

Expediente N°: 649-2011-0-JR
Sumilla: Presenta *amicus curiae*

SEÑORA PRESIDENTA DEL COLEGIADO “B” DE LA SALA PENAL NACIONAL

El Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica (IDEH-PUCP), la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), y la Clínica de Derechos Humanos (HRREC) de la Universidad de Ottawa, someten a consideración del Colegiado Sala B de la Sala Penal Nacional el presente amicus curiae en el caso relativo al secuestro, tortura y asesinato de seis personas, hechos presuntamente cometidos el 29 de enero de 1992 por miembros del denominado Grupo Colina en Pativilca (en adelante caso Pativilca).

Introducción*

Mediante Resolución Suprema No. 281-2017-JUS del 24 de diciembre de 2017, el Presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski, concedió “el indulto y derecho de gracia por razones humanitarias al interno del Establecimiento Penitenciario Barbadillo, Alberto Fujimori Fujimori, respecto de las condenas y procesos penales a la fecha se encuentren vigentes”¹. Consideramos que dicha resolución debe ser inaplicada por el Colegiado “B” de la Sala Penal Nacional en el presente caso, dado que la gracia presidencial, tal como ha sido otorgada, colisiona con disposiciones constitucionales y obligaciones internacionales de derechos humanos, en atención a las razones que se exponen a continuación.

El presente documento ha sido dividido en cuatro secciones: (1) admisibilidad del *amicus curiae*, (2) el derecho de gracia dentro de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, (3) consideraciones sobre límites constitucionales de naturaleza formal, e (4) observaciones sobre límites constitucionales de naturaleza material.

1. Sobre la admisibilidad del *amicus curiae*

El *amicus curiae* es un informe que “(...) facilita la incorporación al debate judicial de nuevos elementos de análisis o enfoques técnicos especializados que contribuyen a que las resoluciones judiciales se ajusten a parámetros de razonabilidad y justicia, ampliando el debate judicial y favoreciendo la labor de los jueces con información técnica adicional, útil sobre todo al momento

* La elaboración del presente informe fue coordinada por Yvan Montoya, Doctor en Derecho e investigador principal del IDEH-PUCP, y elaborado por Cristina Blanco, investigadora principal del IDEH-PUCP y profesora del Departamento de Derecho de la PUCP; David Torres, investigador del IDEH-PUCP; y Francisco Mamani, asistente de investigación. Salvador Herencia Carrasco, Director de la Clínica de Derechos Humanos -*Human Rights Research and Education Centre* de la Universidad de Ottawa, Canadá; y Leonor Arteaga, Oficial Sénior del Programa de Impunidad y Justicia Transicional de la Fundación para el Debido Proceso, con sede en Washington D.C., Estados Unidos de América participaron en la elaboración del amicus.

¹ Resolución Suprema N° 281-2017-JUS, publicada el 24 de diciembre de 2017 en el diario oficial *El Peruano*. Artículo 1.

de emitir una decisión final”². Los escritos de *amicus curiae* (amigo de la Corte o amigo del Tribunal), se presentan ante una autoridad judicial por terceros, personas naturales o jurídicas, que no tienen la calidad de partes en el respectivo proceso. Sin embargo, desde su independencia y conocimiento del tema, estos terceros expresan su interés en aportar elementos de juicio sobre aspectos relevantes del asunto en estudio, en procesos en los que se debaten cuestiones de especial trascendencia o interés general. La presentación del *amicus curiae*, además de ser una práctica regulada en el Perú y en varios países³, ha sido reconocida y reglamentada en las cortes internacionales, entre ellas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴ (Corte IDH) y la Corte Penal Internacional⁵ (CPI).

El *amicus curiae* tiene sustento constitucional en los artículos 139° (inciso 3), artículo 2° (inciso 20), 43° y 44° de la Constitución Política del Perú, relacionados al debido proceso, el derecho de petición ciudadana, el principio democrático de gobierno y el deber de garantizar la vigencia de los derechos humanos, respectivamente. Según la Corte Suprema de Justicia el *amicus curiae* debe cumplir con tres características⁶: i) la reconocida idoneidad en el campo de que se trate de quien pueda ser llamado o se presente como *amicus curiae*; ii) la causa objeto de intervención del *amicus* debe ser de amplio interés público o general y iii) el *amicus* ha de tener un justificado interés, válido y genuino.

Las instituciones que someten a consideración este *amicus curiae* han actuado en causas de interés público a nivel nacional y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuestro propósito es contribuir a la deliberación que la Sala Penal Nacional realizará con respecto al caso Pativilca. Reconocemos que la causa objeto de intervención es de trascendencia pública y colectiva para la sociedad peruana y la humanidad pues se relaciona con el posible juzgamiento de graves violaciones de derechos humanos en el Perú en las que estaría involucrado el ex Presidente de la República Alberto Fujimori. Finalmente, el informe presenta información y valoraciones desde un enfoque de Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aspectos relevantes para el análisis del presente caso. Por tales motivos, solicitamos se admita y considere el presente *amicus curiae*.

2. El derecho de gracia dentro de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho

El artículo 118, inciso 21, de la Constitución Política reconoce la potestad presidencial de “[c]onceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria.” Asimismo, el artículo 78, inciso 1 del Código Penal, modificado por Ley N° 26993,

² Defensoría del Pueblo. (2010). El *amicus curiae*: ¿qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo. Serie Documentos Defensoriales – Documento N° 8. Lima: Defensoría del Pueblo, p. 39.

³ Al respecto, en Argentina, la Acordada N° 28/2004 de la Corte Suprema de Justicia del 14 de julio del 2004; en Brasil, el Artículo 543-A y 143-C del Código Procesal Civil; en Colombia, el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991; y en Estados Unidos, la Regla 37 de las Reglas de la Suprema Corte de Justicia adoptadas el 19 de abril de 2013 y vigentes el 1 de julio de 2013.

⁴ Al respecto, artículo 44 de Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

⁵ Al respecto, Regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1, 2 de noviembre de 2000.

⁶ Sala Penal Especial de la Corte Suprema. Resolución del 1 de agosto del 2008, recaída en el proceso penal contra Alberto Fujimori Fujimori por los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta, fundamento jurídico 4A y siguientes.

señala que la gracia presidencial constituye una causal de extinción de la acción penal, naturaleza que comparte junto con la figura de la amnistía.

Si bien figuras cercanas -como el indulto y la conmutación de penas- fueron incorporadas desde el inicio de la vida republicana en nuestras Constituciones, la institución específica del derecho de gracia y su atribución al Presidente de la República fue agregada en la Constitución de 1993⁷. Su inclusión en la Constitución vigente surge como instrumento de descongestión penitenciario respecto de procesados con detención preventiva. Se consideró que la dilación de su etapa instructiva requiere ser excarcelado debido a la falta de necesidad de la persecución penal.

Los orígenes de las gracias presidenciales, en general, tienen una larga raigambre histórica. Se consolida en monarquías y reinados, previos al estado democrático de derecho de fines del siglo XVIII⁸. Como ha señalado el Tribunal Constitucional (TC), es “[d]ado el origen histórico del que proviene el derecho de gracia, [que] resulta necesario el establecer sus funciones y límites dentro de un estado democrático y constitucional de derecho”⁹. En virtud a ello, la gracia presidencial debe ser ejercida conforme a la Constitución, la cual le impone límites, tanto formales como materiales, que deben ser respetados.

Si bien esta atribución constitucional es *discrecional* (en la medida en que el Presidente de la República decide si otorga la gracia o no), ello no comporta que pueda ser ejercida de modo *arbitrario*. Es claro que toda autoridad o funcionario público, incluyendo el Presidente de la República, está sometido a la Constitución, por lo que no puede ser ejercida desconociendo principios y valores de carácter constitucional, o al margen del respeto de los derechos fundamentales. Como ha expresado el TC, en un Estado constitucional y democrático como el nuestro, “dos elementos caracterizadores de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales”¹⁰. Ha agregado que “el Estado

⁷ La Constitución de 1823 facultaba al Congreso a conceder indultos generales o particulares (art. 60 inc.2); la Constitución de 1826 estableció que era atribución del Presidente de la República conmutar penas capitales decretadas a los reos por los tribunales (art. 83 inc. 29); la Constitución de 1828 facultaba al Congreso otorgar amnistías e indultos generales por conveniencia pública (art. 48 inc. 22) y al Poder Ejecutivo, a conmutar la pena capital previo informe judicial (art. 90 inc. 30); la Constitución de 1839 estableció la atribución del Congreso de otorgar amnistías e indultos (art. 55 inc. 15) y al Presidente de la República la de conmutar la pena capital (art. 87 inc. 40); la Constitución de 1860 estableció como atribución del Congreso conceder amnistías e indultos (art. 59 inc. 19); la Constitución de 1933 facultó al Congreso a ejercer el derecho de gracia (art. 123 inc. 22); la Constitución de 1979 estableció como atribución del Presidente conceder indultos y conmutar penas, salvo los casos prohibidos por la ley (art. 211 inc. 23). Finalmente, en la Constitución de 1993 se establece dentro de las atribuciones del Presidente conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria, según fue mencionado (art. 118, inc. 21). De otro lado, dispone como atribución del Congreso conceder amnistías (art. 102, inc. 6).

⁸ Es una institución basada en un concepto de justicia entendida como “venganza” o “crueldad”, propio de otros tiempos. Ello justificaba la posibilidad al soberano de usar una institución que permita equilibrar la justicia y aumentar su prestigio frente a sus súbditos. Como explica Bernabé, “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 éste 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”. Bernabé I. Antecedentes históricos del indulto. Revista De Derecho UNED. Enero 2012; (10): 687.

⁹ TC. Expediente N.º 4053-2007-PHC/TC. f. 10.

¹⁰ En palabras del TC, “[...] [e]l primer elemento permite que la Constitución, en tanto norma jurídica y política suprema, establezca el marco jurídico dentro del cual se realiza el ejercicio de los poderes públicos y privados. Por su parte, la tutela de los derechos fundamentales, en tanto éstos comportan una eficacia vertical y horizontal, se erigen como auténticos límites al ejercicio del poder estatal, pero también de los particulares”. TC. STC 06204-2006-HC/TC. F. 8.

constitucional se caracteriza, precisamente, por limitar y controlar el ejercicio arbitrario del poder del Estado y de los particulares”¹¹. En virtud a ello, el derecho de gracia debe ceñirse al *principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad*, expresado en el artículo 45 de la Constitución que establece que “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”¹².

Esta interpretación por parte del TC, consistente en que no existe acto público que esté fuera del respeto a la Constitución, coincide con los estándares internacionales de las Naciones Unidas (ONU). A modo de ejemplo, en un informe al Consejo de Seguridad sobre la justicia de transición, el Secretario General definió el Estado de Derecho como:

Un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal¹³.

Al referirse al derecho de gracia, el TC ha recurrido a pronunciamientos previos en materia de amnistía, en tanto ambas figuras extinguen la acción penal. En tal sentido, ha recordado que “cualquiera que sea la competencia constitucional de que se trate, el ejercicio de la labor del legislador debe estar orientado a garantizar y proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución) y a servir a las obligaciones derivadas del artículo 44 de la Ley Fundamental, esto es, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”¹⁴. Esto mismo es exigible al Presidente de la República, máxime cuando la propia Constitución señala en el artículo 118, inciso 1, que corresponde al Presidente, “[c]umplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales”.

De otro lado, debe notarse que la gracia presidencial se encuentra regulada por diversas normas. En concreto, las normas pertinentes son el Decreto Supremo 004-2007-JUS del 1 de abril de 2007 que crea “la Comisión de Indulto y Derecho de Gracia por Razones Humanitarias y Conmutación de la Pena”, modificado por Decreto Supremo 008-2010-JUS; la Resolución Ministerial 0162-2010-JUS, Reglamento Interno de Comisión de Gracias Presidenciales; así como las leyes que establecen su improcedencia en determinados delitos¹⁵. Estas disposiciones internas determinan que se trata de una figura *regulada* y establecen cómo puede ser ejercida válidamente.

Debe advertirse, además, que conforme al artículo 138 de la Constitución, es el Poder Judicial quien tiene la potestad de administrar justicia, con lo cual figuras como el derecho de gracia deben

¹¹ TC. STC 06204-2006-HC/TC. Fj. 8.

¹² Al respecto véase, TC. STC 06204-2006-HC/TC, STC 5760-2006-AA/TC.

¹³ Secretario General de las Naciones Unidas, *Informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, [S/2004/616](#) (3 de agosto de 2004), para. 6.

¹⁴ TC. Expediente N.º 4053-2007-PHC/TC. fj 24.

¹⁵ Ley No 28760 del 14 de junio de 2006, Artículo 2. Improcedencia del indulto, conmutación de la pena y derecho de gracia; y Ley N.º 28704 del 5 de abril de 2006, Artículo 2. Improcedencia del indulto, conmutación de pena y derecho de gracia.

ser ejercidas con suma *excepcionalidad* con el fin de evitar la sustracción de la justicia¹⁶. Su carácter excepcional es establecido expresamente por el artículo 6.1 del Decreto Supremo 004-2007-JUS del 1 de abril de 2007, modificado por Decreto Supremo 008-2010-JUS¹⁷.

Asimismo, debe considerarse que, como ningún otro acto del poder público, el derecho de gracia no está exento de control constitucional. Como ha afirmado expresamente el Tribunal Constitucional, “la gracia presidencial podrá ser materia de control jurisdiccional, en atención a la protección de otros bienes de relevancia constitucional”¹⁸.

En suma, se trata de una atribución presidencial que, aunque *discrecional* (debido a que su otorgamiento depende de la voluntad del Presidente de la República), debe ejercerse en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho como el nuestro, y es *limitada, excepcional y regulada*. Esta institución, además, puede ser objeto de control constitucional.

3. Límites formales del derecho de gracia

Conforme a la jurisprudencia constitucional, constituyen límites formales de la gracia presidencial los requisitos exigidos de manera expresa en el artículo 118, inciso 21 de la Constitución, a saber: 1) Que se trate de procesados, no de condenados; 2) Que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria; 3) que cuente con refrendo ministerial (artículo 120 de la Constitución). En el presente caso el punto 2) es el problemático por las razones que se exponen a continuación¹⁹.

2.1 Consideraciones sobre el cumplimiento del plazo constitucional

El plazo constitucional previsto para el ejercicio del derecho de gracia se plantea para evitar el exceso de carcerería de los internos procesados²⁰. De esta manera, “su regulación y uso en el Perú resulta justificada, pues [...] la prolongación excesiva de un proceso penal con reo en cárcel deviene en un adelanto de pena”²¹. Su aplicación además permite “disminuir el hacinamiento penitenciario y atender los casos de internos en especial situación de vulnerabilidad”²².

En el caso de Alberto Fujimori, se encontraba recluso en un centro penitenciario desde el 22 de setiembre de 2007 en virtud de la investigación y condena referida a los casos La Cantuta, Barrios

¹⁶ Como explican los ex magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos, “[d]e hacerse corriente su ejercicio [refiriéndose al derecho de gracia] no sólo se estaría convirtiendo en una suerte de “sistema judicial paralelo”, sino que también su ejercicio abusivo (artículo 103º de la Constitución) puede embozar una sustracción a la acción de la justicia, lo cual se agrava si están de por medio delitos cuya persecución y sanción están previstos en la propia Constitución, como son el de terrorismo (artículo 2º inciso 24, literal f), tráfico ilícito de drogas (artículo 8º) y corrupción (artículo 41º), entre otros. TC”. Expediente N.º 4053-2007-PHC/TC. Voto singular de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos. párr.6.

¹⁷ Artículo 6.1.- Las concesiones de indultos, conmutación de la pena y el ejercicio del derecho de gracia constituyen atribuciones constitucionales exclusivas del Presidente de la República cuyo otorgamiento es excepcional.

¹⁸ TC. Expediente N.º 4053-2007-PHC/TC. fj 19.

¹⁹ TC. Expediente N.º 4053-2007-PHC/TC. fj 25.

²⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Derechos Humanos y Sistema Penitenciario. Supervisión de Derechos Humanos de Personas Privadas de Libertad 1998-1999. P. 110. Disponible en: <https://goo.gl/9pnLrU>.

²¹ CASTILLO TORRES, Percy. Las gracias presidenciales y el sistema penitenciario nacional. Comentarios a la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el caso *Alfredo Jalilie Awapara*. Disponible en: <https://goo.gl/aatQBz>. P. 73.

²² DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Supervisión del Sistema Penitenciario 2006. Serie de Informes Defensoriales – Informe N° 113, p. 138.

Altos, el secuestro del periodista Gustavo Gorriti y del empresario Samuel Dyer, y por casos de corrupción (usurpación de funciones, peculado, “Diarios Chicha”). Es decir, su privación de libertad no tenía relación alguna con el presente proceso.

Independientemente de ello, debe constatarse si con relación a este caso concreto se superó el plazo constitucional para el ejercicio del derecho de gracia, es decir, “que la etapa de instrucción haya excedido el doble del plazo más su ampliatoria”. En relación a la etapa de instrucción, el Código de Procedimientos Penales de 1940 (vigente al momento de los hechos materia del proceso) establece dos tipos de plazos en función a la complejidad del proceso. De esta manera, conforme al artículo 202, incisos 1 y 4, el plazo de instrucción puede durar hasta 120 días (que pueden ampliarse hasta un máximo de 60 días adicionales), mientras que, tratándose de casos complejos, el plazo de instrucción será de 8 meses (pudiendo ampliarse hasta por 4 meses adicionales). En relación a las características que debe tener el proceso para que sea declarado como complejo, el artículo 202 del Código de Procedimientos Penales señala que:

6. Corresponde al juez emitir la resolución que declara complejo el proceso, cuando: a) requiera de la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados y agraviados; d) demandan la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; e) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; f) involucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales; g) revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

Dadas las características particulares del caso Pativilca podría afirmarse que nos encontramos ante un caso complejo. Siendo ello así, el plazo de instrucción será de 8 meses mientras que el ampliatorio de 4 meses. Sumados dichos plazos se tiene un total de 12 meses. Siguiendo la fórmula planteada anteriormente, se requiere superar el doble de dicha suma, es decir, 24 meses. Este será el plazo que debe ser superado para que proceda el ejercicio de derecho de gracia²³.

Etapa de Instrucción > (8 meses + 4 meses)*2 = 24 meses

Ahora bien, para el inicio del cómputo del plazo de 24 meses, habrá que tomar en cuenta la condición de extraditado de Alberto Fujimori. Así, conforme al artículo VIII del Tratado de extradición entre Perú y Chile²⁴

La extradición acordada por uno de los Gobiernos al otro, no autoriza el enjuiciamiento y castigo del extraído por delito distinto del que sirvió de fundamento a la demanda respectiva, ni la entrega a otra Nación que lo reclame. Para acumular a la causa del mismo individuo un crimen o delito anterior que se hallare comprendido entre los que dan lugar a la extradición, será necesario el consentimiento especial del Gobierno que hizo la entrega del delincuente.

De esta manera, se tiene que el 5 de junio de 2017, la Corte Suprema de Justicia de Chile accedió a la petición de ampliación de extradición solicitada por el Perú en relación a los delitos de homicidio calificado (asesinato) y asociación ilícita para delinquir por el caso Pativilca, con lo cual

²³ Cabe notar que incluso si fuera considerado como un proceso ordinario, el plazo de instrucción será de 120 días (4 meses) y el plazo ampliatorio de 60 días (2 meses), es decir, un total 6 meses. En aplicación de la fórmula, este plazo debe duplicarse lo que da un total de 12 meses. Este el plazo tampoco se supera para la aplicación del derecho de gracia.

²⁴ Tratado de Extradición entre Perú y Chile. Disponible en: <https://goo.gl/UEX5Rv>

es desde esa fecha que surgen los efectos jurídico procesales²⁵. Si bien es cierto que el proceso penal por este caso se inicia formalmente en sede nacional en junio de 2012, este no tenía efectos jurídicos con relación al ex presidente Alberto Fujimori pues se requería la previa autorización de la Corte Suprema de Chile. De ahí que la Tercera Fiscalía Superior Penal Nacional presentara su acusación en contra de Alberto Fujimori por el caso Pativilca en julio de 2017, luego de la autorización de la justicia chilena. Como puede apreciarse, la demora en la apertura de instrucción formal contra Fujimori no surtió efectos jurídicos no por incompetencia o dilación de los Tribunales peruanos sino exclusivamente porque el propio imputado que se sustrajo a la jurisdicción peruana y se acogió a la protección de la institución extradición.

Por tanto, al 24 de diciembre de 2017, fecha de la emisión de la referida resolución suprema, habían transcurrido apenas seis meses desde que Fujimori fue incorporado al proceso. De este modo, aún no se ha cumplido el plazo para el ejercicio del derecho de gracia que exige el artículo 118, inciso 21 de la Constitución. Por tanto, consideramos que no se cumpliría uno de los requisitos formales indispensables para el ejercicio del derecho de gracia. Cabe notar que en sentido similar se ha pronunciado la Defensoría del Pueblo²⁶.

2.2 Garantías del procedimiento

De forma adicional a los límites antes abordados, el ejercicio del derecho de gracia requiere ser ejercido siguiendo garantías mínimas del debido procedimiento administrativo, que se derivan de la propia Constitución. Nos referimos en concreto a la imparcialidad y objetividad, y la debida motivación, corolarios del *principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad*. Consideramos, a partir del análisis de la información disponible, que estas garantías están ausentes en el presente asunto.

No puede perderse de vista que la medida bajo comentario fue dada en un contexto en el que diversos actores nacionales e internacionales han manifestado su completo rechazo al indulto y derecho de gracia en los términos otorgados, al considerar que se trató de un pacto que brinda impunidad a cambio de la permanencia del primer mandatario en el cargo, frente al proceso de vacancia promovido en el Congreso de la República.

Órganos y expertos de organismos internacionales como Naciones Unidas²⁷ y la Organización de Estados Americanos (OEA)²⁸ han condenado la medida. En el ámbito nacional, como es de público conocimiento, miembros del Ejecutivo²⁹ y del Legislativo³⁰ renunciaron a sus cargos y a la bancada

²⁵ Corte Suprema de Justicia de Chile. 5 de junio de 2017. Disponible en: <https://goo.gl/b98dr1>

²⁶ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Indulto y derecho de gracia otorgados al expresidente Alberto Fujimori: evaluación normativa y jurisprudencial. Informe Defensorial N° 177, enero 2018. P. 21. Disponible en: <https://goo.gl/ddoybt>.

²⁷ La [Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos](#) y el [Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas](#) lamentaron la decisión del presidente de la República del Perú.

²⁸ La [Comisión Interamericana de Derechos Humanos](#) expresó su preocupación por el indulto, a la cual se sumó el [Secretario General de la OEA](#). Debe advertirse que, a raíz del indulto, la [Corte Interamericana de Derechos Humanos](#) ha convocado para el próximo 2 de febrero una audiencia de supervisión de cumplimiento de sentencias por los casos Barrios Altos y La Cantuta.

²⁹ A partir de diciembre renunciaron los ministros [Carlos Basombrío](#), [Salvador del Solar](#) y [Jorge Nieto](#); y diversos funcionarios del Minjus como [Roger Rodríguez](#) y [Víctor Quinteros](#), [Daniel Sánchez](#) y [Katherine Valenzuela](#), así como de otras entidades estatales: la [Autoridad Nacional del Servicio Civil](#) y el [Instituto Nacional de Radio y Televisión](#).

³⁰ Los congresistas que renunciaron a la bancada oficialista a causa del indulto y derecho de gracia son los siguientes: [Alberto de Belaúnde](#), [Vicente Zeballos](#) y [Gino Costa](#).

oficialista, respectivamente, expresando estar en contra de la decisión adoptada por el presidente. Asimismo, varios actores y partidos políticos³¹ calificaron la decisión como un acuerdo político y un pacto de impunidad. Organizaciones de derechos humanos también han cuestionado el indulto y derecho de gracia³². Recientemente, la Defensoría del Pueblo se pronunció en un sentido similar³³.

Imparcialidad y objetividad

La Corte Interamericana ha determinado que las autoridades públicas que adopten decisiones que determinen derechos, aunque no sean formalmente jueces, deben cumplir con las garantías destinadas a asegurar que su decisión no sea arbitraria³⁴. En esa línea, ha establecido el principio de imparcialidad, el cual implica contar con la mayor objetividad posible³⁵ y posee una acepción tanto subjetiva como objetiva. Ello ha sido recogido también por nuestro TC³⁶, el cual ha considerado que deben ofrecerse garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda respecto de la ausencia de imparcialidad³⁷. En nuestro ordenamiento interno, la Ley de Procedimiento Administrativo General establece al principio de imparcialidad como “el tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general”³⁸. De manera más específica, el propio Reglamento Interno de la Comisión de Gracias Presidenciales establece que dicha Comisión “actúa y opina apreciando, con criterio objetivo, los elementos aportados y los obtenidos con arreglo a sus atribuciones”³⁹.

Según la información pública disponible, la Junta Médica Penitenciaria que recomendó el indulto a Fujimori Fujimori por razones humanitarias estuvo conformada por Postigo Díaz, quien había sido médico de confianza del ex mandatario desde hace veinte años y declaró su posición a favor del indulto en 2012⁴⁰. Por ello, a pesar de que el ex mandatario buscó incluirlo como miembro de dicha Junta Médica, el 18 de enero de 2013 la Comisión de Gracias Presidenciales recomendó al INPE no aceptar la participación de los médicos particulares de este, “con el fin de garantizar la objetividad e imparcialidad de la diligencia médica”⁴¹.

³¹ Partidos políticos como [Acción Popular](#), [Alianza para el Progreso](#), [Frente Amplio](#) y [Nuevo Perú](#) calificaron el indulto como un pacto de impunidad. Cabe destacar que si bien [Fuerza Popular](#) saludó el indulto, discrepó con la forma en la que se dio.

³² Las organizaciones que han condenado la medida son las siguientes: [Amnistía Internacional](#), [Human Rights Watch](#), [Oficina de Washington para América Latina](#), [Fundación para el Debido Proceso](#), [Sección Perú de la Asociación de Estudios Latinoamericanos](#) y [Centro por la Justicia y el Derecho Internacional](#); [Asociación Pro Derechos Humanos](#), [Instituto de Defensa Legal](#) y [Comisedh](#).

³³ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. [Indulto y derecho de gracia otorgados al expresidente Alberto Fujimori: evaluación normativa y jurisprudencial. Informe Defensorial N° 177](#). Lima, 2018, p. 14.

³⁴ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71.

³⁵ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 171.

³⁶ TC. Expediente N.º 04375-2015-PHC/TC. f. 13.

³⁷ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 189

³⁸ Ley No. 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. Título Preliminar. Numeral 1.5 del Artículo IV.

³⁹ Reglamento interno de la Comisión de Gracias Presidenciales, aprobado por Resolución Ministerial No. 0162-2010-JUS. Artículo 8.

⁴⁰ CABRAL, Ernesto. [“Doctor de Alberto Fujimori integra junta médica penitenciaria que pidió el indulto”](#). *OjoPúblico*. Lima, 23 de diciembre de 2017. Consulta: 18 de enero de 2018.

⁴¹ AMÉRICA TV. [“Alberto Fujimori: uno de sus doctores integra junta médica que recomendó indulto”](#). *América TV*. Lima, 24 de diciembre de 2017. Consulta: 20 de enero de 2018.

A pesar de ello, el 12 de diciembre de 2017 Postigo Díaz fue designado como miembro y, mediante Acta de Junta Médica Penitencia del 17 de diciembre, se recomendó el indulto y derecho de gracia al ex presidente, siendo acogida y elevada por la actual Comisión de Gracias Presidenciales. Esto evidencia que, más allá de las competencias del referido médico, no se encontraba en condiciones que le permitan realizar un análisis objetivo e imparcial en su calidad de autoridad o funcionario público; además, no se colige con lo establecido expresamente en su propio Reglamento. De este modo, se encuentran seriamente cuestionadas las razones para afirmar que se trata de un derecho de gracia de carácter humanitario.

Debida motivación

La debida motivación es fundamental para que un acto del poder público no sea arbitrario. Cabe recordar el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, basado en el artículo 45 de la Constitución⁴² y en la jurisprudencia constitucional⁴³. Según dicho principio, mientras más amplio es el margen de decisión que ostenta una autoridad pública, más intenso es el grado del deber de motivación de su ejercicio⁴⁴. Igualmente, la Ley de Procedimiento Administrativo General establece que la motivación de un acto “debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado”⁴⁵.

En el expediente N° 4053-2007-PHC/TC, el TC es enfático en señalar que “de cara a futuros casos en los que pueda cuestionarse medidas que supongan el otorgamiento de la gracia presidencial, deberá tomarse en cuenta la necesidad de que toda resolución suprema que disponga dicho beneficio, tenga que aparecer **debidamente motivada** a los efectos de que, en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado”⁴⁶ (el énfasis es nuestro).

Adicionalmente, el TC ha establecido como regla que en estos casos, mientras mayor sea el derecho fundamental violado y mayor desprecio por el principio-derecho de dignidad humana haya relevado la conducta, mayor deberá ser la carga argumentativa y la importancia del derecho fundamental que se busca proteger con la gracia presidencial⁴⁷. En virtud a ello, la Defensoría del Pueblo ha expresado que la concesión de gracias presidenciales en casos de delitos extremadamente graves, como la desaparición forzada o las ejecuciones extrajudiciales, solo será posible si existen razones de igual peso, como que la reclusión ponga en inminente peligro la vida de la persona privada de libertad⁴⁸.

⁴² Constitución, Artículo 45°.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. [...]

⁴³ TC. Expedientes N.° 5760-2006-AA/TC. fj. 7; y, N.° 6204-2006-PHC/TC. fj. 19.

⁴⁴ Como explican los ex magistrados del TC, César Landa Arroyo y Ricardo Beaumont Callirgos: “La motivación del ejercicio de la gracia presidencial impide que ésta pueda ser utilizada como una ‘cobertura jurídica’ de actos contrarios a la Constitución y, por ende, arbitrarios”. TC. Expediente N.° 4053-2007-PHC/TC. Voto singular de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos. párr.6.

⁴⁵ Ley No. 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. Numeral 6.1 del Artículo 6.

⁴⁶ TC. Expediente N.° 4053-2007-PHC/TC. fj 32.

⁴⁷ TC. Expediente N.° 0012-2010-PI/TC. fj. 45.

⁴⁸ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. [*Indulto y derecho de gracia otorgados al expresidente Alberto Fujimori: evaluación normativa y jurisprudencial. Informe Defensorial N° 177*](#). Lima, 2018, p. 14.

No obstante, la Resolución Suprema No. 281-2017-JUS adolece de una falta de motivación debido a que la decisión de otorgar la gracia presidencial no sustenta los motivos por los cuales es concedida, ni mucho menos fundamenta el cumplimiento de las exigencias que la propia Constitución establece para su ejercicio⁴⁹. En efecto, en la parte de consideraciones de la referida Resolución, se hace mención a las fechas y sumillas en las que se entregaron los archivos médicos que sustentarían la condición de salud de Fujimori Fujimori; sin embargo, en ningún apartado se detallan las razones para que el presidente de la República decida conceder tanto el indulto como el derecho de gracia por razones humanitarias, ni tampoco se sustenta *inter alia* el cumplimiento del plazo constitucional para su ejercicio.

Por los motivos anteriormente señalados, consideramos que estamos frente a una gracia presidencial absolutamente cuestionable que, lo que es más grave aún, ha sido ejercida frente a hechos considerados graves violaciones de derechos humanos como se desarrolla en el siguiente punto.

4. Límites materiales del derecho de gracia: el derecho a la verdad y acceso a la justicia

El derecho de gracia tiene también límites materiales que determina la Constitución. Al respecto, el TC ha considerado que “en tanto interviene en la política criminal del Estado, tendrá como límites el respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas, a saber fines preventivo especiales (artículo 139, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44 de la Constitución y de la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales”. Conforme al referido artículo 44, son deberes primordiales del Estado, entre otros, “garantizar la **plena vigencia de los derechos humanos**” y “promover el bienestar general que se fundamenta en la **justicia**”. Adicionalmente, ha señalado la máxima instancia constitucional 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-derecho de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado”⁵⁰.

a. La incompatibilidad del ejercicio del derecho de gracia en este caso con el deber de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos

Es fundamental considerar que el caso Pativilca versa sobre hechos que pueden ser considerados como graves violaciones de derechos y/o crímenes de lesa humanidad, y ostentan, por tanto, una especial relevancia al atentar contra valores fundamentales que hacen parte del orden público internacional y trascienden al mero orden particular e interno. En estos términos se ha pronunciado la Corte Suprema de Chile, al considerar que:

“[...] esta Corte comparte lo afirmado por el sentenciador de primera instancia, referido al carácter de lesa humanidad de los delitos de homicidio calificado y asociación ilícita para delinquir por los cuales se requiere la ampliación de la extradición de Alberto Fujimori Fujimori, conclusión que priva de sustento a la alegación sobre la extinción de la acción penal ejercida en la causa iniciada por denuncia N° 02-2007 en el país requirente, habida cuenta que tales ilícitos merecen una reprobación tan enérgica de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención,

⁴⁹ LÓPEZ FLORES, Luciano. “[Caso Pativilca: ¿La falta de motivación anula la gracia presidencial concedida a Fujimori? Respuesta a César Nakazaki](#)”. *Legis.Pe*. Lima, 15 de enero de 2018. Consulta: 23 de enero de 2018.

⁵⁰ TC. Expediente N.° 4053-2007-PHC/TC. fj 26.

pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular al contravenir no solo los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que además suponen una negación de la personalidad del hombre. En definitiva constituyen **un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes**, por lo que se ha de reconocer su carácter de imprescriptibles, así como la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de tan graves violaciones a los derechos esenciales, prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos”⁵¹ (énfasis propio).

Cabe recordar que la Corte Interamericana calificó los hechos ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta como “graves violaciones de derechos humanos” y “crímenes de lesa humanidad”, respectivamente⁵². Asimismo, mediante resolución de supervisión de cumplimiento del caso Barrios Altos de septiembre de 2012, la Corte IDH consideró contradictoria con su fallo la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia que en julio de 2012 declaró que las ejecuciones extrajudiciales ocurridas por el caso Barrios Altos no constituyeron delito de lesa humanidad⁵³. Al respecto, señaló que dicha Ejecutoria Suprema “entra en contradicción con lo resuelto anteriormente por la misma Corte Suprema de Justicia en el juzgamiento de otro de los involucrados en los hechos del presente caso, así como con otras decisiones nacionales, en cuanto a la calificación de los actos como crímenes de lesa humanidad según el derecho internacional”⁵⁴.

Teniendo ello en cuenta, debe enfatizarse que, como fue señalado por la Corte Interamericana en sus sentencias de los casos Barrios Altos y La Cantuta, “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”⁵⁵.

Ello ha sido reiterado por la Corte Interamericana en sentencias posteriores que reflejan, en general, una sólida línea jurisprudencial en el sentido de considerar inadmisibles figuras que impidan la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos⁵⁶. Este es el caso del derecho de gracia concedido al ex presidente Fujimori el cual, debido a la vulneración de los principios procedimentales mencionados, representa una forma de eludir la responsabilidad penal.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia de Chile. 5 de junio de 2017. Disponible en: <https://goo.gl/b98dr1>

⁵² Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. párr. 225. Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. párr. 41-44.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, Ejecutoria Suprema R.N. 4104-2010, 20 de julio de 2012.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012. Párr. 48.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. párr. 41. Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. Párr. 152.

⁵⁶ Véase *inter alia* Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 97; y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252. párr. 283.

Sobre este aspecto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha establecido en su *Observación General No. 31* sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que “[...]los Estados Parte deben asegurarse de que los culpables comparezcan ante la justicia. Como sucede cuando no se abre una investigación, el hecho de que no se haga comparecer ante la justicia a los autores de violaciones puede ser de por sí una vulneración del Pacto. Estas obligaciones existen concretamente en relación con las infracciones reconocidas como delitos en el derecho internacional o en la legislación nacional, entre ellos la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, las privaciones de vida sumarias y arbitrarias y las desapariciones forzadas”⁵⁷.

El Tribunal Constitucional también se ha valido de su jurisprudencia en materia de amnistía al referirse a la necesidad de que el derecho de gracia sea ejercido de modo compatible con la Constitución. Haciendo un símil con la figura de la amnistía, el máximo intérprete constitucional ha señalado que –al igual que el derecho de gracia– “[no] puede fundarse en un motivo incompatible con la Constitución”⁵⁸. Procurar que violaciones de derechos humanos queden en impunidad es altamente incompatible con la Constitución y con tratados de derechos humanos de los que Perú es parte, como se desarrolla más adelante. Asimismo, dicho Tribunal ha afirmado que “no opera [la presunción de que el legislador penal ha querido actuar dentro del marco de la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales] cuando se comprueba que mediante el ejercicio de la competencia de dictar leyes de amnistía, el legislador penal pretendió encubrir la comisión de delitos de lesa humanidad. Tampoco cuando el ejercicio de dicha competencia se utilizó para “garantizar” la impunidad por graves violaciones de derechos humanos”⁵⁹.

A partir de lo anterior, debe considerarse que, en el presente caso, la gracia presidencial otorgada resulta incompatible con el deber de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos. Es una medida que, además, colisiona claramente con derechos fundamentales amparados en nuestra Constitución, y que se encuentran protegidos también por tratados de derechos humanos, que ostentan rango constitucional en nuestro ordenamiento interno⁶⁰. Consideramos que los derechos que, en concreto, se verían seriamente afectados de aplicarse en el presente caso el derecho de gracia tal como ha sido otorgado, son el derecho a la verdad y el acceso a la justicia, por las razones que a continuación se indican.

b. Derecho a verdad

Conforme ha establecido el TC, el derecho a la verdad es un derecho autónomo “plenamente protegido” en la Constitución⁶¹. Si bien no se encuentra expresamente reconocido, el artículo 3 de la Constitución reconoce una “enumeración abierta” de derechos fundamentales y permite la afirmación de derechos análogos a estos, como es el caso del derecho a la verdad. El TC ha destacado su alta relevancia al considerar que “[e]s un derecho que se deriva directamente del principio de dignidad humana, pues el daño ocasionado a las víctimas no sólo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad y la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con las víctimas de los actos criminales”⁶².

⁵⁷ Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 de mayo de 2004), para. 18.

⁵⁸ TC. Expediente N.º 4053-2007-PHC/TC. fj 24.

⁵⁹ TC. Expediente No. 4587-2004-AA/TC. fj 53.

⁶⁰ TC. Expediente 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. fj. 25-30.

⁶¹ TC. Expediente N.º 2488-2002-HC/TC. fj 13.

⁶² TC. Expediente N.º 2488-2002-HC/TC. fj 16.

Es amplio el reconocimiento a nivel internacional y de derecho comparado del derecho a la verdad. Se encuentra expresamente establecido en el artículo 24 de la Convención sobre Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, del cual es Estado parte el Perú. La CIDH, la Corte Interamericana, el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, entre otras instancias, han afirmado que el derecho a la verdad es un derecho autónomo⁶³. También ha sido reconocido por numerosos tribunales a nivel interno⁶⁴.

En cuanto a su contenido, el TC ha señalado, siguiendo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que el derecho a la verdad tiene una dimensión individual y colectiva⁶⁵. El componente de *dimensión individual* del derecho a la verdad supone el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer los hechos que dieron lugar a graves violaciones de los derechos humanos, así como la identidad de quienes participaron en ellos⁶⁶. A efectos de garantizar la dimensión individual del derecho a la verdad, se requiere que los Estados adopten investigaciones judiciales adecuadas y efectivas para esclarecer las graves violaciones de derechos humanos cometidas, sancionar a las personas responsables, y reparar a las víctimas y sus familiares⁶⁷.

Este derecho no sólo corresponde a las víctimas y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto. Respecto a la *dimensión colectiva*, el Tribunal Constitucional ha considerado que “[l]a Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable”.

Sobre este aspecto, la ONU ha manifestado una posición inequívoca con respecto al derecho a la verdad, su dimensión colectiva y como este se interrelaciona con el derecho a la información. En el caso de investigaciones sobre casos de violaciones a los derechos humanos, se ha establecido que:

(...) es una responsabilidad básica del Estado y un importante punto de partida para el ejercicio del derecho a la verdad. No obstante, no basta con la investigación judicial de casos concretos: el derecho a la verdad implica no solo la determinación de las circunstancias inmediatas de violaciones concretas, sino también la aclaración del contexto general, las políticas y deficiencias institucionales y las decisiones que las hicieron posibles. Además, el ejercicio del derecho a la verdad puede exigir la divulgación de información sobre las

⁶³ CIDH, *Derecho a la verdad en América*, 13 de agosto de 2014. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>. Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 274; *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio sobre el derecho a la verdad*, E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006, párr. 8.

⁶⁴ Ver *inter alia* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-715 de 2012 y Sentencia C-180/14.

⁶⁵ TC. Expediente N° 2488-2002-HC/TC. fj. 8 y 9.

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 117; y *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 118.

⁶⁷ CIDH, Informe No. 37/00, Caso 11.481, Fondo, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 142. Asimismo, véase: Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 165; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 219.

violaciones a fin de restablecer la confianza en las instituciones estatales y evitar la repetición de esos actos⁶⁸.

De forma similar, la Comisión Interamericana ha sostenido que toda la sociedad tiene el “irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro”⁶⁹. El derecho a conocer lo sucedido y de acceder a la información sobre los hechos, incluye a la sociedad en general en tanto resulta esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos⁷⁰. En cuanto a la información que comprende este derecho, la CIDH ha señalado que esta comprende, al menos:

- i) **la conducta de quienes se hayan involucrado** en la comisión de violaciones graves a los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, especialmente en caso de masividad o sistematicidad;
- ii) los elementos de carácter objetivo y subjetivo que contribuyeron a crear las condiciones y circunstancias dentro de las cuales conductas atroces fueron perpetradas e identificar los factores de índole normativa y fáctica que dieron lugar a la aparición y el mantenimiento de las situaciones de impunidad;
- iii) [los] elementos para establecer si los mecanismos estatales sirvieron de marco a la consumación de conductas punibles;
- iv) [la identificación de] las víctimas y sus grupos de pertenencia, así como a **quienes hayan participado de actos de victimización**; y
- v) [la comprensión del] impacto de la impunidad⁷¹. (énfasis propio)

En sentido similar, la ONU aprobó en el 2005 los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. En dicho documento se remarcó que los Estados tienen la obligación de garantizar a las víctimas y sus familiares el acceso a la información acerca de las circunstancias que rodearon las violaciones graves de los derechos humanos. Concretamente, el Principio 24 establece que “las víctimas y sus representantes han de tener derecho a solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización y sobre las causas y condiciones de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, así como a conocer la verdad acerca de esas violaciones”⁷².

En el presente caso, la aplicación de la gracia presidencial en los términos en que fue otorgada, supondría la afectación del derecho a la verdad. La exclusión del procesado Fujimori, en su calidad de Jefe de Estado y máximo jefe de las Fuerzas Armadas en la época que ocurrieron los hechos, implicaría que tanto los familiares de las víctimas, como la sociedad en su conjunto, no tendrían oportunidad de conocer lo ocurrido en diversos extremos. Aspectos como las circunstancias en

⁶⁸ Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, *El derecho de acceso a la información y el derecho a la verdad*, A/68/362 (4 de septiembre de 2013), para. 30.

⁶⁹ CIDH, Informe Anual 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, 26 septiembre 1986, Capítulo V. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/85.86span/indice.htm>.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 200; *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 243. CIDH, Informe No. 136/99, Caso 10.488, Fondo, Ignacio Ellacuría y otros, El Salvador, 22 de diciembre de 1999, párr. 224.

⁷¹ CIDH, *Derecho a la verdad en América*, 13 de agosto de 2014, párr. 108.

⁷² ONU. Asamblea General. Resolución 60/147, aprobada por el 16 de diciembre de 2005. 64ª sesión plenaria.

que ocurrieron, las personas implicadas, el nivel de responsabilidad de los involucrados, entre otros, quedarían sin poder ser conocidos y esclarecidos a través de la vía judicial.

c. Derecho a la tutela judicial efectiva y su relación con lucha contra la impunidad

El derecho a la verdad tiene estrecha relación con otros derechos fundamentales y en especial, con la tutela judicial efectiva⁷³. Este derecho se encuentra expresamente reconocido en el artículo 139.3 de nuestra Constitución y “cobra especial relevancia ante casos de violaciones de los derechos humanos, dada su naturaleza de medio de protección de los derechos y de contradictorio de la impunidad”⁷⁴. Como ha enfatizado el TC, en virtud de este derecho corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones de derechos humanos (como las ejecuciones extrajudiciales) y, si es necesario, debe adoptar medidas para evitar la impunidad. En concreto, ha considerado que:

La aplicación de estas normas [refiriéndose a aquellas que evitan la impunidad] permite la eficacia del sistema jurídico y se justifica por los intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad. El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad. Ésta debe ser siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y corroe dos valores fundantes de la sociedad democrática: la verdad y la justicia⁷⁵.

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene también respaldo en diversos tratados de derechos humanos de los que el Perú es Estado parte. En el ámbito interamericano, la Corte IDH ha reconocido reiteradamente que el derecho de los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos a conocer la verdad se enmarca en el derecho de acceso a la justicia⁷⁶, protegido por los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En sentido similar, la CIDH ha indicado que el derecho a la verdad representa una “consecuencia básica e indispensable para todo Estado Parte en la Convención Americana [...] puesto que el desconocimiento de hechos relacionados con violaciones de los derechos humanos significa, en la práctica, que no se cuenta con un sistema de protección capaz de garantizar la identificación y eventual sanción de los responsables”⁷⁷. De este modo, la plena garantía de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial busca combatir la impunidad, entendida ésta como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”⁷⁸.

El Tribunal Constitucional también ha señalado que las graves violaciones de derechos humanos, como la ejecución extrajudicial, **no deben quedar impunes**. De este modo, este derecho implica para los Estados **eliminar todos los obstáculos legales y de facto** que impidan el inicio y/o seguimiento de procesos judiciales en relación con graves violaciones de derechos humanos. Lo señalado por el TC ha sido reiteradamente dicho por los órganos del sistema interamericano. Así,

⁷³ TC. Expediente N° 2488-2002-HC/TC. fj. 21 y ss.

⁷⁴ TC. Expediente N° 2488-2002-HC/TC. fj. 21.

⁷⁵ TC. Expediente N° 2488-2002-HC/TC. fj. 23.

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 201. Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 201.

⁷⁷ CIDH, Informe No. 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.595, 11.657 y 11.705, Alfonso René Chanfeau Orayce y otros, Chile, 7 de abril de 1998, párr. 87.

⁷⁸ CIDH, [Derecho a la verdad en América](#), 13 de agosto de 2014, párr. 75.

la Corte ha señalado que los Estados deben abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los responsables, así como alguna otra disposición análoga tales como la aplicación ilegítima de la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem*, la aplicación de la jurisdicción penal militar o cualquier eximente similar de responsabilidad⁷⁹. Este es el caso también del derecho de gracia que, como se dijo, tiene el efecto de extinguir la acción penal.

Ahora bien, dado que el otorgamiento del derecho de gracia presidencial colisiona con derechos fundamentales, corresponde realizar una ponderación entre el ejercicio de esta prerrogativa y tales derechos, como es el derecho a la verdad y el deber de estatal de investigar y sancionar, con el fin de determinar si existen razones suficientes que justifiquen la interrupción de procesos judiciales⁸⁰. Es decir, si bien la gracia presidencial afectaría estos principios constitucionales, como mínimo se debe realizar la respectiva ponderación, ejercicio que no se ha producido en el presente caso conforme se observa en la referida Resolución Suprema.

5. Conclusiones

Sobre la base de lo expuesto, se concluye lo siguiente:

- i. El derecho de gracia es una atribución constitucional del Presidente de la República que si bien es *discrecional* (debido a que su otorgamiento depende de la voluntad del Presidente), debe ejercerse en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho como el nuestro, y es *limitada, excepcional y regulada*. Esta institución, además, puede ser objeto de control constitucional.
- ii. El derecho de gracia presenta límites formales. Por un lado, el artículo 118° de nuestra Constitución establece como uno de sus requisitos que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatorio. En el presente asunto, no se ha sustentado el cumplimiento de este requisito constitucional, en tanto desde la incorporación al proceso de Alberto Fujimori han transcurrido cerca de seis meses, mientras que el plazo debería ser mayor a los 24 meses.
- iii. La concesión del derecho de gracia debe realizarse respetando garantías mínimas del procedimiento, como la imparcialidad, objetividad y debida motivación, las mismas que se desprenden del principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad. La exigencia de estas garantías resulta aún más fundamental considerando que se trata de hechos considerados como graves violaciones de derechos humanos. No obstante, la información disponible permite notar que no se observan garantías suficientes de imparcialidad ni objetividad de quienes evaluaron la situación de la persona indultada, y la resolución suprema presenta una motivación altamente insuficiente.
- iv. El derecho de gracia presenta límites materiales, derivados de los derechos y principios contemplados en nuestra Constitución y tratados de derechos humanos. En el presente caso, esta prerrogativa debe ser compatible con derechos como el derecho a la verdad, derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos. Los términos en que ha sido ejercido el

⁷⁹ Corte IDH. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, párr. 185.

⁸⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Indulto y derecho de gracia otorgados al expresidente Alberto Fujimori: evaluación normativa y jurisprudencial. Informe Defensorial N° 177. Lima, 2018, p. 14.

derecho de gracia evidencian su desconocimiento, y no se observa la realización al menos de una ponderación a la luz de estos derechos y obligaciones internacionales.

Por las razones expuestas, consideramos que se trata de una atribución constitucional que, en los términos en que ha sido ejercida, presenta incompatibilidades con la Constitución y tratados internacionales. En tal sentido, en base al artículo 138 de nuestra Constitución, consideramos que corresponde inaplicar en el presente proceso penal la Resolución Suprema No. 281-2017-JUS del 24 de diciembre de 2017 que concede el derecho de gracia al señor Alberto Fujimori Fujimori.

Elizabeth Salmón
Directora
Instituto de Democracia y Derechos Humanos
Pontificia Universidad Católica del Perú

Salvador Herencia Carrasco
Director- Clínica de Derechos Humanos
Human Rights Research and Education Centre
Universidad de Ottawa

Yvan Montoya
Investigador principal
Instituto de Democracia y derechos Humanos
Pontificia Universidad Católica del Perú

Katya Salazar
Directora
Fundación para el Debido Proceso

Cristina Blanco
Investigadora principal
Instituto de Democracia y derechos Humanos
Pontificia Universidad Católica del Perú