

Gustavo Gutiérrez-Ticse
Magíster en Derecho Constitucional

**INFORME JURÍDICO EN CALIDAD DE *AMICUS CURIAE*
RELATIVO A LAS GRACIAS PRESIDENCIALES
OTORGADAS AL CIUDADANO ALBERTO FUJIMORI
FUJIMORI.**

GUSTAVO GUTIERREZ TICSE, Magíster en Derecho Constitucional, Miembro ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Presidente del Instituto de Derecho Público, en atención a la consulta formulada sobre las gracias presidenciales otorgadas al ciudadano Alberto Fujimori Fujimori, evacuó el presente Informe en los términos siguientes:

1. Preludio



El presente informe será remitido a la Corte IDH en calidad de *Amicus Curiae*, con la finalidad de otorgar a los magistrados de este importante tribunal supranacional, algunos alcances y fundamentos de naturaleza constitucional que deben ser advertidas en la concesión del indulto presidencial al ciudadano Alberto Fujimori Fujimori; y si estas se contradicen con la sentencia sobre el caso Barrios Altos y La Cantuta.

Debe indicarse además que dicha decisión del Presidente de la República por su propia connotación ha generado tensiones sociales entre diferentes sectores del país. Ciertamente, una medida como esta era previsiblemente polémica en razón de la permanente confrontación que ha ocasionado la violencia terrorista y su respuesta de parte del Estado peruano, sobre todo durante los años noventa, lo que ha dividido al país, al punto que, la mayor parte de la población respalda la medida presidencial de conceder el indulto al ciudadano Fujimori Fujimori por cuanto consideran que la condena impuesta es injusta, otros que es excesiva, y otros que ya debe ser resuelta por su avanzada edad. Pero, también es verdad, que

Gustavo Gutiérrez-Ticse
Magíster en Derecho Constitucional

importantes segmentos poblacionales se encuentran en posición opuesta.

Es por ello que, voces autorizadas como el ilustre politólogo peruano Hugo Neira [Diario El Comercio, 02.01.2018], han invocado a nuestros connacionales, a superar las tensiones y abonar en favor de la gobernabilidad en el Perú, lo cual, sin duda, es desde una perspectiva social, una impostergable necesidad.

En efecto, no se debe perder de vista en este delicado tema que, desde hace varios años atrás el indulto al ciudadano Fujimori Fujimori ha estado en la agenda política de la nación. Y con un importante sector a favor de dicha medida. Esa es la razón por la que el pueblo peruano le ha otorgado un importante respaldo a sus congresistas durante los últimos procesos electorales, al punto que dos de sus hijos son líderes políticos con gran aceptación, lo que los ha convertido en una mayoría casi absoluta en el Congreso de la República.

No ha sido distinto durante el gobierno del actual presidente Kuczynski, ya que el debate acerca del indulto ha seguido siendo un tema de interés nacional. Demás está recordar que, desde Argentina [03.11.2017], él mismo deslizó la posibilidad de conceder esta gracia conforme a su facultad constitucional.

En consecuencia, las posiciones políticas sobre el tema son de lo más diversas, pero sin embargo podemos decir *a priori* que, se trata de una potestad constitucional que se erige como un **acto político no justiciable**, a través del cual el Presidente de la República decide conceder una gracia en atención a la situación de salud del ciudadano Fujimori Fujimori, sin que ello signifique que no ha habido de por medio una legítima valoración política en su otorgamiento; tema que desarrollaremos enseguida.

2. El derecho internacional de los derechos humanos: ámbito de acción y límites

Gustavo Gutiérrez-Ticse
Magíster en Derecho Constitucional

Demás está recordar que, no hay poderes absolutos. Por lo tanto, todos los actos de autoridad están sujetos a control. No obstante, **ello no significa que en todos los actos el control jurisdiccional sea el derrotero final. Tampoco que la jurisdicción supranacional tenga potestad sin límites.**

El control y las instituciones de cierre las define cada Constitución, y la concesión de soberanía a los tribunales supranacionales también.

¿Puede entonces el Tribunal Constitucional o los Tribunales supranacionales asumir competencia en el ejercicio de atribuciones políticas? La respuesta es de lo más diversa. En el derecho anglosajón, desde el caso *Ware vs. Hylton* hasta la propia sentencia en el caso *Marbury vs. Madison* (donde el Juez Marshall publicita el control constitucional como potestad de los jueces), el *Chief Justice* 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".

En consecuencia, son los modelos constitucionales los que preservan determinados límites entre lo político y lo jurídico, de suerte que ningún extremo termine por anular la función del otro. Admitir lo contrario terminaría judicializando la política, o politizando la justicia.

García Morillo, en posición que nos suscribimos asevera lo siguiente:

"La politización de la justicia, tiene lugar cuando la actuación judicial se interpreta como una función de control político, cuando los actores judiciales subordinan el ejercicio de la función jurisdiccional al de funciones políticas sustitutorias de las que

Gustavo Gutiérrez-Ticse
Magíster en Derecho Constitucional

corresponden a otras instancias y, al hacerlo, abandonan su carácter jurisdiccional para convertirse en actores políticos".¹

Estas razones abonan en la tesis planteada, que 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 las propias autoridades los que tienen que tomar decisiones para las que cuentan con un alto grado de discrecionalidad en situaciones especiales, por más impopulares que estas resulten para determinados sectores.

En esta lógica, los tribunales supranacionales deben también reconocer los procesos políticos que demandan la resolución de casos controversiales en donde su intervención sólo debe ser residual. En efecto, la importancia del control convencional, y su legitimidad en la defensa de los derechos humanos ciertamente es indudable, pero ello no significa que los estados suscriptores del sistema internacional pierdan su poder de *ius imperium* al extremo de pasar de ser estados a convertirse en colonias. No es exacto. La jurisdicción supranacional es residual. Opera en tanto y en cuanto los estados partes no satisfagan a sus ciudadanos en sus demandas convencionales.

De otro lado, el deber de cumplimiento de las obligaciones internacionales está en el contenido de los tratados, no en la jurisprudencia, por cuanto una interpretación, por más pacífica que pudiera ser, si es incompatible con un Estado parte, la prevalencia la tiene la Constitución, ya que la cesión de soberanía es siempre a la regla manifiesta del instrumento internacional, y no a la ampliación de contenidos que un tribunal pretenda imponer. Cuando hay la necesidad de ampliaciones, ésta se configura a través de enmiendas que permitan la aprobación de protocolos adicionales.

¹ García Morillo, Joaquín, *Responsabilidad política y responsabilidad penal*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 18, Núm. 52, Enero-Abril, Madrid, 1998, p. 109.

Gustavo Gutiérrez-Ticse
Magíster en Derecho Constitucional

Así, por ejemplo, el artículo 62.3 de la Convención Americana señala taxativamente lo siguiente:

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

En ese orden de ideas, a la pregunta: ¿Los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos de los cuales el Perú es parte, establecen de modo expreso una prohibición a los Estados para el otorgamiento de gracias presidenciales de carácter humanitario en supuestos de comisión de delitos de lesa humanidad? No. ¿Ha suscrito el Perú una declaración especial que reconozca la competencia interpretativa a la Corte IDH? Tampoco.

La Corte IDH tampoco ha prohibido a través de su jurisprudencia que los Estados otorguen gracias presidenciales de carácter humanitario. La razón es clara. El ejercicio de esta potestad presidencial se da luego de una condena. Ergo, no se contrapone con ningún derecho. Ni siquiera con los de acceso a la justicia o el derecho a la verdad.

En un indulto tenemos un sentenciado. Los efectos de la condena se preservan. La única razón de su concesión es la conclusión anticipada de la condena. La cual puede otorgarse, por razones políticas, humanitarias o comunes. Aunque éstas dos últimas también tienen connotaciones políticas.

Ello es innegable, el Presidente de la República finalmente tiene la decisión de conceder O NO, cualquier tipo de indulto.

3. El indulto al ciudadano Alberto Fujimori Fujimori

Gustavo Gutiérrez-Ticse
Magíster en Derecho Constitucional

De acuerdo con lo prescrito por el artículo 118° inc. 21 de la Constitución Peruana de 1993, la concesión del indulto es potestad exclusiva del presidente de la República. Se trata, en puridad, de una gracia de larga data, a través de la cual la autoridad concedía el perdón a sus súbditos en caso hayan sido condenados por algún delito. Recordemos el **indulto** concedido por Poncio Pilatos a Barrabás, condenado por homicidio, para mostrar un botón de lo que estamos afirmando.

En efecto, como asevera Bernalles, “desde tiempos pretéritos, el derecho de gracia ha sido considerado como atributo de la soberanía del Estado y como la capacidad de éste para ejercer una doble función: por un lado, sancionar a quienes infrinjan la ley; y por el otro, olvidar y perdonar ciertos delitos bajo condiciones especiales”.²



Es pues de una gracia de autoridad que sin duda alguna en el Estado democrático constitucional no pueden ser advertidos en similar posición que en el Estado absolutista. Pero tampoco se puede admitir su anulación de hecho, al punto de convertirse en una “pieza de museo”. Es una válvula de escape que, en situaciones excepcionales, el jefe de Estado (quien personifica a la nación) ejecuta la voz del pueblo y toma una decisión en un caso altamente difícil y, por tanto, complejo.

Ello significa que el **indulto** *per se*, es un acto arbitrario que resume la conexión ciudadano-poder. Y en ella, la adopción de medidas que más allá de las decisiones jurisdiccionales, pueden superar desde errores judiciales hasta fuertes tensiones sociales que generen inestabilidad.

En efecto, aquí no hay discusión jurídica de por medio. En palabras de García Mahamut, frente a la facultad de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado, el ordenamiento contempla una excepción: la facultad de

² Bernalles Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993*, Rao Jurídica, Lima, 1999, p. 572.

Gustavo Gutiérrez-Ticse
Magíster en Derecho Constitucional

eximir del cumplimiento de la pena por decisión última no de los jueces, sino del Poder Ejecutivo.³

Ahora bien, dicha permisión no podría implicar una decisión en contra del sentido social (simplemente no podría sostenerse), pero técnicamente en el modelo peruano, todo es posible. Valle Riestra, en similar posición, asevera que, al revés de otros países, el **indulto** no está sometido a condición alguna [Diario Correo, 30 de septiembre de 2012]. Según la Constitución tiene la majestad de la cosa juzgada juntamente con la absolución, la amnistía, la prescripción y el sobreseimiento definitivo.

Ha sido la Ley (norma de inferior jerarquía a la Constitución), la que ha precisado de alguna normatividad para el indulto humanitario y común. Dejando abierta la posibilidad del indulto político en manos del Presidente de la República, con un ámbito de discreción superior.

Sin embargo, en el caso del indulto humanitario y común, por mandato del legislador se han previsto algunos requisitos.

Para el caso, del indulto humanitario, la legislación interna prevista en los Decretos Supremos N^{os}. 004-2007-JUS, 008-2010-JUS, y 0162-2010-JUS, disponen que se recomendará el indulto y derecho de gracia por razones humanitarias, entre otros, **“cuando el interno padece de una enfermedad no terminal grave, que se encuentre en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable; y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad”**.

En ese orden de ideas, la potestad del presidente de la República en lo que se refiere a gracias presidenciales regladas, como son el humanitario y el común, establecen determinados requisitos que deben ser valoradas en instancia final por el propio Presidente de la República. Ahora bien, ¿estos requisitos constituyen una limitación

³ García Mahamut, Rosario, El indulto. Un análisis jurídico constitucional, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 207.

Gustavo Gutiérrez-Ticse
Magíster en Derecho Constitucional

para su concesión? No. Por eso es que, tal como ya lo adelantáramos, aun cuando un condenado en prisión cumpla con los presupuestos normativos, o, en lo que es más, habersele declarado desahuciado, si el Presidente no tiene voluntad de perdón, simplemente no lo concede. ¿Puede ser recurrible su decisión de no otorgar el indulto? No.

El indulto es, pues, asevera Bidart Campos, “un acto político, privativo del presidente e indelegable. Pero no lo debe cumplir en forma irritante, como concesión de un privilegio, sino como árbitro de la equidad para moderar el rigor de la leyes casos que así parezcan recomendarlo a su leal criterio”.⁴

En definitiva, la vieja figura del **indulto** sigue siendo constitucional, y es además una herramienta de la autoridad para cerrar brechas, curar heridas, y superar traumas de carácter social. Es por eso que esta gracia reposa única y exclusivamente en la figura del presidente, el que deberá evaluar como jefe del Estado, si es que debe desempolvar su poder de perdón tomando en cuenta los intereses de la Nación.

4. La supuesta exigencia del debido proceso y la adecuada motivación de un indulto reglado

El Artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos contiene un mandato para los estados miembros relativos a los estándares que deben cumplirse en los procesos judiciales. En ese orden de ideas, si bien postula que dichos parámetros se extienden al resto de procedimientos, estos no significan que haya un ingreso *per se* al control de los actos políticos, sino cuando de por medio se afecten derechos humanos.

⁴ Bidart Campos, Germán, Derecho constitucional del poder, Ediar, Tomo II, Buenos Aires, p. 127.

Gustavo Gutiérrez-Ticse
Magíster en Derecho Constitucional

En el caso de la gracia presidencial del indulto no hay afectación a derecho alguno por cuanto el beneficiario ya está condenado y en cárcel, por lo tanto, si lo que se va cuestionar finalmente es que el tenor de la decisión que ampara un indulto es deficiente, entonces ya no estamos frente a un poder discrecional sino sujeto a judicialización. Y ello en puridad termina por anular la gracia.

De esta manera, trasladar las exigencias del debido proceso a la concesión del indulto como si fuera un procedimiento jurisdiccional, es ajena a su propia naturaleza. De lo contrario, los más de cinco mil indultos concedidos por Alan García durante su segundo mandato presidencial (2006-2011) terminarían siendo inválidos. E inclusive, el indulto otorgado al sentenciado por terrorismo Gerardo Saravia en el año 2001 por una diabetes y que luego fue incorporado al Instituto de Defensa Legal del Perú. O, el caso de Juan Alberto Escobar Cervantes, quien fue indultado por una grave hemofilia, pero luego de 15 años después, continúa con vida y en libertad.

En consecuencia, los niveles de motivación requerida en los casos del otorgamiento de las gracias son en esencia, referenciales, por cuanto el Presidente de la República, finalmente puede conceder o no conceder el indulto. En otras palabras, si no se exige motivación para denegarla, ¿por qué sí para concederla?

No obstante, aún se considere que la motivación es una condición elemental que pueda ser exigible en decisiones de naturaleza política, el propio Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia recaída en el Exp. N° 03660-2010-HC/TC (Caso Crousillat), ha señalado que el indulto humanitario requiere únicamente de “un estándar mínimo de motivación que posibilite un control constitucional. [Subrayado nuestro]

En ese orden de ideas, la Resolución Suprema N° 281-2017-JUS, expone de manera precisa los fundamentos del indulto al ciudadano Fujimori Fujimori, con lo cual el estándar de la mínima motivación está más que superado.

Gustavo Gutiérrez-Ticse
Magíster en Derecho Constitucional

De otro lado, un procedimiento de indulto humanitario, ligado a razones de salud, sin duda debe ser reservado. No puede exponerse a la luz pública dicho expediente en razón que afectaría el derecho a la intimidad personal del beneficiario, salvo autorización expresa de él mismo.

5. Los efectos de las gracias presidenciales otorgadas al ciudadano Alberto Fujimori Fujimori

Si bien con la sentencia recaída en el caso Crousillat éste dispuso la anulación del indulto se trata de una decisión polémica y con efectos a dicho caso en concreto, ya que de acuerdo a la legislación interna sólo la jurisprudencia declarada vinculante se convierte en fuente primaria y de aplicación preferente.

Ahora bien, esta posibilidad además tendría que generarse *a posteriori*, es decir, frente a la comprobación de eventos que demuestren que el beneficiario no está en las condiciones de salud que se alega en el concesorio del Indulto. Sin embargo, ello tampoco podría significar que la persona se vea limitada en el goce de los derechos que como ciudadano puede ejercer una vez concedido el indulto, ya que rehabilita al beneficiario del ejercicio de sus derechos civiles y políticos.

Ahora bien, surge una interrogante, sobre todo cuando advertimos de la Resolución que se cuestiona, y que le concede el indulto humanitario al ciudadano Fujimori Fujimori, también le ha otorgado el derecho de gracia para el cierre de los procesos penales en su contra que se encuentran vigentes. De acuerdo al artículo 118° numeral 21, esta atribución se hace legítima cuando el procesado se encuentra en juicio la instrucción hay excedido el doble de su plazo más su ampliatoria.

Dicho plazo sin duda tiene el mismo sentido que la garantía de la prescripción. Es decir, no se puede alegar que, el procesado se encontraba protegido por una cláusula de la extradición, ya que es una garantía también que los cómputos de plazos se den siempre en

Gustavo Gutiérrez-Ticse
Magíster en Derecho Constitucional

favor de la persona y no de la sociedad representada en las instancias jurisdiccionales.

De otro lado, al habersele otorgado el indulto, si la voluntad del Presidente de la República es concluir con los procesos en trámite dispone la gracia para la extinción del proceso. De esta manera, si así ha sido dispuesto, no cabe competencia judicial para ir en sentido opuesto toda vez que la concesión del indulto humanitario alzaprima las razones de salud. Distinto sería el caso de un indulto común o político, donde por su propia connotación la evaluación de las instancias judiciales podría cuestionarse su extensión a otros procesos pendientes.

En el caso concreto, al existir razones médicas, estas, por el principio de la posición preferente de los derechos humanos (como es el caso de la salud), resulta plenamente admisible su concesión.

6. Conclusiones

- Ni el Tribunal Constitucional ni los Tribunales supranacionales pueden asumir competencia en el ejercicio de atribuciones políticas puras, salvo declaración expresa de los estados miembros por medio del cual deleguen dicho control; o en su defecto manifiesta afectación de derechos fundamentales.
- El deber de cumplimiento de las obligaciones internacionales está en el contenido de los tratados, no en la jurisprudencia, por cuanto una interpretación, por más pacífica que pudiera ser, si es incompatible con un Estado parte, la prevalencia la tiene la Constitución, ya que la cesión de soberanía es siempre a la regla manifiesta del instrumento internacional, y no a la ampliación de contenidos que un tribunal pretenda imponer. Cuando hay la necesidad de ampliaciones, éstas se configuran a través de enmiendas que permitan la aprobación de protocolos adicionales.

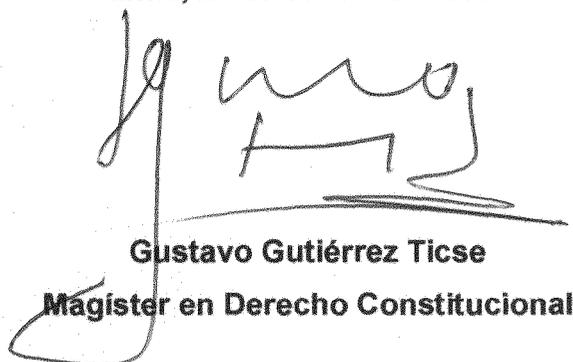
Gustavo Gutiérrez-Ticse
Magíster en Derecho Constitucional

- Ningún tratado internacional en materia de Derechos Humanos de los cuales el Perú es parte, establece de modo expreso una prohibición a los Estados para el otorgamiento de gracias presidenciales de carácter humanitario. Tampoco la Corte IDH la ha prohibido a través de su jurisprudencia.
- El ejercicio de una gracia presidencial luego de una condena no se contrapone con ningún derecho. Ni siquiera con los de acceso a la justicia o el derecho a la verdad.
- En un indulto tenemos un sentenciado. Los efectos de la condena se preservan. La única razón de su concesión es la conclusión anticipada de la condena; el cual puede otorgarse, por razones políticas, humanitarias y comunes. Aunque éstas dos últimas (humanitarias y comunes) también tienen connotaciones políticas.
- Para el caso, del indulto humanitario, la legislación interna prevé en los Decretos Supremos N°s. 004-2007-JUS, 008-2010-JUS, y 0162-2010-JUS, que se recomendará el indulto y derecho de gracia **“cuando el interno padece de una enfermedad no terminal grave, que se encuentre en etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable; y además que las condiciones carcelarias puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad”**.
- Los requisitos establecidos no constituyen una limitación para su concesión. Por eso es que, en un ejemplo de manera inversa, aun cuando un condenado en prisión cumpla con los presupuestos normativos, si el Presidente no tiene voluntad de perdón, simplemente no lo concede.

Gustavo Gutiérrez-Ticse
Magíster en Derecho Constitucional

- En ese mismo sentido, aún se considere que la motivación es una condición elemental que pueda ser exigible en decisiones de naturaleza política (posición que no compartimos), el propio Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia recaída en el Exp. N° 03660-2010-HC/TC (Caso Crousillat), ha señalado que el indulto humanitario requiere únicamente de “un estándar mínimo” de motivación que posibilite un control constitucional.
- En ese orden de ideas, la Resolución Suprema N° 281-2017-JUS, expone de manera precisa los fundamentos del indulto al ciudadano Fujimori Fujimori, con lo cual el estándar de la mínima motivación está más que superado.
- El indulto humanitario, ligado a razones de salud es reservado por la propia naturaleza del derecho en cuestión. De esta manera, no podría ser exhibida sino por autorización del propio beneficiario.
- Finalmente, al habersele otorgado el indulto por razones humanitarias, la gracia extingue el resto de procesos en curso. De esta manera, no cabe competencia judicial para ir en sentido opuesto toda vez que la concesión del indulto humanitario alzaprima las razones de salud.

Lima, 24 de enero de 2018.



Gustavo Gutiérrez Ticse
Magíster en Derecho Constitucional