obligación de su persecución, procesamiento y su sanción constituye una norma imperativa de Derecho Internacional (Dulitzky, 2017).

Es por este motivo que los crímenes de lesa humanidad, junto con el genocidio y los crímenes de guerra, han sido denominados también, en términos generales, como “*crimen de ius cogen*”.

Por otro lado, se tiene que tomar en cuenta el principio de protección a las víctimas como derecho fundamental derivado de los arts. 1 y 3 de la Constitución Política, lo cual se desarrolla en relación al reconocimiento, protección y promoción del Estado, por tal motivo ayuda a garantizar que es un derecho de la comunidad acceder a la justicia así también como reparar todo el daño ocasionado bajo unas medidas de protección teniendo en cuenta el derecho de la verdad, pues la misma ley no solo se encarga de castigar el acto sino también de velar por la protección de la persona y sus derechos que se le ha lesionado haciendo uso efectivo de la justicia y la reparación del daño.

El principio de protección de la víctima tiene rango constitucional originario y/o derivado. Emerge de lo prescrito por el artículo primero y tercero de la Constitución Política del Estado concordante con la Cuarta Disposición Final de la Carta Fundamental. No obstante, el rango constitucional de este principio el CP peruano no lo contempla. El nuevo CPP considera a la víctima como actor civil con atribuciones muy limitadas. En tal sentido, la norma penal y procesal penal no solo debe estar derivada aquellas agentes que se encuentran infractores pues lo que se requiere es la protección de los derecho de la persona que se encuentra lesionada además de brindar el acceso a la justicia, mediante la responsabilidad que brinde el agresor y la oportunidad de llegar a reparar los daños ocasionados y la adopción de las medidas de protección adecuadas a la situación concreta. De manera que la relación entre Constitución y Derecho Penal es de subordinación del primero al segundo. En tal sentido, toda norma penal o procesal penal debe ser de desarrollo constitucional (primacía de la Constitución).

Hirsch (1992) afirma que:

La protección de la víctima y la compensación autor-víctima están actualmente en el centro de la discusión política criminal, en todo el mundo (p.32).

Afirmación bastante acertada dada las nuevas corrientes doctrinarias vinculadas a la victimología; lo cual hace imperiosa la necesidad de hacer efectiva en mejores derechos de acceso a la justicia además de tener una reparación de los daños sufridos y la protección necesario en el derecho de la verdad.

El principio derecho de la protección de la víctima tiene rango constitucional porque es un derecho fundamental. Por tanto, el Estado reconoce el derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal.

La afectación de la víctima debe ser contextualizada en cada caso concreto, sea por afectación individual o colectiva. En tal sentido, debe otorgar a las víctimas un cúmulo de derechos, que les permite participar directamente en el proceso penal, para protegerlos, contenerlos y ampararlos. La protección de la víctima debe tener un alcance general.

## **2.2. La calificación de hechos como crímenes de lesa humanidad a través de la jurisprudencia nacional e internacional**

Como es de conocimiento Abimael Guzmán y otros líderes de Sendero Luminoso fueron condenados en aplicación de delitos como terrorismo y homicidio calificado tipificados en la legislación penal peruana, pero también los hechos materia de examen recibieron la calificación jurídica de ser constitutivos de serias violaciones del derecho internacional humanitario. En efecto, en la página 120 de la sentencia condenatoria expedida por la Sala Penal Nacional el 13 de octubre de 2006, caso (cúpula de Sendero Luminoso vs Lucana marca, Exp. 560-03) indica claramente que:

“Como aparece de los hechos probados y de los argumentos que en detalle se formularán más adelante, los integrantes, y en especial sus dirigentes, del Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso llevaron a cabo u ordenaron la realización de atentados y acciones armadas al margen del Derecho Internacional Humanitario e incurrieron en la violación sistemática del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra”.

La sentencia expedida por la Sala Penal Nacional el 23 de noviembre de 2007, en el caso (Oscar Valladares Olivares y otros Exp. 39-06) por el delito de asesinato, que en referencia a los delitos de lesa humanidad sostiene lo siguiente:

“Bajo dicho concepto no solo se consideran a los delitos contra la humanidad cuya descripción legal la encontramos en los artículos 319 al 324 del código penal, sino también a cualquier delito que signifique un cuestionamiento del estándar mínimo de derecho de la humanidad en su conjunto. Así una ejecución extrajudicial, como no tiene una previsión expresa en el código penal, puede ser reconducida al tipo de asesinato o al de homicidio de los artículos 108 y 106 del código penal respectivamente por razones de observancia del principio de legalidad... hay comportamientos penalmente relevantes que no pueden subsumirse en los tipos contra la humanidad que regula el código penal vigente... (Sin embargo)... ello no es óbice para reconducirlos a los llamados tipos penales comunes, sin que por tal razón pierda su naturaleza de lesa humanidad...”

También tenemos en el (Exp. 2007-00935-62) en este caso se declaró infundada la excepción de prescripción de la acción penal planteada por el imputado Maximo Agustin Mantilla Campos, tras reconocer que:

“los delitos imputados al procesado, esto es, Secuestro y Homicidio Calificado, se adecua a los presupuestos de los delitos de Lesa Humanidad, ya que las circunstancias que rodearon los ataques que causaron la privación de su libertad y posterior muerte de los agraviados..., se dieron en el marco de un patrón de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, lo cual violaba una norma imperativa del derecho internacional, ya que la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma ius cogens, es decir, de norma imperativa cuyo cumplimiento es obligatorio para todos los estados, y la penalización de estos crímenes es obligatorio conforme al derecho internacional general”.

De esta sentencia por ejemplo podemos apreciar que siempre hechos o delitos considerados como crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, es por ello que a pesar de que no exista el tipo penal como tal en nuestro ordenamiento ello no implica que estos puedan ser valorados a la luz del derecho internacional.

El Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso (Fiscalía v. Erdemovic, sentencia del 29 de noviembre de 1996, párr. 27 y 28), se indica que los crímenes de lesa humanidad son actos de violencia que dañan a la persona afectando su vida, libertad, dignidad etc. Van más allá de lo tolerable, se da en contra de la humanidad.

Así también, el tribunal Europeo de derechos humanos en el caso (Kolk y Kislyiy v. Estonia) aquí nos habla de Imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y su aplicación retroactiva. En este caso se condenó en el 2003 por crímenes contra la humanidad, habiendo estos participado en el año 1949 en la deportación civil de estonia a Rusia, en base a que esta prohibición de tales

Así tenemos dentro de la calificación de hechos como crímenes de lesa humanidad por ejemplo en Argentina:

La Corte Suprema mediante resolución de 13 de julio de 200715, en el caso Mazzeo, declaró la inconstitucionalidad del Decreto 1002/89 que había indultado a personas aún sometidas a proceso por delitos cometidos durante la dictadura militar, entre otros a Santiago Omar Riveros por los hechos a él imputados en la ex causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín; calificando los hechos como crímenes de lesa humanidad. (GAMARRA, 2016, P.15)

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de la Plata en el caso Miguel Osvaldo Etchecolaz, en decisión de 19 de septiembre de 200616, calificó a los hechos de homicidios, privación ilegítima de la libertad y tormentos durante la dictadura militar argentina como “delitos de lesa humanidad cometidos en el marco del genocidio que tuvo lugar en la República Argentina entre los años 1976 y (GAMARRA, 2016, P.15)

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 4 en sentencia de 18 de diciembre de 200720 condenó a Cristino Nicolaides y otros represores por los delitos de asociación ilícita, privación ilegal de la libertad calificada y reducción a servidumbre, no sin señalar que “es indudable que los hechos descriptos en función de los bienes jurídicos comprometidos, de los medios utilizados para su ejecución y las modalidades de su consumación, constituyen crímenes contra la humanidad”. (GAMARRA, 2016, P.16)

La Corte Suprema en decisión de 2 de noviembre de 1995 en el proceso de extradición de Priebke calificó los hechos, a los efectos del requisito de doble incriminación, como genocidio y crimen de guerra y afirmó su imprescriptibilidad haciendo uso del *ius cogens* (o normas imperativas) del derecho internacional. Tal calificación de los hechos de conformidad con el derecho internacional fue fundamentada por la Corte Suprema al sostener que las descripciones típicas del derecho penal común comprendían la “sustancia de la infracción” que se le atribuía a Priebk. (GAMARRA, 2016, P.16)

Por su parte en lo que respecta a Colombia tenemos que:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema en sentencia de 6 de marzo de 200323, en el caso de la Masacre de Ríofrío recurrió a la categoría de crímenes de lesa humanidad a pesar de la subsunción típica de los hechos en las normas del derecho penal común. En efecto se señaló que los hechos, es decir asesinatos y torturas, entre otros, “pueden ser inscritos dentro de aquellos que, por su inusitada gravedad, la

comunidad internacional estima imprescriptible y perseguibles en cualquier lugar por constituir [...] crímenes de lesa humanidad". (GAMARRA, 2016, P.17)

En lo que concierne a la justicia de Paraguay tenemos que:

En el caso del señor Napoleón Ortigoza, víctima de tortura cuando este crimen no se encontraba aún tipificado en el derecho penal interno, la Corte Suprema del Paraguay en sentencia 585 de 31 de diciembre de 1996 afirmó que tales hechos configuraban el crimen de tortura sobre el siguiente fundamento: "Está claro, a la vista de los antecedentes arrojados a esta Corte que el inicio del proceso por el que fue condenado Modesto Napoleón Ortigoza fue dado por supuestas declaraciones arrancadas bajo la fuerza de la tortura [...] El hecho ocurrió [...] en una fecha en la que regía plenamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos sancionada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y de la cual Paraguay es país adherente. Esta declaración en su artículo 5 estatuye: Nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes [...] De acuerdo con el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas (resolución N° 2391) sancionada el 26 de noviembre de 1968, los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles. Esta Convención define entre estos crímenes las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, cuyo artículo 50 establece: Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los siguientes [...]: el homicidio intencional, la tortura o trato inhumano [...] La prescripción [...] no ampara a quienes pudieran resultar culpables de la comisión de delitos de tortura que fueron denunciados y que son imprescriptibles". (GAMARRA, 2016, P.18)

El 21 de octubre de 200926, el juez Penal de 19° Turno, Luis Charles, condenó al ex dictador Gregorio "Goyo" Alvarez y al marino Juan Larcebeau Aguirregaray por reiterados delitos de "homicidio muy especialmente agravados", precisando en su fallo que "Mucho antes de la comisión de los hechos investigados, las conductas imputadas eran consideradas crímenes contra la humanidad. Todo lo expuesto implica reconocer que esos hechos son lesivos de normas que protegen valores fundamentales que la humanidad ha reconocido a todo ser humano. (...) La ocurrencia de delitos cada uno violando gran cantidad de derechos humanos cometidos durante el gobierno de facto, en el marco del terrorismo de Estado y en forma sistemática, masiva, planificada (...) comprenden las prácticas que el Derecho Internacional considera 'crímenes de lesa humanidad', crímenes imprescriptibles y cuyo juzgamiento es irrenunciable por todos los Estados". (GAMARRA, 2016, P.18)

De todo lo antes expuesto podemos colegir que según la doctrina comparada, al momento de administrar justicia se tiene que tomar en cuenta lo que nos dice el derecho internacional ya que como podemos apreciar en muchos de los casos si bien es verdad aún no se encuentra regulado el tipo penal de crímenes de lesa humanidad, sin embargo ello no es impedimento para calificar cierto tipo de acciones o de hechos como crímenes de lesa humanidad ello en base al derecho internacional y al respeto de los pactos a los cuales cada país se encuentra adscrito.

### **2.3. El delito de lesa humanidad a través del derecho internacional y la jurisprudencia**

Con respecto al concepto de delito de lesa humanidad tenemos que según datos históricos:

Los crímenes de lesa humanidad fueron por primera vez aplicados en los Juicios de Núremberg a los hechos cometidos en el marco del nazismo. Otros ejemplos similares se encuentran en el régimen militar de Augusto Pinochet, período en el que fueron cometidas sistemáticas violaciones de los derechos humanos (persecuciones, torturas y desapariciones) con causa en la disidencia política, o el Proceso de Reorganización Nacional argentino, dictadura cívico-militar que bajo similares características produjo la desaparición de miles de personas. Justo para juzgar estos crímenes se fundó la Corte Penal Internacional, en orden a que no quedaran impunes esos abyectos comportamientos que eran tan difíciles de enjuiciar, precisamente porque las actuaciones provenían de los propios Estados donde se cometían. Así, se ha establecido ya por la jurisprudencia de la CPI que la “política de cometer ese ataque” requiere constatar que el Estado u organización promovió o alentó activamente un ataque de esa índole contra una población civil. (Pastrana, 2020, pp 3,4)

Recién hacia 1915 y después de la primera guerra mundial es que se comienza a hablar de “crimen de lesa humanidad”. Posteriormente, en 1984. El “crimen de lesa humanidad” se incorpora como concepto independiente en el estatuto penal internacional de Núremberg, que enjuicio a los criminales nazis al terminar la segunda guerra mundial (VELAZCO, 2012). Es necesario aclarar que anteriormente al hablar de crimen de guerra podía aplicarse únicamente a conflictos armados y en lo que respecta a combatientes enemigos, pero no aplicaba para situaciones de paz y los casos en los cuales las víctimas fueran del mismo país, es por ello que se incorpora a través del tribunal de Núremberg en su artículo 6 se incorpora el delito de crímenes de lesa humanidad regulando así no sólo los crímenes contra la guerra sino también contra la paz.

Así mismo tenemos que según su etimología:

La raíz *laesus*, que significa dañado, ofendido lastimado, agraviado, perjudicado. (VELAZCO, 2012, p. 71). De ello se colige que este delito de lesa humanidad debe ser entendido como un atentado agravio insólito en contra de la humanidad en su conjunto.

El crimen de lesa humanidad ha tenido una definición lograda a través de una evolución jurídica desarrollada a lo largo de sesenta años. Apareció, con un sentido definido, luego de un desarrollo por el derecho internacional consuetudinario, en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de mil novecientos cuarenta y cinco, que se originó en el Acuerdo de Londres del ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, validado por las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas número noventa y cinco (I) de once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis y de veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, así como en los Estatutos, aprobados por Naciones Unidas, de los Tribunales para la ex-Yugoslavia y Ruanda en mil novecientos noventa y tres y mil novecientos noventa y cuatro, respectivamente, y se consolidó, luego de múltiples decisiones internacionales, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de siete de julio de mil novecientos noventa y ocho, en la que la jurisprudencia de los tribunales internacionales realizó una importante labor (Castillo, 2007).

El delito de lesa humanidad exige la concurrencia de los siguientes elementos, según TELLO (2018):

- *Acción*: La realización de asesinatos o exterminios.
- *Vinculación con el Estado*: El agente debe ser el Estado o una organización criminal (puede ser amiga o enemiga del Estado).

- *Población civil*: La víctima debe ser parte de la población civil, se excluye a los miembros del Estado y a los que forman parte del grupo armado; por ejemplo, los terroristas. En consecuencia, la población civil se limita a aquel conjunto de personas que no se encuentren realizando actos hostiles.
- *Generalizado o sistemático*: La acción debe ser generalizada o sistemática.
- *Conflicto armado (internacional o no internacional)*: No importa el tipo de contexto en el que se desplieguen los actos ilícitos: Puede tener lugar en un conflicto armado internacional o no internacional. Ejemplo del primer supuesto, es el conflicto que tiene lugar entre Estados; y del segundo supuesto, es el conflicto que tiene lugar entre un Estado y una organización ilícita o entre organizaciones ilícitas (p.56).

Para que se constituyan como crímenes de lesa humanidad, los hechos cometidos deben cumplir con el denominado test sistemático general, que excluye los actos cometidos al azar. Así, el término “generalizado” implica, en un sentido más bien cuantitativo, que un acto se llevará a cabo a gran escala, involucrando a un gran número de víctimas; mientras que el término “sistemático” tiene un significado más bien cualitativo que requiere que el acto se lleve a cabo como resultado de una planificación metódica (Mosquera, 2018)

Los delitos de lesa humanidad en el derecho internacional penal, constituyen crímenes, los cuales son considerados como violación por parte del derecho internacional, pues se ha dejado en evidencia que la Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe aquellos hechos cometidos por los delitos de lesa humanidad, denominándolos como unos crímenes internacionales (Aguado, 2001).

Se debe entender por crimen de lesa humanidad a 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, 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. (Montes, 2020, p.25)

El Tribunal Constitucional en la sentencia 0024-2010-PI/FJ.49, arriba a la siguiente conclusión: “un determinado acto llega a establecerse como un crimen de lesa humanidad:

- a) Cuando por su naturaleza y carácter denota un grave daño en el derecho a la integridad física o mental de la víctima, en su derecho a la libertad personal o en su derecho a la igualdad;
- b) Cuando se realiza como parte de un ataque generalizado o sistemático;

c) Cuando responde a una política (no necesariamente formalmente declarada) promovida o consentida por el Estado; y,

d) Cuando se dirige contra población civil. Siendo que estas condiciones deben presentarse copulativamente. (STC 0024-2010-PI, F.J. 49)

Desde luego, no debe asumirse que esta es una característica p etra de tales crímenes, es decir se trata de una figura jurídica en constante desarrollo jurisprudencial, pues bien, tanto en la fundamentación de la sentencia que condena a Fujimori como en su parte resolutive se encuentra establecido que las características de los hechos delictivos hacen que constituyan crímenes de lesa humanidad.

En efecto, en el fundamento jurídico 717 de la referida sentencia 0024-2010-PI, F.J. 49 sostiene lo siguiente:

Resulta evidente que los actos de asesinato y lesiones graves, objeto de juzgamiento, trasciendan su ámbito estrictamente individual o común al adecuarse, plenamente, a los presupuestos que identifican a los delitos contra la humanidad. Los asesinatos y lesiones graves de barrios Altos y La Cantuta son también delitos contra la humanidad. Fundamentalmente, porque ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos. Esta política, de un lado, fue diseñada, planificada y controlada desde los más altos niveles de poder del Estado, y ejecutada por agentes públicos efectivos de inteligencia militar que se sirvieron del aparato castrense para hacerlo; y, de otro lado, conforme a sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil.

Existen diversas normas que tipifican el delito de lesa humanidad y cuya vigencia es anterior a la comisión de los hechos ocurridos en los casos Barrios Altos y La Cantuta. Entre ellas podemos mencionar las siguientes:

Estatuto de N remberg de 1946. El referido estatuto señala lo siguiente:

Crímenes contra la humanidad: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron. Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan.

- Los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de guerra.

- La Cuarta Convención de la Haya relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y Reglamento conexo de 1907.

- La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Se establece la responsabilidad penal internacional de todo individuo y se establece que existe competencia universal frente a graves violaciones de los derechos humanos.

Asimismo, se deroga todo tipo de inmunidades y se planteó la creación de una Corte Penal Internacional, que no llegó a instaurarse (Baldassare, 2018).

Lo expuesto, no implica que las normas que regulan el delito de lesa humanidad, cuya entrada en vigencia es preexistente a los hechos, se apliquen de forma directa al caso concreto. El principio de legalidad exige la aplicación del derecho interno de forma compatible con las normas jurídicas internacionales. Por consiguiente, lo correcto será aplicar el derecho interno para la condena y sanción; y, en el caso de que los hechos impliquen violaciones a los derechos humanos, a su vez, se aplicarán las normas jurídicas del derecho internacional, cuyo origen puede ser convencional (tratado) o no convencional (por ejemplo, una norma consuetudinaria).

Lo propio es afirmado por el profesor Burneo, quien, al comentar acerca de la compatibilidad del principio *nullum crimen sine lege* del derecho interno con las exigencias del derecho internacional, señaló lo siguiente Castillo Grandez (2018):

Se califican los hechos con los tipos penales del derecho interno vigentes en el momento en que tales hechos se cometieron, imponiéndose en consecuencia las previstas con antelación. Al mismo tiempo, se reconoce que los hechos en cuestión, cuando fuere pertinente, constituyeron también graves violaciones de los derechos humanos y/o crímenes internacionales según las normas vigentes de los derechos humanos y/o del derecho penal internacional en este caso en virtud de normas que pueden ser consuetudinarias o de *ius cogens* (p. 37).

Este reconocimiento tiene efectos internos e internacionales, toda vez que los crímenes internacionales tales como lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, el autor Burneo (2013) señala que:

- (aa) no prescriben (son imprescriptibles),
- (bb) no son susceptibles de ser amnistiados,
- (cc) no pueden ser objeto de indulto con fines de otorgar impunidad, y
- (dd) activan la jurisdicción universal (todos los Estados del mundo pueden en caso necesario mediante sus órganos de justicia conocer los hechos en cuestión en caso estuvieran impunes)

Siguiendo la misma línea de argumentación, el Tribunal Supremo español señaló en el Caso Adolfo Scilingo (Sentencia N° 798/2007,) lo siguiente:

La vigencia del principio de legalidad impide, pues, la aplicación directa del derecho internacional penal consuetudinario como única norma aplicable al caso. También impide la aplicación del artículo 607 bis como norma penal sustantiva interna por ser posterior a los hechos y no más favorable.

No obstante, el Tribunal Supremo indicó seguidamente que:

De lo expuesto no puede deducirse, sin embargo, que las normas de derecho internacional penal consuetudinario, en cuanto se refieren a los delitos contra el núcleo duro de los derechos humanos esenciales, no puedan ser ignoradas en la interpretación y aplicación de las leyes internas. El artículo 10.2 de la Constitución impone la interpretación de las normas que se refieren a los derechos fundamentales conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, entre los que se encuentra LA Convención Europea de Derechos Humanos CEDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). De esta forma, los principios contenidos en el derecho internacional, deben ser tenidos en cuenta al proceder a la interpretación y aplicación del derecho nacional, con mayor motivo cuando aquellos revisten naturaleza de *ius cogens*. Consiguientemente, tanto las normas de derecho penal sustantivo como las de orden orgánico o procesal, deben ser interpretadas

teleológicamente en coherencia con la necesidad de protección eficaz y con la efectividad de la prohibición de lesión de los derechos humanos (Tribunal Supremo Español, Sentencia N° 798/2007)

Por consiguiente, el Tribunal Supremo español (Sentencia N° 798/2007), condenó a Adolfo Scilingo:

*Como autor de delitos de asesinato previstos y penados en el artículo 139 inciso 1; como autor de un delito de detención ilegal previsto y penado en el artículo 163, y como cómplice [...] de delitos de detención ilegal previstos y penados en el artículo 163, todos ellos del Código Penal vigente, los cuales constituyen crímenes contra la humanidad según el derecho internacional.*

Por consiguiente, el Tribunal Supremo español (Sentencia N° 798/2007), podemos decir que no existió una vulneración del principio *nullem crimen sine lege*; puesto que se aplicaron normas jurídicas preexistentes, que formaban parte del derecho consuetudinario; y, en consecuencia, la aplicación del delito de lesa humanidad en la sentencia de los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta* fue correcta.

Así mismo Según la doctrina argentina señaló el Tribunal Supremo Argentino (2015)

La excepción a la regla de la prescripción está configurada por aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad que se trata de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los ata, lo cual hace que no solo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma; que los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional; que la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad solo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario; que, de esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos; que, insiste, no se da una aplicación retroactiva de la citada convención si los hechos por los cuales se condenó al encartado, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse (Sentencia N° 17.768C-2005).

Para el Tribunal Constitucional en la sentencia 00224-2010- PI, F.J.12 : “La esencial ontología de los derechos humanos, y las graves condiciones y circunstancias que caracterizan la realización de estos, lleva a considerar que, en estos casos, la necesidad de la averiguación de la verdad, así como el procesamiento y posterior sanción de los responsables, constituye una norma de *ius cogen*, es decir, una norma imperativa de Derecho Internacional susceptible de aplicarse erga omnes y que no admite pacto en contrario.

Siendo ello así, debe tenerse en cuenta que, estableciendo incluso un referente temporal en el que ya debía asumirse como existente jurídicamente la prohibición de la comisión de crímenes de lesa humanidad y el deber de procesarlos y sancionarlos, la CIDH, por ejemplo, ha sostenido lo siguiente: “La Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de

crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general” (Corte IDH, 2006) Con relación a una de las consecuencias derivadas de la comisión de un crimen de lesa humanidad, a saber, su imprescriptibilidad, la Corte IDH ha concluido lo siguiente:

Los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales de guerra y en los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se haya cometido. Aun cuando el estado no haya ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, el Estado no puede dejar de cumplir esta norma imperativa (p. 49).

Al considerar que los delitos de lesa humanidad son contrarios a la esencia misma de ser humano deben ser rechazados en todos sus extremos y por lo tanto deben ser considerados como imprescriptibles , tal es el caso que la CIDH ha señalado que:

La prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y en este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional señalando que la esencia de los derechos humanos afectados por los crímenes de lesa humanidad, y por las graves condiciones y circunstancias que caracterizan la realización de los mismos, lleva a considerar, la necesidad de la averiguación así como el procesamiento y posterior sanción de los responsables. BEATRIZ CORTEZ (citando a CIDH, caso Amonacid Arellano y otros vs Chile & STC Exp. N°0024-2010-PI/TC) además este deber de diligencia de investigar, juzgar y de ser el caso sancionar implica una debida diligencia para poder superar las situaciones de impunidad que se puedan suscitar es por ello que se debe considerar a las graves violaciones de los derechos humanos como crímenes de lesa humanidad.

Como afirman Parra y Ostolaza (2020):

Las graves violaciones de los derechos humanos constan de elementos que permiten calificar a una vulneración como grave violación, dentro de los cuales tenemos: a) se trata de actos que afectan directamente la vida, la integridad o libertad de las víctimas; b) su prohibición ha adquirido un carácter imperativo de *ius cogens* en el derecho internacional, este elemento es esencial para fundamentar la gravedad de un determinado acto puesto que conforme el Artículo 53 de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece que el *ius cogens* es el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de estados en su conjunto, estas normas son imperativas, no admiten disposición en contrario en el derecho internacional.(p 84)

Muchas de las investigaciones realizadas por diversos estudiosos y/o investigadores sobre el problema sustancial de la víctima ha evolucionado al nivel de considerarse dicha

investigación desde una perspectiva autónoma. La víctima debe ser tratada de manera general como teoría de la víctima, con fuerte conectividad con el hecho punible, con el autor y con la corresponsabilidad del Estado. De allí, la necesidad de ser estudiada como una ciencia en particular de manera sistematizada, con un objeto de estudio determinado, método propio y una verificación útil. En el Perú aún queda un camino muy largo por recorrer en estos propósitos. Las víctimas tienen derechos que al ser afectados o lesionados tienen que ser, de algún modo, reparados, protegidos y auxiliados.

Champo Sánchez, citado por Ferri (2011), señala lo siguiente:

*Quien desde sus lecciones en la Universidad de Boloña (1881), propuso reformas al procedimiento penal para efectos de agilizar y facilitar la reparación del daño. Hizo lo propio en la Universidad de Nápoles (1901). Denunciaba el abandono y olvido de la víctima (p. 25).*

*El autor Ferri (2011), expresa que como derecho de la víctima, la reparación del daño de las siguientes formas:*

- a) sustitutivo de la pena de prisión, aunque esto sería sancionar con una real distinción de clase;*
- b) aplicando el trabajo del reo al pago;*
- c) como pena para delitos menores;*
- d) como obligación del delincuente hacia la parte dañada.*
- e) como función social a cargo del Estado (p.27).*

Corresponde al Estado garantizar a la víctima el derecho de acceder a la justicia y también que la reparación del daño bajo las medidas de protección necesarias y el derecho que tiene toda víctima (directa o indirecta) de conocer la verdad. El derecho a la verdad se ha constituido en un derecho fundamental amparado por el Estado y por los organismos internacionales vinculados a los derechos humanos. Particularmente cuando es el agente del Estado quien se constituye en autor-culpable de crímenes de lesa humanidad o de graves hechos que por las circunstancias tienen una connotación internacional (Baldassare, 2018). El derecho fundamental a la verdad constituye una garantía a favor de la víctima.

Es extraordinaria la jurisprudencia desarrollada por la CIDH que, desde luego, tiene un carácter vinculante con relación al Perú. La verdad es posible conocer las causas de la violencia, identificar circunstancias que llevaron a que dichas violaciones sucedan, investigar las mismas a fin de establecer la responsabilidad de los autores o encubridores, proponer una política de reparaciones, así como evitar, a fin de cuentas, que hechos similares pudieran volverse a cometer. No se puede concebir un derecho fundamental a la verdad sin fuerte conectividad con el derecho a la justicia de manera que el principio de protección de la víctima debe ser integral (Mosquera, 2018).

Además se debe tomar que cuenta que como se trata de conductas que afectan a la humanidad entera y atañen al derecho internacional, los valores e intereses de la comunidad internacional, que comprenden todos aquellos delitos contra el núcleo duro de los derechos humanos esenciales, son hechos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera, dada la magnitud y la significación que los atañe y, por tanto, permanecen vigentes para las sociedades nacionales y para la comunidad internacional misma (Mosquera, 2018).

Por ende queda claro que los deberes jurídicos que acarrea los delitos de lesa humanidad son la obligación de enjuiciar o extraditar; la imprescriptibilidad de esos crímenes; la

exclusión de cualquier inmunidad frente a ellos; la imposibilidad de argüir la defensa de obediencia debida; y, la aplicación universal de estas obligaciones, sea en tiempo de paz como de conflicto armado, y su jurisdicción universal (Gonzales, 2016).

En conclusión respecto al punto antes desarrollado sobre los crímenes de lesa humanidad podemos entender que con su establecimiento lo que se busca es: Proteger la subsistencia de la vida humana y el respeto a la dignidad; entonces, tiene naturaleza jurídica propia de una norma *ius cogens* es decir, que protege intereses colectivos fundamentales de todo grupo social (VELAZCO, 2012) de ello se entiende por ejemplo el derecho a la vida a la libertad entre otros y además al ser considerada una norma *ius cogens* es decir que pertenece a un conjunto de normas internacionales, establecidas por un conjunto de estados, lo mismo que conlleva a los mismos investigar, juzgar y sancionar de manera efectiva, a los responsables de estos crímenes.

Además se puede concluir que Por lo expuesto, los crímenes de lesa humanidad pertenecen a la categoría de *ius cogens*, constituyen una *obligatio erga omnes* y su represión es inderogable. Los deberes jurídicos que ello acarrea son la obligación de enjuiciar o extraditar (*aut dedere aut iudicare*); la imprescriptibilidad de esos crímenes; la exclusión de cualquier inmunidad frente a ellos; la imposibilidad de argüir la defensa de obediencia debida (aunque en algunos casos se acepta como mitigante de responsabilidad); la aplicación universal de estas obligaciones, sea en tiempos de paz como de conflicto armado y su jurisdicción universal (Castillo, 2007).

#### **2.4. La necesidad de incorporar el delito de lesa humanidad en la normativa peruana**

Si bien es cierto que para que el Estatuto de Roma entrara en vigencia se necesitaba la ratificación de sesenta estados. Tal es el caso que en Perú entró en vigencia en el año 2002. Es necesario resaltar que la CPI depende de la cooperación de los Estados para su funcionamiento. (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969)

Inicialmente los hechos considerados como delitos internacionales eran la piratería, la trata de esclavos, de mujeres y niños; sin embargo Con el Estatuto de Roma de la CPI, la evolución del Derecho Internacional se afirmó aún más por ejemplo con las tipificaciones que se han ido incrementando con los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia, Ruanda y en el mundo en general. Hoy se habla de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad. En este contexto, la comunidad internacional intensifica su labor creando una Corte Penal Internacional. (Chamorro y Llantas 2004)

A través del Estatuto de Roma de la CPI, no sólo se ha logrado la creación de una Corte Penal Internacional de naturaleza permanente y con competencia para sancionar individuos responsables de crímenes internacionales, sino que además ha delimitado e incorporado la definición de tales crímenes, los mismos que se encuentran bajo jurisdicción de la referida Corte tales como los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra. (Chamorro y Llantas 2004)

El Estado peruano ha mantenido una posición de ratificación y apoyo hacia la universalidad de los tratados internacionales en materia de derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos y derecho penal internacional; sin embargo, es muy poco lo que se ha avanzado para adecuar la legislación nacional frente a los compromisos provenientes de estos tratados. Dentro de este marco,

el aporte del Estatuto de Roma, frente a esta deuda del Estado peruano, es que sistematizan los principales crímenes de carácter internacional en cuatro categorías principales: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (Castillo, 2007).

Asimismo, en el caso del Estatuto de Roma, los Estados, entre ellos el peruano, asumen el compromiso de apoyar y cooperar con la Corte Penal Internacional (CPI), obligándose, entre otros, a crear en el derecho interno respectivo los procedimientos aplicables para cumplir adecuadamente con el compromiso asumido. El proceso de implementación de dichos procedimientos contempla las siguientes tareas: tipificar adecuadamente los crímenes internacionales que se encuentran previstos en el Estatuto de Roma; derogar cualquier disposición legislativa o administrativa que pueda constituirse en una traba contra el ejercicio de las funciones de la Corte e incorporar mecanismos internos en cada país que faciliten la colaboración entre las distintas entidades de los Estados relacionados con la Corte Penal Internacional (Aguado, 2009).

El estatuto de Roma no exige, no obliga a los estados suscriptores del mismo, a tipificar su contenido en las leyes de su ordenamiento interno, pero dicha obligación en realidad tácitamente si existe a través del artículo 17°. En el cual hace mención al principio de complementariedad y De acuerdo al mismo, los Estados deben mostrar las condiciones de justicia adecuadas para juzgar y sancionar en el ámbito interno a los responsables de estos delitos o crímenes. Ello supone que el marco normativo interno, en lo que respecta a la tipificación de conductas constitutivas de delitos internacionales y los procedimientos para la persecución y sanción, se encuentren en niveles óptimos para llevar a juicio a los responsables de tan graves conductas. Pero así como existe esta obligación de manera tácita tenemos que también existen otras de manera expresa tales como La señalada en el artículo 70.4. a del Estatuto, según la cual todo Estado parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el artículo 70.1 y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales. Así mismo El artículo 88 del Estatuto señala que los Estados parte se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en su parte IX, como lo son, entre otras, la entrega de personas a la Corte, la detención provisional y otras formas de cooperación, tales como identificar y buscar personas u objetos, practicar pruebas, dictámenes e informes periciales o interrogar a una persona. (Ambos, 2012)

Si bien es cierto en nuestra legislación penal se ha registrado la incorporación de solo algunos supuestos típicos contemplados en el derecho penal internacional, tal es el caso de nuestro Código Penal de 1991, el cual incorporó los delitos: genocidio cuyo texto original figura en el artículo 129° del propio Convenio. Posteriormente, fue incorporada la desaparición forzada de personas (Decreto Ley N° 25592 de julio de 1992) y el delito de tortura (Ley N° 26926 de febrero de 1998). Esta última disposición sistematiza los tres tipos delictivos en un nuevo título denominado Delitos contra la Humanidad. En el Perú se ratificó la suscripción al estatuto de Roma en el 2001 y entro en vigor en el año 2002, y con ello el Perú asumió ciertas obligaciones como por ejemplo: investigar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos, además y no menos importante la obligación adecuar su ordenamiento interno a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos con el objetivo de garantizar la no impunidad de los delitos que afectan gravemente a la humanidad. (Chamorro y Llantas 2004)

El Perú, a través del Estatuto de Roma, se ha comprometido a que en el futuro cualquier crimen contra la humanidad, contra los derechos humanos o el derecho internacional humanitario sea cometido por un agente estatal o un agente no estatal, será juzgado a través del Estatuto recogiendo las nuevas tendencias del derecho internacional. Entonces si introduce esta normativa internacional en nuestra propia codificación, incluso más que una ley especial, estaríamos comprometiendo de una mejor forma a nuestros magistrados a que tengan en cuenta la normativa internacional para sancionar delitos. Además se estaría resguardando la soberanía de nuestra nación en el caso que pueda aplicarse el principio de complementariedad. Porque el principio de complementariedad lo que dice es: “La Corte activa su jurisdicción si es que el Estado no puede juzgar, no quiere hacerlo o lo hace de manera fraudulenta.” (Chamorro y Llantas 2004)

Si bien es cierto en nuestro país se contempla la prescripción de delitos esto no contraviene las disposiciones establecidas por la Convención contra la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad. Porque en el caso del Estatuto de Roma, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, son crímenes de una naturaleza muy particular, muy diferente a la naturaleza que tienen los delitos comunes que están tipificados en nuestro Código Penal o en cualquier código penal, es por ello que al regularse en las leyes peruanas este tipo de delitos es importante abarcar la imprescriptibilidad de los mismos ya que la Imprescriptibilidad es una forma de garantizar la protección de los Derechos Humanos a través de la No Impunidad, tal es el caso que consideramos pertinente por ejemplo que debe modificarse el artículo 80° del Código Penal Peruano, referido a la prescripción de la acción penal, en el sentido que se establezca que la acción penal, por delitos contra la humanidad, no prescribe; y, también el artículo 86.° del plazo de la prescripción de la pena, en el sentido de que la pena por delitos contra la humanidad no prescribe. Así mismo el artículo 20. ° Específicamente en el inciso nueve que señala que: “El que obra por orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones está exento a responsabilidad penal”. Nosotros creemos que debe añadirse: "a excepción de aquellas órdenes dirigidas a cometer actos tipificados como delitos contra humanidad".

En lo que respecta al derecho comparado tenemos que muchos países ya han adecuado el estatuto de Roma tipificándolo en sus ordenamientos internos tal es el caso de Argentina y Uruguay los cuales han expedido leyes especiales que contemplan los tres aspectos: los tipos penales del derecho internacional penal (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), los delitos contra la administración de justicia y las formas de cooperación. Argentina regula los tipos penales del derecho internacional en un modelo que hace remisión directa al Estatuto, mientras que Uruguay los describe en su propia ley. Chile también ha expedido una ley especial, aunque en este caso limitada a la tipificación de los crímenes competencia de la Corte. (Ley 26.200 de Implementación del Estatuto de Roma, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina & Ley núm. 18.026 de Cooperación con la Corte Penal Internacional en Materia de Lucha contra el Genocidio, los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, publicada en el Diario Oficial de la República Oriental del Uruguay)

El Código Penal Colombiano contiene disposiciones para sancionar el genocidio, ciertos crímenes de lesa humanidad como la tortura y la desaparición forzada, así como un capítulo sobre “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario” y, en su Código Procesal Penal, tiene una cláusula general hacia la CPI en la sección correspondiente a mecanismos de cooperación internacional, caso similar al de

Perú, que en su legislación procesal penal (libro VII, Sección VII), contempla los mecanismos de cooperación con la CPI.(Herencia, 2015)

En el caso de Alemania han sido dictadas dos leyes especiales tanto de naturaleza material como también procesal: el Código Penal Internacional, que contiene los delitos de genocidio, contra la humanidad y de guerra, regulando además la responsabilidad de los jefes y otros superiores, y la Ley para la Implementación del Estatuto de Roma de la CPI, que a su vez contiene la Ley sobre la Cooperación con la CPI. (Ley de Introducción del Código Penal Internacional en Alemania, 2002)

Finalmente, España expresamente incorporó en su Código Penal los delitos de genocidio, de lesa humanidad, contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado y el de contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional, y adicionalmente, expidió la Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional.(Ambos,2012).

## **2.5. Sobre el deber de reparación a las víctimas y la obligación de cumplimiento de las sentencias de la CIDH**

Sobre el deber de reparación para con las víctimas, no cabe duda que el concepto jurídico de “reparación” actualmente se viene ampliando y afirmándose y ello queda evidenciado por ejemplo cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, plantea en calidad de reparación que el Estado adopte las medidas necesarias de investigar y sancionar efectivamente a los autores de la detención ilegal, las torturas y la muerte, en este sentido, el Estado debe asegurar que se evite la prescripción de la causa penal y ocurran demoras innecesarias en el trámite de ésta e instruir al Ministerio Público para que tenga un real protagonismo en la investigación y evite la falta de investigación del caso.

Para la Comisión Interamericana, la reparación incorpora también la investigación y sanción contra los responsables de la comisión de un delito. Por ello el sistema internacional de los derechos humanos viene cuestionando, con respecto de los delitos de lesa humanidad, las amnistías, indultos, etc., y hasta pone en crisis principios penales clásicos como los efectos inmovibles de la cosa juzgada, la aplicación de la ley más benigna, la prescripción de la acción penal, entre otros.

Debido a la amplitud del término reparación y lo que ello conlleva, podemos asumir que son de dos formas como las reparaciones se constituyen: A).- a modo de compensación y B).- a modo de satisfacción. Según Ríos (2013) :

Respecto de las primeras tenemos que, son medidas que buscan compensar los daños sufridos a través de la cuantificación de los daños, donde este se entiende como algo que va mucho más allá de la sola pérdida económica, e incluye a la lesión física y mental y, en algunos casos, también la lesión moral.(p.8)

Respecto de las segundas esto es la satisfacción y garantías de no repetición, son aquellas que constituyen categorías especialmente amplias, pues incluyen medidas tan diferentes como en el cese de las violaciones, la verificación de hechos, disculpas oficiales y sentencias judiciales que restablecen la dignidad y reputación de las víctimas, plena revelación pública de la verdad, búsqueda, identificación y entrega de los restos de las personas fallecidas o desaparecidas, junto con la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los autores de los crímenes, y reformas institucionales.(Ríos,2013, p.8)

De igual forma como existe un deber de reparación, existe también un deber de cumplimiento que todo Estado parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene que acatar sobre los fallos que dicta la CIDH, porque son definitivos e inapelables esto según el artículo 67 de la Convención Americana y además teniendo en cuenta que son los estados quienes firman, ratifican dichos tratados y convenciones de manera voluntaria, lo hacen ejerciendo esa libertad de permanecer en ella y seguir las reglas que enmarcan la Convención Americana, la Declaración de los derechos entre otros instrumentos internacionales, cuyo objetivo es tutelar los derechos fundamentales del ser humano. Por lo tanto es lógico sostener que los tratados celebrados por el estado peruano y que estén en vigor forman parte del derecho nacional y son de cumplimiento erga omnes, razón por la cual el estado peruano está obligado a cumplir las sentencias que imponga la Corte.(Ugarte, 2014, p.27-30)

### **CAPÍTULO III: MECANISMOS PARA CONTROLAR LA CONCESIÓN DEL INDULTO Y EL DERECHO DE GRACIA EN LOS SUPUESTOS DE GRAVE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

#### **3.1. Reflexiones sobre las consecuencias del Indulto otorgado al ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori.**

En el año 2017, se le otorgó el indulto humanitario y derecho de gracia al ex presidente Alberto Fujimori, tal como señala Barboza (2017), el cual nos dice que el indulto a Fujimori se desarrolló de la siguiente forma:

El 18 de diciembre del 2017, el ex presidente Alberto Fujimori presentó su solicitud para que se le indultara por razones humanitarias. Esta solicitud fue presentada por Fujimori y fue enviada por la Dirección del Penal de Barbadillo a la Comisión de Gracias Presidenciales (CGP), el ente encargado de evaluar y recomendar los indultos presidenciales y las conmutaciones de pena, según dijo el entonces Viceministro de Justicia y Presidente de la CGP, Juan Falconi, la secretaria técnica de su sector advirtió que al pedío le faltaban documentos médicos, por los que se les solicitó al Ministerio de Salud (MINSa), para admitirlo. De esta manera se dio la aplicación del Acta de la Junta Médica Penitenciaria. (p.1 - 2)

Para la admisión del indulto presidencial fue necesario cumplir con los requisitos exigidos por el reglamento interno de la Comisión de gracias presidenciales C.G.P aprobado mediante resolución ministerial N°0162-2010-JUS, el cual en su Título III, específicamente en el Capítulo tres, establece los requisitos para la tramitación de las solicitudes de indulto y derecho de gracia por razones humanitarias.

El 22 de diciembre del 2017, el Ministerio de Salud envió los documentos requeridos por la CGP, para recibir el pedido de indulto de Fujimori, según lo indicó el Ministerio de Justicia. Con estos documentos, el pedido de indulto finalmente llegó a la comisión presidida por Falconi. Entre ese día y el domingo 24 de diciembre del 2017, señala el diario de La República, la comisión analizó la solicitud y recomendó el indulto por ser “una persona que padece De una enfermedad no terminal grave, que se encuentra en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable y porque las condiciones carcelarias en el Establecimiento Penitenciario Barbadillo, colocan en grave riesgo su vida”.

El mismo 22 de diciembre del 2017, cuando se produjo la votación sobre la vacancia del presidente Kuczynski en el Congreso, el indulto ya se había solicitado, Kenji Fujimori anunció ese mismo día que se abstendría en la votación sobre la vacancia puesta a debate (República, 2017).

La secuencia de hechos puso en evidencia la presencia de un acuerdo o al menos de una confluencia evidente entre ambos pedidos relacionados al indulto a Alberto Fujimori, que afecta dos casos (Barrios Altos y la Cantuta) sobre derechos humanos sujetos a supervisión internacional; y la gracia por exceso en el tiempo del proceso por el caso Pativilca, este último caso fue autorizado para ser seguido en contra de Alberto Fujimori en febrero de este año por la Corte Suprema de Chile y llevado ante un tribunal por una acusación presentada en julio del 2017. Por otro lado la Leyes N° 26478 (junio de 1995), N° 28760 (junio del 2006) y N° 29423 (octubre del 2009) prohíben conceder gracias o indultos a los procesados o condenados por secuestro o extorsión. Al condenarlo, la Corte

Suprema declaró que la detención de Samuel Dyer y Gustavo Gorriti, producida en el marco del golpe de Estado en abril de 1992 constituía un caso de secuestro. (Radio Programas del Perú, 2018).

Cabe hacer énfasis que a la fecha el ex mandatario no ha cumplido con pagar los más de cincuenta y un millones de soles por concepto de reparación civil, pero nosotros consideramos que la reparación no sólo debe basarse en un tema de carácter monetario, sino que además debe comprender otros aspectos como ya se mencionaba en capítulo anterior, el estado tiene la necesidad de asegurar la investigación, la no repetición, y la ejecución idónea de la condena para las personas que cometan este tipo de crímenes considerados de lesa humanidad .

Sin embargo a pesar de que existen estos deberes de reparación y cumplimiento de las sentencias emitidas por la CIDH, al otorgarle el indulto humanitario al ex Presidente Alberto Fujimori se vulneró justamente esos deberes ya que no se estaría respetando el deber de reparación del daño sufrido por las víctimas y por supuesto el deber de dar cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana para que de esta manera el derecho a la justicia se vea cumplido a plenitud.

### **3.2. Aplicación del control de convencionalidad en la justicia peruana.**

Abarcando el tema de control de convencionalidad es necesario hacer un breve análisis si nuestro sistema judicial peruano ha aplicado coherentemente a lo largo del tiempo lo establecido en los parámetros internacionales, ante ello tenemos qué:

El Estado peruano es parte en la CADH desde la promulgación del Decreto Ley 22231 en fecha 11 de julio de 1978. Ratificado por la Decimosexta Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979. Aceptó la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el 21 de enero de 1981, sin embargo y pese a ello La Corte IDH ha emitido 25 sentencias en contra del Estado peruano. De los cuales 18 están relacionados con violaciones a los derechos humanos ocurridos en el periodo de 1980 a 2000. En 14 casos determinó la obligación de investigar y sancionar debidamente a los responsables, otro ejemplo es el fallo contrario a los estándares interamericanos, es la resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de julio de 2013 que resolvió el recurso de nulidad N° 4104-2010. En la cual, se señala que los hechos por los cuales se condenó a los integrantes del autodenominado “Grupo Colina” no pueden ser calificados como delitos de lesa humanidad. Pese a existir una sentencia de la Corte IDH que señala lo contrario. (Mamani, 2020, pp. 70, 71,72)

Esto es una muestra evidente de que no se ha venido aplicando correctamente dicho control, es por ello que ahondando más sobre este tema tan importante considerándolo como un mecanismo para controlar la concesión de indultos y derechos de gracia tenemos qué:

El control de convencionalidad, consiste en la verificación de compatibilidad entre las normas y demás prácticas de un Estado con las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado es parte, Debe ser realizado de oficio y es una obligación que corresponde a los jueces y los tribunales judiciales de todos los niveles, Es una obligación que corresponde a toda autoridad

pública dentro del ámbito de sus competencias (no solo de los jueces) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, o bien, la necesidad de ser interpretadas conforme a este tratado. (PROETICA, 2018)

Durante el caso del indulto, los presidentes del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional recordaron constantemente al público que no hay actos exentos de control en un Estado constitucional de derecho y que todas las decisiones de los jueces, incluidos los «jueces» de la Corte IDH, deben ser acatadas y ejecutadas. A partir de este discurso, la Corte IDH aparece como colega y par de la judicatura peruana, con derecho al mismo respeto que esta exige para sí misma. (Belaunde, 2020, p.449)

Todos los organismos de los países adscritos a pactos internacionales, incluidos jueces y tribunales de todos los niveles, están sometidos al cumplimiento de este tipo de control y por ende tienen el deber de velar por su cumplimiento de tal forma que se logre impedir trasgredir lo ya establecido en la CADH

García y Palomino 2012 señalan, que el control de convencionalidad implica una interrelación entre los tribunales nacionales y los tribunales Internacionales, y que esta interrelación puede darse de dos formas, las cuales exponemos a continuación:

La primera sería de corte internacional: indica que el control de convencionalidad consiste en la verificación de todo acto o normativa de derecho interno que resulte compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en caso de ser contraria se dispondrá la reforma, abrogación o inaplicación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y a la vigencia de tal Convención y de otros instrumentos internacionales en este campo. Igualmente, procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 CADH) para garantizar el ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Convención. Para ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por vía jurisprudencial, impone al Estado a tomar medidas legislativas o de otro carácter para lograr tal finalidad. Cabe indicar que este control puede alcanzar a la normativa en general (leyes, reglamentos, etc.), y a la Constitución. (García & Palomino, 2012)

Al respecto sobre el control internacional o externo Según (García, 2011) señala que:

El control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre los actos domésticos y las disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquellos y estas bajo el imperio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que corresponda. (p.126)

La segunda sería de corte Interno: como la misma premisa lo indica esta modalidad se despliega en sede nacional, y se encuentra a cargo de los magistrados locales. Consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales en el área de los derechos humanos), y a los estándares interpretativos que la Corte ha formulado a través de su jurisprudencia. Lo que se pretende con ello es contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en cada Estado, abarcando sus fuentes internas e internacionales. (García & Palomino, 2012)

Así mismo sobre el control interno (García, 2011) indica que:

Se refiere a la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales para verificar la congruencia entre un acto interno —Constitución, ley, reglamento, etcétera— con las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y, en nuestro caso, el Derecho Interamericano de Derechos Humanos. De esa verificación, que obviamente implica un ejercicio de interpretación, provendrán determinadas consecuencias jurídicas: sustancialmente, la convalidación o la invalidación del acto jurídico interno inconsecuente con el ordenamiento internacional. (p.126)

Siguiendo a Mejía, J. Becerra, J. & Flores, R. 2016, estos señalan sobre el control de convencionalidad que:

Los jueces nacionales tienen la obligación de ejercer un doble control de la legalidad de los actos y omisiones de los poderes públicos; es decir, el control de constitucionalidad para determinar la congruencia de los actos y normas secundarias con la Constitución, y el control de convencionalidad para determinar la congruencia de los actos y normas internas con los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia internacional. En otras palabras, la nueva realidad constitucional, derivada de la interacción entre el derecho interno y el derecho internacional, obliga a juezas y jueces a garantizar la supremacía constitucional y la garantía convencional en los casos que deben resolver. (p.11)

De lo antes expuesto queda claro que existe tanto un control de convencionalidad externo, el cual es efectuado por la CIDH, el cual consiste en la imperiosa necesidad de verificar si lo dictado o establecido por el la justicia interna respeta los parámetros internacionales. Por otro lado tenemos en control de convencionalidad interno el cual está a cargo de los magistrados de nuestra nación los mimos que tienen que verificar la congruencia de sus actos justamente con lo establecido en los pactos a los cuales nos encontramos adscritos.

Respecto a la finalidad de este control de convencionalidad tenemos que lo que se busca no es separar ni dividir, sino al contrario tratar de unificar y que los estados miembros acojan lo establecido internacionalmente que no se aparten a fin de conseguir la llamada seguridad jurídica, tal es el caso que según (Sagüés, 2010) sostiene que los fundamentos jurídicos de este control son los siguientes:

i) El efecto útil de las obligaciones internacionales, que deben ser cumplidas de buena fe, y ii) la prohibición de alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (p.452)

De similar forma Gomes y Oliveira (2014) expresan que la aplicación del control de convencionalidad en función a los derechos tiene como finalidad establecer:

- i) La obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos,
- ii) El deber de proteger a las personas frente a las amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos,
- iii) Adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos,
- iv) Reparar a las víctimas, y
- v) Cooperar con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control (p.47).

Sobre el tema en cuestión, en el ámbito nacional la “Cuarta Disposición Final y Transitoria” de la Constitución Política, la cual señala que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”, de ello podemos colegir que nuestra misma carta magna considera que se debe existir un congruencia entre el derecho interno y lo establecido internacionalmente.

De igual forma el Código Procesal Constitucional - en adelante CPC- en su Artículo V, del Título Preliminar, respecto de la interpretación de los derechos constitucionales, indica lo siguiente:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Por otro lado en el derecho comparado tenemos por ejemplo tal como lo señalan (Mejía, J. Becerra, J. & Flores, R. 2016) los cuales afirman que:

Generalmente, los textos constitucionales habían aceptado la incorporación del derecho internacional como parte de las relaciones internacionales de los Estados en el marco de la política externa regida por el derecho internacional convencional, clasificado como derecho internacional público. De ahí que los tratados internacionales que conformaban el derecho internacional se enuncian como parte del orden interno de los Estados; como ejemplo tenemos la Constitución mexicana vigente que, desde su promulgación en 1917, reconoció en el artículo 133 la incorporación del derecho internacional al establecer que los tratados internacionales ratificados por México serían ley suprema de toda la Unión. (p.20)

En el ámbito internacional tenemos que en el caso (Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006) la CIDH a través del su ex juez Sergio García Ramírez, por primera vez hizo referencia al término control de convencionalidad con la finalidad de llegar a determinar un concepto sobre lo que a comprender los autores como TORRES (2018):

- i) consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en adelante Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- ii) es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;
- iii) para efectos de determinar la compatibilidad con la Corte Interamericana de Derechos Humanos en adelante CADH, no solo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- iv) es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y
- v) su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública (p. 37).

Asimismo Vivanco (2018) expresa que en la jurisprudencia referida se precisa lo siguiente:

El Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (p.45).

En suma, por el control de la convencionalidad, se llega a determinar que las legislaciones internas de cada tienen que establecer una adecuación frente a los lineamientos que estable la Convención Americana de Derechos Humanos

Por su parte la CADH en art. 1.1, respecto de la obligación de respetar los derechos (Vivanco, 2018), señala:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (p.47)

Al respecto, Gomes y De Oliveira (2014) determina que:

La obligación de “respeto” a los derechos humanos, previsto en el artículo antes citado, excluye la aplicación del principio de reciprocidad consagrado en el derecho internacional clásico, toda vez que los Estados Parte de la Convención tienen la obligación de respetar los derechos con independencia de que otro Estado Parte lo realice dentro de su jurisdicción; de donde deriva la naturaleza objetiva de las obligaciones internacionales relativas a derechos humanos (p. 51).

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 29.1 contiene el principio *pro personae*, en los siguientes términos (Castillo & Grandez, 2018):

Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en el (p.39)

De ello podemos entender que con esta regulación lo que se pretende es señalar que dentro de la justicia interna de cada país no pueden suscitarse o darse actos que contravengan lo establecido en dicho pacto.

De similar forma la CADH, en su art. 29.2, señala que:

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamento o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado. Podemos colegir de esto que lo que se pretende es garantizar de que se aplique la justicia interna a la luz de lo establecido internacionalmente.

Asimismo la CADH advierte que la justicia interna debe respetar lo establecido en el pacto, ya que según su Artículo 1.1 de la citada convención, en lo referido a la enumeración de deberes de los estados y derechos protegidos, Castillo & Grandez (2018), señala que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (p.27).

De lo expuesto podemos colegir que, las normas internacionales sobre derechos humanos vinculantes para el Perú conforman también nuestro sistema jurídico y lo hacen en el nivel normativo constitucional. Tales normas provienen no solo del concreto tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos; sino también – y hasta principalmente- de los órganos internacionales creados para vigilar su cumplimiento, como es el caso de la Corte IDH. Si las normas convencionales conforman el sistema jurídico peruano, todos los operadores jurídicos están en la obligación de conocerlas y de saber el rol jurídico que desempeñan para procurar una aplicación formalmente correcta y materialmente justa. (García, 2016)

En lo que respecta a la aplicación del control de convencionalidad en el caso del indulto a Alberto Fujimori tenemos que: El pasado 3 de octubre, el Poder Judicial sacó a la luz la resolución emitida por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de la República, que revisó el indulto por razones humanitarias otorgado al ex presidente Alberto Fujimori, condenado en el año 2009 a 25 años de pena privativa de la libertad, por los delitos de homicidio calificado y lesiones graves en los casos Barrios Altos y La Cantuta, y secuestro agravado en el caso Sótanos SIE, que constituyen crímenes de lesa humanidad en el Derecho Internacional Penal.

Según la Resolución N°00006-2001-4-5001-SU-PE-01, en la cual se puede apreciar que se dejó sin efecto el indulto a Alberto Fujimori porque:

Básicamente hubo irregularidades en el trámite administrativo, la falta de motivación de la Resolución Suprema N° 281-2017-JUS mediante la cual se otorgó el indulto al ex Presidente, así como, el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano. También sostiene claramente que este indulto vulnera el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y favorece a la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos (PROETICA, 2018)

Además es necesario resaltar que en este pedido de nulidad la defensa técnica de las víctimas solicitó al juez que realice el control de convencionalidad antes de emitir un fallo sobre el pedido de Nulidad del Indulto otorgado al Ex Presidente Alberto Fujimori, entonces Perú por ser un país que ha ratificado la convención Americana De Derechos humanos, efectivamente estaba en el deber y el derecho de aplicar dicho control esto con la finalidad de verificar si trasgrede alguna normativa establecida en el derecho internacional, ya que del caso en concreto materia de análisis en el presente trabajo de investigación, tenemos que justamente el ex presidente Alberto Fujimori fue condenado como ya se explicó anteriormente por hechos considerados como crímenes de lesa humanidad, y como ya se dejó claro el derecho internacional niega todo tipo de beneficios de este tipo como son los indultos y amnistías a personas que han sido condenadas por

grave violación de los derechos humanos, entonces el Ex presidente Pedro Pablo Kuczynski debió en aplicación del control de convencionalidad tomar en cuenta este criterio ya establecido y no otorgar el indulto a Alberto Fujimori.

### **3.3. El principio de legalidad y la protección *IUS COGENS* de los derechos humanos**

Es necesario en el desarrollo de la presente investigación, abordar estos dos aspectos importantes como son el principio de legalidad y la protección *IUS COGENS* de los derechos humanos, todo ello en relación a la imputación y sentencia dictada Al ex presidente Alberto Fujimori por los delitos de lesa humanidad, todo ello para determinar sí debía o no ser procedente el indulto humanitario y Derecho de Gracia otorgado al ex Presidente.

Si bien es cierto el fundamento principal por lo que se sostiene que el indulto otorgado al Ex Presidente deviene en ilegal es porque este trasgrede lo que dicta las normas internacionales de derechos humanos ya que como se mencionaba anteriormente según el inciso 1 del artículo 7 del estatuto de la Corte Penal Internacional considera como crimen de lesa humanidad al asesinato cometido como ataque generalizado o sistemático contra una población civil y a la vez con conocimiento de del ataque. Además se ha considerado en el inciso número nueve del mismo artículo antes citado a las desapariciones forzadas como crímenes de lesa humanidad, entendiendo las mismas como los secuestros por personas, por el propio estado, u organización política, entonces en los casos Barrios Altos y La Cantuta tenemos que fueron sucesos que precisamente se basaron en este tipo de conductas como son los asesinatos y desapariciones forzadas las cuales se subsumen dentro de lo que dicta las definiciones de los crímenes de lesa humanidad.

Según la STC N°.024-2010-AUTC, ff. jj. N° 53 – 55, sobre demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1097, se pronuncia señalando que en el ámbito del derecho internacional público, se denomina normas *Ius Cogens* a aquellas normas de derecho que tienen carácter de cumplimiento obligatorio y que no admiten la exclusión ni alteración de su contenido, de tal manera que todo acto que sea contrario a este será declarado nulo, entonces al analizar este concepto podemos advertir que estas normas *Ius Cogens* deben ser tomadas en cuenta como límite para el otorgamiento de indultos a personas que hayan sido condenadas por hechos considerados como crímenes de lesa humanidad

A nivel nacional tenemos que el Tribunal Constitucional, adopta criterios denominados *Ius Cogens*, según las cuales se deben considerar delitos de lesa humanidad cuando se produce una grave afectación a la dignidad de la persona humana ya sea atentando contra su vida o contra su libertad en base a un ataque generalizado o sistematizado en perjuicio de una población civil, la cual corresponde a una política, la misma que puede ser consentida o promovida por el estado. (PACHECO, 2018)

El estatuto de Roma entró en vigor el 01 de julio del año 2002, y como sabemos los casos Barrios Altos y La Cantuta fueron cometidos el 3 de noviembre de 1991 y el 18 de julio y 6 de Abril de 1992 respectivamente, como se aprecia fueron cometidos diez años antes de que es estatuto antes citado entrara en vigor en nuestra nación, pero así como el Perú se adhirió a este estatuto, también se encuentra adscrito a la convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad, mediante resolución legislativa N° 27998 esta resolución aprobaba la adhesión del Perú a la convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, la

misma que en su artículo 1° establece que *los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha que se hayan cometido*, entonces como ya se explicó antes los crímenes por los cuales el ex Presidente fue condenado han sido considerados como crímenes de lesa humanidad, entonces queda claro que estos pueden ser investigados y sancionados ya sea al momento de la comisión de los mismos o con posterioridad de manera retroactiva puesto que existe una imprescriptibilidad en el tiempo. (PACHECO, 2018)

Cabe acotar que el artículo 24 en el inciso d. del estatuto de Roma señala que: nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la Ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley, pero tal como se estableció en el EXP. N.° 02071-2009-PHC/TC, que los delitos de lesa humanidad son considerados imprescriptibles porque la prescripción de la acción penal, que supone la defensa del individuo contra los excesos del poder estatal, no puede ser utilizada con la finalidad de avalar el encubrimiento por parte del estado de hechos que deben ser investigados. Así, se ha señalado que la presente que la prescripción de la acción penal, en tanto garantía en favor de la dignidad humana, no puede ser concebida desde una perspectiva meramente formal, lo que terminaría desnaturalizándola. Ya que debe ser un instrumento de garantía a favor de la persona humana y no en contra de ella. De este modo, la prescripción de la acción penal no puede ser mal utilizada para encubrir crímenes contra la humanidad. (PACHECO, 2018)

Es necesario confrontar lo que nos dice el artículo 24 del estatuto de Roma en cual establece que nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor, sin embargo tenemos que en el caso de Alberto Fujimori este no fue condenado por delitos de lesa humanidad, sin embargo debido a la gravedad de los hechos el juez hizo una valoración de los mismos considerándolos como delitos de lesa humanidad

La mención de los hechos como crímenes de lesa humanidad fue necesaria puesto que esta sirvió para entender la gravedad de las imputaciones de homicidio calificado, secuestro agravado, y lesiones graves, y como la lucha contra el terrorismo estuvo dirigida contra personas civiles esta encuadra en el escenario de crímenes de lesa humanidad, además en dicha sentencia se reconoció que no estaba tipificado, pero esta mención ayuda a entender en contexto en el que los perjudicados fue en si humanidad en su conjunto. Y este estándar de calificación lo establece el Derecho Público Internacional al que el Perú se sujeta. (BAZO, 2016)

Dicha mención acarrearía consigo consecuencias por ejemplo al momento en que un juez tenga que tomar una decisión para la aplicación de beneficios penitenciarios al condenado Fujimori, este estará obligado a tomar en cuenta los estándares internacionales y que los hechos por los que está preso fueron considerados como de lesa humanidad, además dicha consideración no vulneró su derecho de defensa del ex Presidente puesto que el condenado sí pudo ejercer su propia tesis, exponiéndola durante todo el juicio.(BAZO, 2016)

Por otro lado a la luz del derecho comparado tenemos un antecedente del caso español sobre Adolfo Scilingo es un exmilitar argentino, condenado como autor de delitos de lesa humanidad por actos que cometió durante su desempeño como oficial de marina de guerra durante la dictadura cívico-militar argentina autodenominada «Proceso de Reorganización Nacional», que gobernó entre 1976 y 1983, a esta persona se le condenó

por penas que suman 640 años de prisión, por un delito de lesa humanidad que causó 30 muertes alevosas, torturas y detención ilegal. Sin embargo, la propia sentencia establece que el ex marino no puede cumplir más que 30 años de prisión, límite establecido en la legislación del momento en que ocurrieron los hechos. Es la primera vez que la justicia española condena a un imputado por crímenes contra la humanidad, por delitos cometidos en el extranjero y por ciudadanos extranjeros, aunque hubo víctimas españolas, sin embargo como veremos eso no fue impedimento para que el tribunal español considere a los hechos como crímenes de lesa humanidad (EL PAIS, 2005)

En la justicia española se incorpora el artículo 607 bis del CP español (sobre crimen de lesa humanidad e incorporado en el año 2004, sin embargo los hechos perpetrados por Adolfo Scilingo datan de la década de los años setenta. En este caso, al igual que en el caso Fujimori, se plantea también la problemática de la incorporación del derecho penal internacional en el derecho penal interno. Es por ello que en la sentencia se tuvo en cuenta las exigencias del principio de legalidad, al no aplicar de manera directa el artículo 607 bis, pero ello no fue impedimento para debido a la gravedad de los hechos reflexionar también sobre la importancia de las normas de protección a los derechos humanos y los criterios del Derecho Penal Internacional que deben tenerse en cuenta como son: perseguibilidad universal, imprescriptibilidad (MONTROYA, 2006)

Tal es el caso que en los fundamentos de la sentencia de 01/10/2007 sobre el recurso de apelación interpuesto por Adolfo Francisco Scilingo Manzorro y la acusación particular Marta Bettini Francese y otros contra sentencia dictada por la audiencia nacional, se expone lo siguiente.

“Consecuentemente, (...) la condena por delitos de asesinato y detención ilegal, así como la valoración de las circunstancias relevantes en orden a establecer la gravedad en el marco legal vigente al tiempo de ejecución de los hechos, no vulneraría el principio de legalidad, que sin embargo, de un lado impide acudir a un tipo delictivo no vigente en la fecha de comisión, salvo el caso en que fuera más favorable, y de otro haría imposible imponer una pena superior a la prevista entonces para aquellos delitos”

Por otra parte, la relevancia de la conducta enjuiciada desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos esenciales a nivel internacional, tampoco podía ser ignorada por el recurrente en el momento de la comisión, ya que constituían precisamente las acciones más graves contra aquellos.

El delito de lesa humanidad, fue introducido en el Código Penal español por medio de la Ley Orgánica 15/2003. Se define como un delito contra la comunidad internacional y se compone de una serie de conductas básicas, de las cuales, en lo que aquí interesa, la causación dolosa de la muerte de otra persona o las detenciones ilegales, ya eran delictivas como delitos ordinarios con anterioridad. Su elevación a la naturaleza de delitos contra la comunidad internacional encuentra justificación en las circunstancias añadidas que integran el elemento de contexto. Son éstas, según el artículo 607 bis del Código Penal, el que los hechos concretos se cometan como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o una parte de ella (AMBOS, 2012)

De todos modos, las circunstancias descritas, muy similares a las contenidas en los instrumentos internacionales, superpuestas a hechos ya de por sí constitutivos de delitos, son las que convierten a éstos en crímenes contra la Humanidad, incrementando el contenido de injusto, lo que repercute en una mayor pena; planteando la cuestión de su imprescriptibilidad; y permitiendo afirmar que los Estados deben

proceder a su persecución y castigo. Dicho con otras palabras, esas circunstancias añadidas al asesinato y a la detención ilegal, en el caso, aunque no permitan la aplicación de un tipo penal contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden ser tenidas en cuenta para justificar su perseguibilidad universal. (CARRASCO, 2015)

En conclusión puede señalarse que: A) La causación dolosa de la muerte de otras personas, así como las detenciones ilegales, estaban previstas como conductas delictivas en el momento de la comisión de los hechos, tanto en Argentina como en España. B) Las circunstancias relevantes concurrentes en un hecho delictivo, aun cuando no sean típicas, son valorables en el enjuiciamiento, siempre que se acuda a criterios adecuados jurídicamente al ordenamiento. C) El elemento de contexto característico de los crímenes contra la Humanidad estaba reconocido internacionalmente en el momento de los hechos con límites suficientemente definidos. D) Las conductas enjuiciadas constituían en ese momento crímenes con voluntad de perseguir penalmente esta clase de hechos (asesinatos, detenciones ilegales y otros) cuando concurre el elemento de contexto, estaba establecida internacionalmente de forma generalizada en normas de Derecho Penal Internacional consuetudinario, al menos desde la creación de los Tribunales internacionales tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial. (MONTROYA, 2006)

Finalmente el ciudadano fue condenado a treinta años de prisión, por el hecho de que al momento de la comisión de sus delitos aún no estaba tipificado el crimen de lesa humanidad, es decir no se aplica directamente el tipo penal vigente a la fecha de su juzgamiento en respeto del principio de legalidad, pero sin embargo como vemos en los fundamentos dichos hechos han sido valorados como crímenes de lesa humanidad.

En suma podemos concluir que: La calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad no vulnera las garantías principales del principio de legalidad en tanto no hay una utilización punitiva directa de la misma y en tanto las consecuencias que se adscriben a tal calificación son de carácter complementario referidos a la persecución punitiva de los hechos y a la valoración de la gravedad del injusto de cara a la individualización de la pena prevista para los delitos comunes ya previstos. (MONTROYA, 2006)

De todo lo antes expuesto podemos señalar que las normas IUS COGENS no vulneran el principio de legalidad, sino que al contrario su finalidad es la protección de los derechos humanos, frente a las graves violaciones de los mismos que puedan suscitarse, en consecuencia consideramos que es necesario el respeto de estas normas tanto por parte de los poderes del estado, a fin de establecer un límite a la potestad discrecional que se tiene por parte del ejecutivo al momento de otorgar indultos, ya que si se toma en cuenta estas normas va a existir un mayor respeto de lo que dictan los parámetros internacionales y pues se tendrá en cuenta que no se puede otorgar indultos a personas condenadas por hechos considerados como crímenes de lesa humanidad ya que esto contraviene o que dictan justamente las normas IUS COGENS.

### **3.4. El control jurisdiccional de los actos emanados de la potestad discrecional (concesión de indultos)**

Ante la ausencia de control jurisdiccional en el otorgamiento del Indulto, el Presidente de la República se encuentra totalmente obligado a actuar bajo ciertas limitaciones establecidas en nuestro ordenamiento jurídico, que supletoriamente debería cubrir la

ausencia de criterios concretos y específicos en materia de Indulto, sin embargo como hemos visto en el caso del ex presidente de la república Alberto Fujimori no se respetó los parámetros ni hubo una motivación adecuada en dicha resolución que le concedió el indulto, esto justifica que en el ordenamiento jurídico se deben establecer limitaciones a la amplia discrecionalidad de la facultad del Presidente de la República de otorgar indultos. Y ello porque se necesita brindar seguridad y certidumbre al sistema, así la protección de los intereses y derechos de la ciudadanía, además de evitar la toma de decisiones que podrían lindar con la arbitrariedad. (Rodríguez, 2021, p. 34, 35)

En lo que respecta a la relación entre el término indulto y potestad discrecional, remontándonos a lo largo de la historia tenemos que, el indulto es una prerrogativa del Gobierno, una más de las muchas de las que siglos atrás disfrutó el Príncipe, tan libre en su ejercicio como la de otorgar, peajes de todo tipo, monopolios comerciales o cualesquiera otras regalías a los súbditos a los que quería favorecer. En todos esos casos, el Príncipe ejercitaba *una potestas extraordinaria* sobre la cual no cabía disputa alguna, a diferencia de la *potestas ordinaria o regulata*, regida por las leyes del Reino, que el Príncipe había jurado respetar. (FERNÁNDEZ, 2004)

Nosotros consideramos de vital importancia abordar en este trabajo respecto de lo que debe entenderse por discrecionalidad del Presidente de la República al conceder gracias presidenciales. Esta característica ha sido reconocida jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional mediante la STC. Exp. N° 03660-2010-HC/TC, f. j. 20, al señalar que se trata de una “facultad presidencial revestida del máximo grado de discrecionalidad”, además, ha indicado que se trataría en específico de una discrecionalidad política, la cual está “dotada del mayor grado de arbitrio o libertad para decidir”.( INFORME DEFENSORIAL, 2018)

Por su parte TOMÁS FERNÁNDEZ señala que el poder discrecional, es un poder susceptible de ser ejercitado a discreción de su titular, el cual tiende a no reconocer límite alguno y a rechazar cualquier tipo de controles, que desmentirían, de aceptarse, la liberalidad que el término discrecional conlleva, el poder discrecional se percibe a simple vista como el poder, como la capacidad incondicionada de imposición, es el poder, libre y exento de cualquier posible fiscalización o corrección desde fuera y que este se aplica de manera general, es decir abarca los tres poderes del estado legislativo, ejecutivo y judicial. (FERNÁNDEZ, 2006)

Por otro lado GUSTAVO GUTIÉRREZ TICSE sostiene que el indulto otorgado a Alberto Fujimori, se desarrolló en base a mandatos netamente constitucionales, los cuales facultan de manera exclusiva al Presidente de la república para poder otorgarlos, además señala que estas decisiones deben de ser claras, puesto que contienen un alto grado de discrecionalidad, acota también que mediante estos actos no se limita el juzgamiento de un procesado, ni mucho menos la investigación de hechos delictivos, sino que se trata de una atribución mediante la cual se perdona la efectividad de la pena y que inclusive puede que se establezca de manera precisa en la resolución que los concede que, el perdonado no queda eximido del pago de la reparación civil (GUTIÉRREZ, 2018)

En la misma línea de su postura el autor sostiene que el Tribunal Constitucional o los tribunales supranacionales no pueden asumir competencia, además indica por ejemplo que si bien es verdad en el caso estadounidense Marbury vs. Madison (donde el Juez Marshall publicita el control constitucional como potestad de los jueces), el Juez Principal reconoce que ello no convierte a los jueces en supervisores de cómo los poderes políticos

ejercen sus poderes discrecionales: “El deber de la Corte es, únicamente, decidir acerca de los derechos de los individuos, y no indagar sobre cómo el Ejecutivo y sus oficiales ejercen sus poderes discrecionales”. Además sostiene que no se debe de condicionar modo absoluto los actos políticos a control de los jurisdiccionales, que debe de existir determinados límites necesarios entre lo político y lo jurídico de lo contrario se estaría politizando la justicia o judicializando la política, cosa que al parecer es inadmisibles para algunos que consideran que todo, absolutamente todo, se debe resolver en un despacho judicial. En suma el autor admite el control constitucional y convencional en gran parte de los actos estatales, pero sin dejar de reconocer determinados márgenes políticos que obedecen, no a la puesta en cuestión de los derechos, sino en la toma de posiciones sobre el uso de las prerrogativas y garantías en atención a la situación política que se vive en cada realidad. Y en la cual son los propios ciudadanos los que necesariamente tienen el deber de tener un alto grado de madurez para aceptar las decisiones políticas por más impopulares que estas resulten. Y de los tribunales supranacionales de reconocer los procesos políticos que demandan la resolución de casos controversiales en donde deben limitar su intervención para preservar su legitimidad como organismos residuales de trascendental relevancia en la defensa de los derechos humanos. (GUTIÉRREZ, 2018)

Muy por el contrario a las ideas antes expuestas nosotros creemos que El control jurisdiccional de las concesiones de indulto debe extenderse a la comprobación de si la realidad de los hechos da o no un soporte suficiente a las razones exigidas por el legislador y si la decisión adoptada guarda o no coherencia lógica con aquéllos.

Los Decretos de indulto tienen que exponer las razones de justicia, equidad o conveniencia pública que justifican en cada caso el otorgamiento de esa gracia excepcional, el paso siguiente será inevitablemente comprobar si las razones invocadas al efecto tienen realmente consistencia objetiva, esto es, si son bastantes para descartar la arbitrariedad y además para limitar esa potestad discrecional que muchas veces ha permitido a los gobiernos de turno hacer siempre su voluntad, sin trabas de ningún tipo y sin dar siquiera la más mínima explicación de sus decisiones en estos casos.

Casi siempre los que postulan una hipótesis contraria al control jurisdiccional de los indultos, van a afirmar que, otorgarlos o no es una facultad «libérrima» Del Gobierno. Sin embargo creemos que en efecto el gobierno de turno no está obligado a conceder el indulto, aun cuando se haya cumplido con todos los requisitos y haya sido recomendado por la Comisión de Gracias Presidenciales CGP, de la misma forma la denegación de una solicitud de indulto es obligatoria, aun cuando no se haya cumplido con todos los requisitos, esto en base a la potestad discrecional del Presidente para la concesión de estos actos, Pero esto no debe de exentar a mismo de la obligación de exponer sus razones, motivando adecuadamente la resolución que concede el indulto, es por ello que nosotros si consideramos necesario un posible control jurisdiccional de estos actos, cuando sea necesario justamente para evitar la arbitrariedad de los mismos y porque de lo contrario el Derecho, que es el único lenguaje que pueden hablar los jueces, no podría llegar en estos casos al fondo último de este tipo de decisiones y tendría que limitarse a comprobar si éstas cuentan con alguna razón plausible que las dé soporte o si, por el contrario, son mera expresión de la simple voluntad o el puro capricho de quien las adopta.

El planteamiento de que un acto discrecional no merece ningún tipo de control jurisdiccional es, en nuestra opinión, rigurosamente inaceptable, como es fácil descubrir con sólo echar un vistazo a lo sucedido a lo largo de los años en nuestro país, en el cual

figuran indultos otorgados por razones humanitarias a reos que no sufrían de enfermedades en fase terminales como por ejemplo:

En año 2009 durante la gestión del ex presidente Alan García, al empresario José Enrique Crousillat López Torres se le otorgó el indulto humanitario tras recomendación de una Junta Médica, debido a diferentes enfermedades al corazón, Sin embargo, el 14 de marzo de 2010 le fue revocado el indulto. Según el ex procurador Ronald Gamarra se demostró que no estaba enfermo y el acta de la Junta Médica se hizo de forma irregular. Inclusive Crousillat fue sorprendido realizando compras en el balneario de Asia. (CORREO, 2017)

Otro indulto escandaloso y amparado en la potestad discrecional fue el concedido a Julio Espinoza Jiménez, ex jefe del Seguro Integral de Salud (SIS), el cual recibió el indulto también durante el segundo gobierno aprista. El motivo fue que sufría de un cáncer terminal; sin embargo varios años después un informe de Cuarto Poder reveló que gozaba de buena salud y dictaba clases universitarias. Además cabe recalcar que La gracia le fue concedida a Espinoza Jiménez cuando tenía apenas ocho meses reclusos de los 15 años que le corresponden por el delito de peculado. Inclusive los cargos en su contra quedaban en el olvido. El exfuncionario fue acusado del robo de 19 millones de soles destinados para la compra de bienes y alimentos dirigidos a los damnificados por el terremoto de Pisco. (CORREO, 2017)

De igual forma tenemos que A pocos días de culminar su periodo el ex mandatario Valentín Paniagua, su gestión concedió indultos por razones humanitarias -el 5 de julio de 2001- a reos por terrorismo que no sufrían enfermedades en fase terminal, así lo reveló a un diario local el vocero fujimorista Alejandro Aguinaga, médico de cabecera de Alberto Fujimori. (CORREO, 2017)

Por otro lado tenemos que otro claro ejemplo el uso abusivo de esta potestad se ve reflejado Cuando Alan García liberó durante su segundo gobierno a más de mil presos por narcotráfico agravado, que representa la mayor excarcelación de ese tipo que se conozca en el mundo, justificó su decisión y apeló a la piedad cristiana a fin de dar a los reos una segunda oportunidad. También dijo que quería aliviar la sobrepoblación carcelaria en Perú. (PERÚ 21, 2015)

Hemos creído conveniente traer a colación estos casos emblemáticos para poner en evidencia justamente, que muchas veces esta figura del indulto humanitario y del indulto en general, es mal utilizada por los gobiernos de turno, en ocasiones utilizada de manera excesiva o abusiva y en otros de manera arbitraria a personas que verdaderamente no tenían derecho a este tipo de gracia, pues era evidente que no cumplían con requisitos, en vista de ello consideramos esto como un argumento contundente para sostener que en efecto en ciertas ocasiones si se debe aplicar un control jurisdiccional de los actos emanados de esta potestad discrecional otorgada al Presidente de la República.

Ahora en caso en concreto en lo que respecta al indulto humanitario y derecho de gracia concedido al ex Presidente Alberto Fujimori, tenemos que ha quedado evidenciado que fue producto de un acuerdo político entre el hijo de ex presidente, Kenji Gerardo Fujimori Higuchi y el ex Presidente Pedro Pablo Kuczynski , a fin de que este último pudiera obtener una votación favorable por parte de la bancada Fujimorista y evitar su inminente vacancia.

Como se ha señalado en la Resolución Suprema N° 281-2017-JUS, el indulto a Albero Fujimori adolece de irregularidades en el trámite administrativo así como, el

incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano. También sostiene claramente que este indulto vulnera el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y favorece a la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos, entonces de ello se puede colegir que muchas veces es en rigor necesario efectuar dicho control jurisdiccional de estos actos discrecionales a fin de evitar que se pueda generar impunidad, además como se señalaba líneas arriba la ejecución de estos actos discrecionales, no tiene por qué suponer un límite al juzgamiento del procesado, ni mucho menos de la investigación y que inclusive muchas veces queda señalado en las mismas resoluciones que estos no quedan eximidos del pago de la reparación civil, sin embargo del caso en concreto tenemos que en la resolución que concedió el inulto humanitario y derecho de gracia a Alberto Fujimori, en ningún momento se señaló que el ex presidente no estaba eximido del pago de la reparación civil en favor de los deudos de los casos de la Cantuta y Barrios Altos, entonces de que cumplimiento del deber de reparación para con las víctimas estaríamos hablando, acaso actos discrecionales como estos no merecen un control jurisdiccional, en nuestra opinión consideramos que sí es necesario efectuar este control a fin de garantizar un debido acceso a la justicia, de dar cumplimiento al deber de reparación, de dar cumplimiento también a lo establecido internacionalmente por la CIDH a través del ya explicitado y argumentado IUS COGENS.

## CONCLUSIONES

1. El derecho de gracia es una manifestación del poder político central, encarnado en la figura del presidente del Poder Ejecutivo sobre los procesos judicializados, la misma que es otorgada cuando la duración de la investigación preparatoria es excesiva, esta deberá ser planteada por el imputado en el proceso penal instaurado en su contra, ya que siempre es solicitada de parte y no de oficio, pues, dado que su fundamento está referido a la excesiva duración de la etapa de investigación sin que se formule pretensión punitiva, es por ello que nuestra carta magna establece mediante su artículo 118, inciso 21, que le corresponde al presidente de la República 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.

El indulto por su parte es aquel que consiste en la posibilidad de cancelar la pena impuesta, es decir hablamos de una supresión de la pena, sin olvido del hecho punible cometido, además extingue la pena principal y las accesorias, pero subsiste la obligación de reparación civil que se tramita por la vía civil. El indulto es otorgado bajo una potestad discrecional por parte del presidente, y que a la vez tiene un contenido político, una vez concedido, dictado y publicado en el diario oficial, el indulto produce unos efectos inmediatos para el beneficiario, como la declaración de la extinción de las penas sobre las que recaiga la gracia, así como el correspondiente mandamiento de libertad del condenado al centro penitenciario.

La diferencia entre el derecho de gracia y el indulto radica en que el derecho de gracia, únicamente, podrá ser concedido a procesados, cuando la etapa de instrucción del proceso penal haya excedido el doble de su plazo legal más su ampliatoria, mientras que en el indulto la conmutación de pena, el beneficiario deberá ser una persona con una condena firme.

2. Respecto a los delitos de Lesa Humanidad, podemos concluir que los crímenes de lesa humanidad tienen su origen en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues su finalidad es sancionar drásticamente las violaciones al derecho a la libertad, seguridad, vida e integridad, entre otros, que hayan sido cometidos de manera sistemática y generalizada contra población civil con el pleno conocimiento de dicho ataque por parte de quienes lo llevan a cabo, son atentados que afectan a toda la comunidad internacional y son delitos que pueden ser cometidos en tiempos de paz o de guerra; y finalmente que los sujetos pasivos de los delitos de lesa humanidad pueden ser tanto civiles como militares.

La jurisprudencia desarrollada por la CIDH, desde luego, tiene un carácter vinculante con relación al Perú, por lo tanto genera un deber de cumplimiento que todo Estado parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene que acatar en relación a los fallos que dicta la CIDH, porque son definitivos e inapelables esto según el artículo 67 de la Convención Americana y además teniendo en cuenta que son los estados quienes firman, ratifican dichos tratados y convenciones de manera voluntaria.

En este orden de ideas podemos concluir que las víctimas tienen derechos que al ser afectados o lesionados tienen que ser, de algún modo, reparados, protegidos y auxiliados por ende corresponde al Estado garantizar a la víctima el derecho de acceder a la justicia y también que la reparación del daño bajo las medidas de protección necesarias y el derecho que tiene toda víctima (directa o indirecta) de conocer la verdad, esto se puede

dar a modo de compensación son aquellas que buscan compensar los daños sufridos a través de la cuantificación de los daños, donde este se entiende como algo que va mucho más allá de la sola pérdida económica, e incluye a la lesión física y mental y, en algunos casos, también la lesión moral.

Por otra parte la reparación para con las víctimas se puede dar a modo de satisfacción y garantías de no repetición, son aquellas que constituyen categorías especialmente amplias, pues incluyen medidas tan diferentes como en el cese de la violaciones, la verificación de hechos, disculpas oficiales y sentencias judiciales que restablecen la dignidad y reputación de las víctimas, plena revelación pública de la verdad, búsqueda, identificación y entrega de los restos de las personas fallecidas o desaparecidas, junto con la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los autores de los crímenes, y reformas institucionales.

**3.** Ante la aplicación de estas gracias presidenciales, es necesario la existencia de mecanismos de control, uno de ellos sería el ejercicio o la aplicación de un adecuado control de convencionalidad ya sea de manera externa, el cual es efectuado por la CIDH, el cual consiste en la imperiosa necesidad de verificar si lo dictado o establecido por el la justicia interna respeta los parámetros internacionales. Por otro lado tenemos en control de convencionalidad interno el cual está a cargo de los magistrados de nuestra nación los mismos que tienen que verificar la congruencia de sus actos justamente con lo establecido en los pactos a los cuales nos encontramos adscritos.

De igual forma concluimos que el otro mecanismo de control idóneo sería El control jurisdiccional de las concesiones de indulto debe extenderse a la comprobación de si la realidad de los hechos da o no un soporte suficiente a las razones exigidas por el legislador y si la decisión adoptada guarda o no coherencia lógica con aquéllos, por lo tanto el ejecutivo estaría en la obligación de exponer sus razones, motivando adecuadamente la resolución que concede el indulto, es por ello que nosotros si consideramos necesario un posible control jurisdiccional de estos actos, cuando sea necesario justamente para evitar la arbitrariedad de los mismos y porque de lo contrario el Derecho, que es el único lenguaje que pueden hablar los jueces, no podría llegar en estos casos al fondo último de este tipo de decisiones y tendría que limitarse a comprobar si éstas cuentan con alguna razón plausible que las dé soporte o si, por el contrario, son mera expresión de la simple voluntad o el puro capricho de quien las adopta.

**4.** Actualmente en los últimos meses del presente año se ha venido evaluando el posible traslado del ex presidente Alberto Fujimori hacia una cárcel común, tal como señaló en el mes de setiembre el Doctor Anibal Torres que el poder Ejecutivo actuará “al amparo de la ley”, ya que El señor Fujimori tiene una sentencia por delitos gravísimos, de lesa humanidad y todos los que han sido sentenciados tienen que cumplir su sentencia en igualdad de condiciones con los demás condenados, sin embargo posteriormente el ex mandatario fue sometido a un cateterismo en el corazón para aliviar una obstrucción en una de sus arterias, y después de un mes nuevamente ha sido internado en la clínica san Felipe para estar en observación sobre una supuesta fibrosis pulmonar, cabe resaltar que además El expresidente, de 83 años, cumple actualmente una condena de 25 años de cárcel por delitos de lesa humanidad, tiene pendiente otra causa por la matanza de Pativilca, en 1992 .

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

- Aguado, C. (2001). *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*. España: Civitas.
- Aguado, C. (2009). *La clemencia vinculada por el Derecho*. Lima: Derecho Politico.
- Ansuátegui, J. (2013). *Razon y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosofico-juridico*. España: Dykinson.
- Ambos, K. (2012). *Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional*. Madrid: General del Derecho Penal.
- Argentina, C. S. (2005). *Sentencia Simón N° 17.768C*.
- Baldassare, P. (2018). *Poder de gracia, legalidad, justicia*. Lima: Palestra.
- Bernales, B. E. (2012). *La Constitución de 1993. Veinte años después,*. Lima: Idemsa.
- Burneo, L. J. (2013). *La jurisprudencia penal emitida por la justicia interna de los Estados. Tres modalidades*. Lima: Materiales PUCP.
- Cassese, A. (2008). *internacional criminal law*. Nueva York: Oxford University Press.
- Castillo, C. L. (2007). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoria general*. Lima : Palestra.
- Castillo, C. L., & Grandez, C. P. (2018). *El indulto y la gracia presidencial ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos*. Lima: Palestra.
- Caro, C. D. (2013). *Aspectos jurídicos de la negación del indulto al expresidente Alberto Fujimori Fujimori*. Lima: CEDPE.
- Carrasco, S.M (2015) La implementación del Estatuto de Roma en la Región Andina. Los casos de Bolivia, Colombia y Perú, Perú, Comisión Andina de Juristas,
- Cortez, S. B. (2014- febrero). “*Esterilizaciones forzadas: ¿Crímenes de lesa Humanidad?*”. Revista gaceta constitucional y procesal constitucional (74)
- Corte IDH. (2006). *Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*. Lima: Aras.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Lima
- Crespo, M. (2010). *El perdón. Una investigación filosofica* . Pamplona: Instituto de cultura y sociedad
- Chanamé, O. R. (2012). *Diccionario de derecho constitucional*. Lima: Universidad Alas Peruanas.
- Chirinos, S. F. (2016). *La Constitución,*. Lima: Rodhas.

- Dean More, K. (2010). Pardons . En *Justice, Mercy, and the Public Interest*.
- Dulitzky, A. (2017). *Derechos Humanos en Latinoamérica y el Sistema Interaamericano*. Lima: Querétaro.
- Fernández, T. (2006). *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*. Lima: Palestra
- Ferri, E. (2011). *Proyecto preliminar de Código Penal para Italia*. Mexico: Laguna.
- Fliquete, L. E. (2017). *Indulto y poder judicial: ¿Un instrumento para la realización de la justicia?* Lima: Persona y Derecho.
- Ghirardi, O. A. (2016). *El razonamiento judicial*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Gomes, L., & Oliveira, M. V. (2014). *Convencion Americana sobre Derechos Humanos*. Lima: Aras.
- Gonzales, G. J. (2016). *Los delitos de lesa humanidad*. Univesidad de la República.
- Herrero, B. (2012). *Derecho de gracia: indultos*. España: Universidad Nacional de Educacion a distancia.
- Herrero, B. I. (2012). *Antecedentes históricos del indulto*,. Madrid: UNED.
- Joachin, H. H. (1992). *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Mendez, J. (2013). *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Murphy, J., & Hampton, J. (2015). *Forgiveness and Mercy*. Cambrigde: Cambrigde Uniersity Press.
- Mosquera, M. S. (2018). *La verdad como bien humano debido*. Lima: Palestra.
- Neuman, E. (1983). *Las víctimas del sistema penal*, Córdoba.
- Ogas, C. (2007). *Amnistia, indulto, precripción y delitos universales*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Pacheco, M. L. A. (2018) El Indulto a Alberto Fujimori: una Compleja Antinomia de Difícil Solución Entre el Principio de Legalidad y La Protección Ius Cogens de los DD.HH. Lima: Pacífico Editores
- Pulido, F. E.O (2018). *El indulto y la gracia presidencia ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos*. Lima: Palestra
- Rodriguez, G. E. (2018). *Indulto humanitario y retorno de la impunidad*. Lima : Palestra.
- Rueda, J. M. (2018). *El indulto y la gracia presidencia ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos*. Lima: Palestra

- Rodríguez, R. S. (2018). *El indulto y la gracia presidencia ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos*. Lima: Palestra
- Semana Economica. (2017). *Alberto Fujimori solicitó la conmutación de su pena*. Lima: Actualidad Juridica.
- Sequeros, F. (2005). *El control sobre la razonabilidad del indulto desde el plano constitucional*. Madrid, La ley Digital.
- Servin, R. C. (2014). *La evolucion del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional*. Mexico: Derecho comparado.
- Tello, I.M.C (2018- Febrero). “Un breve Análisis sobre el indulto otorgado al expresidente Alberto Fujimori de acuerdo a lo establecido por las normas del derecho penal Internacional”. *Revista Actualidad Penal* (44).
- Torres, D. (2017). *Indulto a Fujimori: ¿un caso de tráfico de influencias?* Lima: Imdes
- Torres, J.I.M. (2018- Febrero). “A propósito de indulto y gracia presidencial concedidos a Alberto Fujimori”. *Revista Actualidad Penal* (44).
- Torres, J.I.M. (2018- Febrero). “A propósito de indulto y gracia presidencial concedidos a Alberto Fujimori”. *Revista Actualidad Penal* (44).
- VELAZCO, D. R. (2012- setiembre). “el delito de lesa humanidad: Análisis de la sentencia de la sala penal Permanente de la Corte Suprema de justicia en el denominado caso Barrios Altos y la Cantuta”. *Revista gaceta constitucional y procesal constitucional* (57)
- Vivanco, M. Á. (2018). *El indulto de culpables de delitos contra los derechos humanos en la justicia transicional chilena*. Lima: Palestra.

## REVISTAS

- Belaunde de Cárdenas, J. (2020). *En defensa de la justicia: explicando la improbable inaplicación judicial del indulto y derecho de gracia del condenado por graves violaciones a los derechos humanos Alberto Fujimori*.
- Cárdenas Aravena, C. (2021). *El ataque contra una población civil en la práctica de la Corte Penal Internacional*. *Revista de derecho* (Valdivia)
- Fernández, T. (2004- Mayo). “sobre el Control Jurisdiccional De los Decretos de Indulto” (194).
- Ferndández, C. C. (2007). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. España: Dilex.
- García, CH. (Mayo, 2016). “control de convencionalidad y control de constitucionalidad: precedentes vinculantes del tribunal constitucional y estándares de la CIDH”. Academia de la Magistratura.
- García, D. & Palomino, J.F (Mayo, 2012). “El control de convencionalidad en el Perú”. *Brasilia: Gazeta Jurídica*.
- García, R.S. (Diciembre, 2011). «El control judicial interno de convencionalidad». *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*
- Gutiérrez, G. (2018- Febrero). “El indulto como Atribución del Presidente de la República”. *Revista gaceta constitucional y procesal constitucional* (45).

- Imaz Montes, M. D M. (2020) *crímenes de lesa humanidad en España : impunidad y derecho internacional*. Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha.
- Lengua Parra, A. & Ostolaza Seminario, V.E (2020) *Enemistad Aparente: la tensión entre el concepto de graves violaciones de derechos humanos de la Corte Interamericana con el Derecho Penal*
- Mamani Flores, C.O (2020). *El control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos en el Perú*. revista de derecho.
- Mejía, J. Becerra, J. & Flores, R. (2016). El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá. Honduras: Editorial Casa San Ignacio.
- Montoya, V. Y. (2006) *Los Crímenes de Lesa Humanidad y el Principio de Legalidad en la Sentencia recaída en el Caso Fujimori. Breve comparación con la sentencia del Tribunal Supremo español en el caso Scilingo*.
- Pastrana Sánchez, A. (2020) *el caso de boko haram: ¿es posible el concurso de delitos entre el terrorismo y los crímenes de lesa humanidad?* Revista de estudios penales y de la seguridad.
- Radbruch, G. (2016). Relativismo y derecho. Bogota : Temis.
- Sagüés, P. (Enero 2018). *El control de convencionalidad. La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius constitutionale Comune en América Latina?* .revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Torres, J.I.M. (2018- Febrero). “A propósito de indulto y gracia presidencial concedidos a Alberto Fujimori”. Revista Actualidad Penal
- Torres, D. (2008). *Indulto a Fujimori: ¿un caso de tráfico de influencias?* Lima,: Intituto democratico y derechos humanos PUCP.

#### **TESIS DE REFERENCIA:**

- Rodríguez Angulo, Liliana Roxana (2021) control jurisdiccional de las concesiones de indulto. Tesis para optar el título profesional de abogado. Universidad privada de Trujillo.

#### **ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS**

- Republica, L. (2017). Indulto para Fujimori ya está en la Comisión de Gracias Presidenciales. *La Republica-Plitica*.
- Radio Progrmas del Perú. (2018). PPK, el indulto humanitario y liderazgo de Keiko Fujimori caen en encuesta de GfK. *RPP- Politica*.
- El País, (20 de abril del 2005). Obtenido en: [https://elpais.com/diario/2005/04/20/espana/1113948015\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2005/04/20/espana/1113948015_850215.html)
- CORREO. (27 de Diciembre del 2017). Obtenido en: <https://diariocorreo.pe/politica/indultos-polemicos-peru-794066/?fbclid=IwAR3S1GMnrv8bIq77qKyTdw0A1F6oAU6jjpxCrEyH2j6bKbHsXrr3QRcngbk>
- PERÚ 21. (06 de Noviembre del 2015). Obtenido en: [https://peru21.pe/politica/alan-garcia-numero-narcoindultos-otorgo-record-mundial-expertos-203622?fbclid=IwAR10afacoc7ITtwEqHGftdVCumtRKBu4URyKQJ\\_K2X-02vkJYzDLXViJ6vU](https://peru21.pe/politica/alan-garcia-numero-narcoindultos-otorgo-record-mundial-expertos-203622?fbclid=IwAR10afacoc7ITtwEqHGftdVCumtRKBu4URyKQJ_K2X-02vkJYzDLXViJ6vU)

#### **ARTICULOS**

- Arendt, H. (2012). *The Human condition*. Chicago: University of Chicago Press.
- Bazo, R. A. (2016). Obtenido en: <https://laley.pe/art/3282/alberto-fujimori-como-influye-la-mencion-de-lesa-humanidad-en-su-caso>
- Corte Interamericana De Derechos Humanos. (2006). *Caso la Cantura Vs Perú*. Lima: IDH.
- Gamarra, H. (2016). *La sentencia del caso Fujimori y la calificación de los hechos de Barrios Altos y La Cantuta como crímenes de lesa humanidad*
- Informe defensorial N°177. (2018). “Indulto y derecho de gracia otorgados al expresidente Alberto Fujimori: evaluación normativa y jurisprudencial. Obtenido en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-Defensorial-177-18-Indulto-y-derecho-de-gracia.pdf>
- Proetica (2018) obtenido en: <https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2018/10/laresolucionquedejosinefectoindultoafujimori2018.pdf>

### **JURISPRUDENCIA**

- Burdick vs United States, 236-79 (US 1915).
- STC 0012-2010-PI,F.J45, 0012 (Constitucional 2012).

### **RECURSOS ELECTRÓNICOS**

- García, S. M. (2016). *acceda*. Obtenido de *acceda*: <https://acceda.ulpgc.es/bitstream/10553/1997/1/3075.pdf>
- El Comercio. (3 de Octubre de 1990). *EL COMERCIO*. Obtenido en: <https://elcomercio.pe/>
- La república (4 de Octubre del 2018). LA REPUBLICA. Obtenido en: <https://larepublica.pe/politica/1331019-alberto-fujimori-motivos-juez-nunez-anular-indulto-expresidente-fujimorismo-dinoes>
- GAMARRA. H. R. (2016) *La sentencia del caso Fujimori y la calificación de los hechos de Barrios Altos y La Cantuta como crímenes de lesa humanidad*. Obtenido en: <http://www.justiciaviva.org.pe/blog/wp-content/uploads/2016/04/sentencia-fujimori.pdf>