

San Miguel de Piura (Perú), 28 de febrero de 2018

SEÑORES

HONORABLES MAGISTRADOS DE LA ILUSTRE CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Con atención al Señor

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

San José. Costa Rica

De mi especial consideración:

Me dirijo muy respetuosamente a los honorables miembros de la Corte Interamericana para solicitarles que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de su Reglamento, acojan este escrito que como *Amicus Curiae* presento en relación al proceso de supervisión del cumplimiento de las sentencias proveídas en los Casos Barrios Altos contra el Estado peruano, y La Cantuta contra el Estado peruano.

Quien suscribe este documento es Doctor en Derecho por la Universidad Da Coruña (España); y Profesor de Derecho Constitucional, de Derecho Procesal Constitucional y de Argumentación Jurídica en la Universidad de Piura (Perú); Profesor en la Maestría de Derecho Público, en la Maestría de Derecho Administrativo Regulatorio y en el Programa de Doctorado de la Universidad de Piura; Profesor en la Maestría de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú; y Profesor en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana (Colombia).

Ruego que toda comunicación que tengan a bien hacerme llegar, sea dirigida a la siguiente dirección electrónica:

Sin otro particular, me despido de ustedes muy atentamente.



Prof. Dr. Luis Castillo Córdova

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. LA FUNCIÓN SUBSIDIARIA DE LA CORTE IDH

1. Significado de la subsidiaridad y su consecuencia
2. Análisis del caso concreto
 - A. ¿Es posible controlar la validez jurídica de un indulto en el sistema jurídico peruano?
 - B. Mecanismos judiciales para controlar la validez jurídica del indulto
 - C. Los peticionarios no han agotado los recursos internos
 - D. No se cumple ninguna causal que exonere agotar los recursos internos

III. ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DE LA DECISIÓN DEL PRESIDENTE PERUANO PEDRO P. KUCZYNSKI DE INDULTAR AL EXPRESIDENTE ALBERTO FUJIMORI

1. Sobre la validez formal
2. Sobre la validez material
 - A. El indulto como decisión del máximo grado de discrecionalidad
 - B. El control de validez jurídica de las decisiones de máximo grado de discrecionalidad
3. El control de validez jurídica sobre la decisión de indultar al expresidente Alberto Fujimori
 - A. El estándar mínimo de motivación: la existencia de alguna razón con algún grado de corrección
 - B. ¿Existe alguna razón con algún grado de corrección en la decisión de indultar al expresidente Alberto Fujimori

IV. REFLEXIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

Con el respeto que reclama tanto la Ilustre Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, como sus honorables Magistrados, el presente informe tiene por finalidad mostrar un modo de entender y resolver la pregunta acerca de la validez jurídica (constitucional y/o convencional) de la decisión del Presidente peruano Pedro P. Kuczynski de indultar al expresidente Alberto Fujimori. Este modo de entender y resolver este asunto, por su parte, tiene la pretensión de ser respetuoso con los derechos de quienes en condición de víctimas de violaciones de derechos humanos acuden al sistema interamericano de protección; respetuoso con las atribuciones de los Poderes Públicos peruanos, en particular del Presidente de la República; y, desde luego, respetuoso con la posición jurídica de la Corte IDH misma.

Tengo el convencimiento, ojala equivocado, de que la Corte IDH ha empezado -y en otros casos ha continuado- con el tránsito de senderos que no le son propios, o siéndole propios no los está recorriendo ni con la forma ni en la intensidad que le está permitido. También tengo el convencimiento, ojala acertado, de que el actor relevante en este caso es la Corte IDH. Si ella desenvuelve su actuación y formula su decisión dentro del marco de lo que le está permitido, entonces, ni se vulnerará el derecho de los Peticionarios, ni se lastimará las atribuciones del Estado peruano.

Con base en estos dos convencimientos, lo que anima la elaboración de este informe, no es ni la defensa del Presidente Pedro P. Kuczynski, ni la del expresidente Alberto Fujimori, ni la de las víctimas peticionarias de protección. Lo que realmente anima este informe es intentar ayudar a la propia Corte IDH para conducirse según lo que le corresponde y hasta donde le corresponde. Nadie puede poner en duda, por lo menos yo no lo haré, el papel trascendente que ha jugado y que está llamada a jugar la Corte IDH en la elevación de los niveles de justicia en los pueblos latinoamericanos. Pero la consolidación de su posicionamiento reclama que con respeto y rigurosidad, se advierta que le acechan peligros que, de materializarse, también generarán consecuencias negativas contra ella.

Así, pienso, que resulta necesario evitar que la Corte IDH se convierta en la práctica en la Cuarta instancia judicial o en el Tribunal Supremo de los Estados latinoamericanos; evitar que la Corte IDH, con una nominal y hueca invocación a los derechos humanos, resuelva vinculantemente no solo los problemas jurídicos sino también los asuntos políticos de los Estados; y en fin, evitar que la Corte IDH sustituya la posición jurídica del Gobernante (Ejecutivo o Legislativo) y la de los Jueces de una comunidad política. Solo de esta manera debe ser conseguida la consolidación de la Corte IDH, y con ella, la consolidación de la posición jurídica de la Persona como fin supremo, y la de los Estados como instrumentos a su servicio.

Finalmente, el desarrollo del presente informe tiene como sostén principal el derecho interno peruano, en particular la Constitución peruana y la jurisprudencia de su intérprete Supremo que es el Tribunal Constitucional peruano. El derecho interno de un Estado no genera vinculación a la Corte IDH, pero sí le genera un deber de respeto. Las normas internas de un Estado pueden ser contrarias al derecho convencional (la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH, y demás tratados complementarios), pero cuando no lo sea, la Corte IDH tiene la obligación de respetar las decisiones que se adopten en aplicación de tal derecho interno convencionalmente válido. Esta obligación se cumple, además, si la correspondiente declaración de inconvencionalidad de una norma de la Constitución, o de una regla jurídica que se desprende de las sentencias del Tribunal Constitucional, se hace sostener a su vez sobre el cumplimiento del deber especial de justificación.

II. LA FUNCIÓN SUBSIDIARIA DE LA CORTE IDH

1. Significado de la subsidiaridad y su consecuencia

Todas las Personas, independientemente de nuestra condición social, raza, creencias religiosas, ideología política e incluso nuestra propia moral, compartimos una misma naturaleza humana, por lo que a todos se nos debe reconocer un mismo valor humano: el valor de fin supremo (artículo 1 de la Constitución peruana). Nuestra condición de fin supremo sobre la que se construye nuestra dignidad humana, permite sostener que existe el deber iusfundamental de promover la más plena realización de todas las Personas por igual, por valer todas lo mismo. El modo de lograrlo es a través de la más plena vigencia de los derechos humanos, desde que éstos se definen como *bienes humanos debidos*.

No cabe duda de que este deber iusfundamental es titularizado por los poderes públicos, quienes tienen la condición de medios o instrumentos al servicio de la plena realización de las Personas a través de la plena vigencia de sus derechos humanos (artículo 44 de la Constitución peruana). Para ayudarles a cumplir con este deber, existen los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, como el sistema interamericano, destinado a brindar "una protección (...) *coadyuvante* o *complementaria* de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos" (segundo párrafo del Preámbulo de la CADH, la cursiva de la letra es añadida).

De modo que es un elemento que define la posición jurídica de la Corte IDH, el ser un órgano internacional de protección de los derechos humanos que actúa solo después de que el Estado ha actuado o que ha decidido no actuar frente a una denuncia de violación de derechos humanos. Este elemento provoca consecuencias decisivas. Una de ellas es el deber que asumen los denunciantes de violaciones de derechos humanos, de activar los mecanismos nacionales de protección. Este deber ha sido recogido como regla general en el artículo 46.1 de la CADH, desde el cual se puede concluir que "las garantías convencionales descansan en el principio de subsidiariedad"¹. Como toda regla, ésta también presenta excepciones, las que se mencionan en el artículo 46.2 de la CADH, y que tiene que ver con situaciones respecto de las cuales se puede concluir que el Estado o no puede o no quiere atender la denunciada violación.

2. Análisis del caso concreto

A. ¿Es posible controlar la validez jurídica de un indulto en el sistema jurídico peruano?

En relación a este punto, varias cuestiones pueden ser planteadas. Tomando en cuenta que lo que los peticionarios intentan conseguir en el presente proceso de supervisión del cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte IDH en los Casos Barrios Altos y La Cantuta contra el Estado peruano, en delante Los Peticionarios, es la declaración de invalidez jurídica del indulto al expresidente Alberto Fujimori, una primera cuestión puede ser formulada así: en el sistema jurídico peruano ¿es revisable la validez jurídica de la decisión de indultar a alguien?

El Constituyente peruano ha dispuesto lo siguiente en el artículo 139.13:

"La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada".

Esto significa que por mandato constitucional, el indulto produce los efectos de la cosa juzgada. El Tribunal Constitucional peruano, como Supremo intérprete de la Constitución peruana, ha establecido cuál es el efecto de la cosa juzgada en relación al indulto:

"el efecto de cosa juzgada del indulto de un lado proscribire articular medios impugnatorios tendientes a revisar lo ya decidido a favor de un condenado, y de otro lado, imposibilita una posterior persecución penal basada en los mismos hechos cuya consecuencia penal fue dejada sin efecto por el indulto"².

¹ Voto del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el caso Corte IDH, "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", del 26-11-2010, considerando 9.

² EXP. N.º 03660-2010-PHC/TC, fundamento 5.

Pero este efecto solamente se reconocerá cuando la resolución administrativa que contiene el indulto, no vulnere el contenido material de la Constitución. Es decir, la cosa juzgada no tiene valor absoluto, sino relativo: su valor está en relación al ajustamiento a las exigencias constitucionales. Lo ha dicho el Tribunal Constitucional peruano con las siguientes palabras:

“la calidad de cosa juzgada que ostenta una resolución está supeditada a que no atente contra derechos fundamentales u otros principios o valores de la Constitución”³.

Particularmente ha sostenido que:

“para que un acto del poder público sea constitucionalmente válido no solo debe haber sido emitido conforme a las competencias propias sino ser respetuoso de los derechos fundamentales, principios y valores constitucionales”⁴.

Si la resolución administrativa que decide otorgar el indulto no se ajusta al contenido material de la Constitución, no podrá serle reconocido el efecto propio de la cosa juzgada. Esto genera una primera y decisiva consecuencia, y además como respuesta a la primera cuestión planteada: sí es posible controlar la validez jurídica de la decisión de indultar que adopte el Presidente de la República. En esta misma línea se ha dirigido el parecer del Tribunal Constitucional peruano, el cual tiene manifestado que sobre una decisión de indultar:

“cabe un control jurisdiccional excepcional a efectos de determinar la constitucionalidad del acto [de indulto]”⁵.

Y es que en el sistema jurídico peruano no existen zonas exentas de control constitucional, desde que no existen zonas desvinculadas a la Constitución. También lo tiene reconocido el Tribunal Constitucional peruano con las siguientes palabras:

“siendo el control jurisdiccional de la constitucionalidad de todos los actos, una clara consecuencia de la supremacía constitucional, no puede afirmarse que la sola existencia de la potestad presidencial de conceder la gracia impida ejercer un control por parte de las autoridades jurisdiccionales”⁶.

³ EXP. N.º 03660-2010-PHC/TC, fundamento 7.

⁴ EXP. N.º 03660-2010-PHC/TC, fundamento 9.

⁵ EXP. N.º 03660-2010-PHC/TC, fundamento 9.

⁶ EXP. N.º 04053-2007-PHC/TC, fundamento 15.

En este punto se puede concluir que la decisión del Presidente peruano Pedro P. Kuczynski, de indultar al expresidente Alberto Fujimori, puede ser controlada en su validez constitucional.

B. Mecanismos judiciales para controlar la validez jurídica del indulto

Esta formulada conclusión reclama dar un paso más y preguntarse, como segunda cuestión, por los mecanismos de control que pueden activar quienes se dicen afectados por la decisión de indultar a una Persona. El mismo Tribunal Constitucional peruano ha tenido oportunidad de responder a esta pregunta y lo ha hecho de la siguiente manera:

“Así, por ejemplo, el ordenamiento procesal de la justicia ordinaria reconoce el recurso de revisión en el ámbito penal, o la cosa juzgada fraudulenta en el ámbito civil. (...). A su vez, las resoluciones que ponen fin a un proceso judicial, que tienen la virtualidad de producir efectos de cosa juzgada pueden ser cuestionadas a través de procesos constitucionales (amparo o hábeas corpus contra resolución judicial)”⁷.

De modo que Los Peticionarios ante la Corte IDH, tuvieron a su alcance vías judiciales internas para discutir la validez jurídica del indulto a favor del expresidente Alberto Fujimori. Tale vías eran (y son) al menos las siguientes dos: acción de cosa juzgada fraudulenta; y acción de amparo (o hábeas corpus). La existencia de remedios internos, así como el régimen democrático que vive hoy el Estado peruano sustentado, entre otros pilares, en la separación de poderes, exige aplicar la regla general prevista en el artículo 46.1 de la CADH, según la cual Los Peticionarios tienen la obligación de agotar esos recursos internos que el sistema peruano les ofrecía antes de acudir al sistema interamericano de protección.

C. Los peticionarios no han agotado los recursos internos

En este punto del razonamiento conviene plantear y resolver una tercera cuestión, la misma que puede ser presentada de esta manera: Los Peticionarios ¿han acudido a la Corte IDH luego de agotar los mecanismos internos que persiguen la invalidez jurídica del indulto? Esta pregunta debe responderse diciendo que los peticionarios de protección ante la Corte IDH no han interpuesto ninguna de las acciones o recursos jurisdiccionales que el sistema peruano ha previsto. Lo que hicieron fue presentar un escrito de anulación ante el mismo Presidente peruano Pedro P. Kuczynski. Este pedido, sin embargo, resultaba manifiestamente improcedente, desde que el mismo Tribunal Constitucional hubo sostenido que:

⁷ EXP. N.º 03660-2010-PHC/TC, fundamento 7.

“el indulto genera efectos de cosa juzgada, lo cual conlleva la imposibilidad de ser revocado en instancias administrativas o por el propio Presidente de la República”⁸.

Por eso, lo que correspondía no era pedir al propio emisor del indulto que revisase la validez de su decisión, sino pedirlo a los Tribunales ordinarios de justicia, incluido el mismo Tribunal Constitucional peruano el cual tiene la competencia para decidir en última instancia en los procesos constitucionales de amparo y habeas corpus.

D. No se cumple ninguna causal que exonere agotar los recursos internos

Una vez concluido que los Peticionarios no han acudido a las vías internas de reclamación que el derecho peruano les ofrecía, es posible de plantear una cuestión más en los siguientes términos: ¿por qué los peticionarios ante la Corte IDH no han acudido a los procedimientos judiciales internos que le ofrece el sistema jurídico peruano para conseguir la invalidez jurídica de la decisión presidencial de indultar al expresidente Alberto Fujimori?

Los peticionarios, hasta donde es conocido, no han presentado razones que justifiquen el cumplimiento de alguna de las causales prevista en el artículo 46.2 de la CADH y que exoneran de la obligación de agotar los recursos internos. Y es que, bien vistas las cosas ninguna razón con pretensión de corrección puede ser sostenida para justificar una tal exoneración: los recursos internos existen; y en el Perú existe división de poderes.

III. ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DE LA DECISIÓN DEL PRESIDENTE PERUANO PEDRO P. KUCZYNSKI DE INDULTAR AL EXPRESIDENTE ALBERTO FUJIMORI

1. Sobre la validez formal

Este apartado está destinado a analizar la validez de la decisión del Presidente peruano Pedro P. Kuczynski de indultar al expresidente Alberto Fujimori. Esta decisión para ser tenida como válida y, consecuentemente, como eficaz, deberá cumplir con las exigencias formales y materiales de validez.

⁸ EXP. N.º 03660-2010-PHC/TC, fundamento 9.

No podré detenerme en la conocida discusión entre Ferrajoli y Guastini acerca de cuáles requisitos debe cumplir una decisión para ser tenida como formalmente válida⁹. Sin embargo, la competencia para tomar una decisión es un requisito de forma indiscutible. Así, habrá que averiguar si el órgano que ha decidido el indulto tiene o no la atribución para hacerlo. El indulto al expresidente Alberto Fujimori ha sido decidido por el Presidente de la República del Perú. ¿Tiene la competencia para hacerlo? La respuesta viene del artículo 118.21 de la Constitución peruana: "corresponde al Presidente de la República (...) Conceder indultos".

La manera que tiene el Presidente de la República de adoptar estas decisiones es a través de Resoluciones Supremas (artículo 118.8 de la Constitución), las mismas que el artículo 11.4 de la Ley orgánica del Poder Ejecutivo (Ley 29158), las define como:

"decisiones de carácter específico rubricadas por el Presidente de la República y refrendadas por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan. Son notificadas de conformidad con la Ley del Procedimiento Administrativo General y/o se publican en los casos que lo disponga la ley".

La Resolución Suprema N.º 281-2017-JUS, ha cumplido con la rúbrica del Presidente de la República, y ha sido refrendada por el Ministro de justicia y derechos humanos. De ella, consecuentemente, puede ser concluido que es formalmente válida y, consecuentemente, será también formalmente válida la decisión de indultar al expresidente Alberto Fujimori que trae consigo. Sin embargo, esta Resolución Suprema es el punto final de un expediente administrativo, el Expediente N.º 00235-2017-JUS/CGP, que no ha sido divulgado a la opinión pública y que, por consiguiente, impide ser analizado aquí. Al correspondiente órgano de control de validez formal corresponderá solicitar el referido Expediente e indagar si se ha tramitado con sujeción a las normas procesales correspondientes, particularmente las contenidas en el Reglamento de la Comisión de gracias presidenciales (Resolución Ministerial N.º 0162-2010-JUS). Debe tratarse de verdaderos incumplimientos, y este se configura a partir del no acatamiento de un preexistente y concreto contenido normativo vinculante. De todos modos, es relevante señalar que en este punto existe un importante vacío: la atribución de otorgar el indulto (y otras gracias) que se le reconoce al Presidente de la República del Perú, no ha sido desarrollado por la Ley como lo manda la Constitución¹⁰, sino por normas reglamentarias como la mencionada Resolución Ministerial, que son de menor rango incluso que la Resolución suprema.

⁹ Cfr. ACCATINO, Daniela, "La distinción entre vigencia (o existencia) y validez (o el aporte del garantismo a la teoría de la norma jurídica)", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, diciembre 2000, ps. 39-41.

¹⁰ Para el caso peruano, el desarrollo de la Constitución solo puede provenir por Ley. Así dice la Octava disposición final y transitoria de la Constitución: "Las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional".

2. Sobre la validez material

A. El indulto como decisión del máximo grado de discrecionalidad

Corresponde ahora evaluar su validez material. Como fue arriba apuntado, la validez material de una decisión como el indulto, dependerá de su ajustamiento al contenido material de la Constitución, es decir, a los derechos fundamentales y a los valores constitucionales.

La atribución presidencial de otorgar indultos (y otras gracias) se encuentra recogido en el artículo 118.21 de la Constitución, como ya fue apuntado antes. El ejercicio regular de esta atribución reclama márgenes de discrecionalidad porque es una decisión de naturaleza predominantemente política adoptada por el órgano político por excelencia que es el Presidente del Ejecutivo en su papel de Gobernante de la comunidad política. El Tribunal Constitucional peruano, ha definido la discrecionalidad política como la libertad para

“la determinación de la dirección y marcha del Estado. Por ende, tiene que ver con las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental. Para tal efecto, define las prioridades en lo relativo a políticas gubernamentales y al ejercicio de las competencias de naturaleza política”¹¹.

E inmediatamente después ha sostenido que

“Dicha discrecionalidad opera en el campo de la denominada cuestión política; por ello, se muestra dotada del mayor grado de (...) libertad para decidir. Es usual que ésta opere en asuntos vinculados con (...) la concesión de indultos (...)”¹².

Si nos preguntásemos por aquello que define la esencia de la decisión discrecional, tendremos que admitir, en primer lugar que discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad, es decir, la decisión discrecional (como toda decisión que quiera ser tenida como jurídica), debe estar sostenida en razones. En segundo lugar, una decisión discrecional es aquella decisión no reglada respecto de la cual puede ser dicho que quien la adopta tiene un amplio margen de acción jurídica y/o política, porque “los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo”¹³.

¹¹ EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, fundamento 9.

¹² EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, fundamento 9.

¹³ EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, fundamento 8.

Una decisión discrecional se adopta con base en criterios distintos a aquellos que animan una decisión reglada. Tiene dicho el Tribunal Constitucional peruano de las decisiones discrecionales que

“tiene[n] su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal”¹⁴.

Bien vistas las cosas, el Gobernante, particularmente -no exclusivamente- el Presidente de la República, necesita de márgenes de acción propios que le permita adoptar medidas sobre la base de criterios de conveniencia, necesidad u oportunidad, que son criterios estrictamente políticos y jurídicamente abiertos. Tales márgenes pueden tener intensidades distintas según el ámbito de libertad para decidir. A la decisión de indultar, ¿qué grado de discrecionalidad se le debe reconocer? Esta pregunta ha sido respondida por el Tribunal Constitucional peruano en los términos siguientes:

“El indulto es una facultad del Presidente de la República reconocida en el artículo 118,21 de la Constitución Política (...). Se trata (...) de una facultad presidencial revestida del máximo grado de discrecionalidad”¹⁵.

Cuando se trata de un acto o decisión del máximo grado de discrecionalidad, en palabras del Tribunal Constitucional peruano, el margen de acción “para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente”¹⁶. La decisión de máxima discrecionalidad, también ha dicho el mencionado Tribunal Constitucional, “en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional”¹⁷.

De modo que puede ser concluido que la decisión de indultar al expresidente Alberto Fujimori es una decisión política del máximo grado de discrecionalidad. Siendo así, y siendo también que la decisión de indultar está sujeta a control de validez jurídica, tal y como fue antes justificado, lo que corresponde indagar es cómo se puede controlar la validez jurídica de un acto o decisión del máximo grado de discrecionalidad.

¹⁴ EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, fundamento 9.

¹⁵ EXP. N.º 03660-2010-PHC/TC, fundamento 3.

¹⁶ EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, fundamento 9.

¹⁷ EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, fundamento 9.

B. El control de validez jurídica de las decisiones de máximo grado de discrecionalidad

Las decisiones pueden ser divididas en decisiones razonables y decisiones arbitrarias. Las decisiones razonables son aquellas que expresan o respecto de las cuales pueden ser dadas razones correctas; mientras que las segundas son aquellas que no expresan o respecto de las cuales no puede ser dada ninguna razón correcta. Las decisiones discrecionales son decisiones razonables, han de serlo si pretenden validez y eficacia, de modo que independientemente del grado de libertad para decidir, deben existir razones que las justifiquen.

Interesa analizar las decisiones razonables, las decisiones arbitrarias siempre son decisiones jurídicamente inválidas, que así deben ser declaradas por el órgano encargado de controlar su validez jurídica. El control de validez de una decisión consistirá en controlar las razones que la sostienen. Pero, ¿qué significa controlar las razones? Significará controlar su corrección. En la medida que las razones pueden ser correctas o incorrectas, se podrá sostener que a razones correctas le seguirán decisiones válidas; y a razones incorrectas le seguirán decisiones inválidas. A diferencia de la validez, la cual no admite grados (algo es válido o inválido, no puede ser débilmente válido o intensamente inválido), la corrección es un atributo que admite medidas distintas. Una razón puede ser más o puede ser menos correcta, de modo que de una tal razón pueda ser reconocido que es una razón fuerte o una razón débil.

Normalmente el control de la validez jurídica de una decisión exige examinar el grado de corrección de las razones que la sostienen. De modo que una razón será tomada como incorrecta si es posible oponerle una razón que desnude su incorrección; o una razón podrá ser tomada como débilmente correcta cuando sea posible oponerle una razón con mayor corrección. Así, una decisión será inválida si es que se sostiene sobre razones incorrectas, o sobre razones débilmente correctas, y por eso derrotables. Este es el modo cómo se controlará la validez jurídica de las decisiones regladas.

Pero este modo de control no se ajusta a la definición de acto o decisión discrecional y menos aún a la de máximo grado de discrecionalidad: un acto discrecional reclama de razones correctas para no ser arbitrario, pero no reclama de razones con el máximo grado de corrección posible, pues el acto discrecional está guiado también -y acaso preponderantemente- por criterios de conveniencia, oportunidad o utilidad, porque en esencia son actos políticos del Gobernante.

75

Esto obliga a sostener que el control de validez jurídica de las decisiones discrecionales exige examinar no el grado de corrección de las razones que la sostienen, sino su existencia. De modo que la decisión discrecional será inválida únicamente si es posible sostener de ella que es manifiestamente irrazonable, es decir, solamente si no es posible sostener ninguna razón a favor de su validez. Si este fuese el caso, significará que la decisión discrecional es una decisión arbitraria.

3. El control de validez jurídica sobre la decisión de indultar al expresidente Alberto Fujimori

A. El estándar mínimo de motivación: la existencia de alguna razón con algún grado de corrección

Este es el control de validez jurídica que deberá recaer sobre la decisión presidencial de indultar al expresidente Alberto Fujimori, porque es la que se condice con su naturaleza discrecional, y además de máximo grado. El controlador de la validez -que, como se justificó arriba, primero debe ser el controlador nacional a través del control de constitucionalidad (de cuyo parámetro también forma parte el derecho convencional); y luego la Corte IDH a través del control de convencionalidad- no debe preguntarse si el indulto se sostiene en las mejores razones o en las razones con el máximo grado de corrección, sino que deberá preguntarse si el indulto se sostiene al menos en razones con algún grado de corrección que impida tener al indulto como una decisión arbitraria.

A este modo de entender el control de validez jurídica de la decisión de indultar es al que se refiere el Tribunal Constitucional peruano cuando manifestó que

“resulta exigible **un estándar mínimo de motivación** que garantice que éste no se haya llevado a cabo con arbitrariedad”¹⁸.

Esto es decisivo: el indulto solo será materialmente inválido si es que puede ser sostenido de él que es arbitrario, es decir, que no permite formular al menos alguna razón con algún grado de corrección a su favor, es decir, que es manifiestamente irrazonable. Si presenta un “mínimo de motivación”, de modo que de la decisión de indultar pueda ser sostenida alguna razón con algún grado de corrección, entonces, tal motivación será suficiente para tener al indulto como una decisión jurídicamente válida.

¹⁸ EXP. N.º 03660-2010-PHC/TC, fundamento 9. La negrita de la letra es añadida.

Otro modo de decir esto mismo es el siguiente. Si la decisión de indultar al expresidente Alberto Fujimori se sostiene en alguna razón con algún grado de corrección, entonces podrá ser dicho que el Presidente de la República del Perú ha ejercido razonablemente su atribución de conceder indultos. Será, desde el punto de vista constitucional, un ejercicio válido. Si, por el contrario, la decisión de indultar al expresidente Alberto Fujimori no se sostiene en ninguna razón con ningún grado de corrección, entonces podrá ser dicho que el Presidente de la República del Perú ha ejercido extralimitadamente su atribución de conceder indultos. Será, desde el punto de vista constitucional, un ejercicio inválido.

El ejercicio razonable y constitucionalmente válido de una atribución no estará en condiciones jurídicas de agredir el contenido constitucional de ningún derecho fundamental. Digámoslo de esta manera: los derechos fundamentales tienen un límite en el ejercicio razonable de una atribución discrecional y además de máximo grado como es la decisión de indultar. No puede ser invocado ningún derecho fundamental para impedir el ejercicio razonable de una atribución discrecional. Si se invocase, tal invocación lo que significará es la pretensión del ejercicio extralimitado de un derecho fundamental.

Esto que vale para todos los derechos fundamentales, vale especialmente para el derecho fundamental a la verdad. El contenido esencial o constitucional de este derecho, da derecho a las víctimas (la víctima propiamente dicha, sus familiares y la sociedad en su conjunto) de graves violaciones de derechos humanos, a que se investiguen los hechos, se individualicen responsabilidades, y se sancione a los responsables de haber cometido graves violaciones de derechos humanos¹⁹. Pues bien, este derecho fundamental no da derecho a impedir el ejercicio razonable de la atribución presidencial de otorgar indultos. Si invocando el derecho a la verdad un Tribunal nacional o la propia Corte IDH, invalidase el ejercicio razonable de la atribución de otorgar indultos, no solo se estaría incurriendo en inconstitucionalidad o en inconvencionalidad (respectivamente), sino que se estaría destruyendo la institucionalidad del Estado peruano.

Los controladores de la validez jurídica, se ha de insistir, primero los Tribunales nacionales y luego la Corte IDH, deberán determinar si el indulto al expresidente Fujimori se sostiene en alguna razón con alguna corrección. Si la respuesta es negativa, deberán invalidarlo; pero si la respuesta es positiva, deberán mantener su vigencia y consecuente eficacia. Esta es la manera cómo el control de validez jurídica se realiza con respeto a la naturaleza discrecional de la decisión presidencial de indultar.

¹⁹ Cfr. Luis Castillo Córdova and Susana Mosquera Monelos, "A Case-Law Study of the Truth as Human Right", en *Global Juris* número 16, De Gruyter, febrero 2016, ps. 101-125.

B. ¿Existe alguna razón con algún grado de corrección en la decisión de indultar al expresidente Alberto Fujimori

El siguiente paso, además inevitable, es preguntare si la decisión del Presidente peruano Pedro P. Kuczynski de indultar al expresidente Alberto Fujimori, es una decisión de la que debe ser reconocida o no validez jurídica (constitucional y convencional), porque de ella puede ser sostenido o no alguna razón con algún grado de corrección. De la parte de la Resolución Suprema 0281-2017-JUS en la que se contienen los considerandos (en particular a partir del quinto considerando), puede ser concluido que no es posible sostener que la decisión de indultar al expresidente Alberto Fujimori sea una decisión sin ninguna razón con algún grado de corrección, es decir, no puede ser sostenido que es una decisión arbitraria por manifiestamente irrazonable. Esta conclusión, sin embargo, puede ser distinta, si las razones expresadas en los considerandos de la referida Resolución, resultan inexistentes o aparentes una vez examinado el expediente administrativo del caso (Expediente N° 00235-2017-JUS/CGP). Este expediente no ha sido divulgado a la opinión pública peruana, aunque sí alcanzado a la Corte IDH.

Si se concluyese que el Presidente peruano Pedro P. Kuczynski ha desenvuelto de un modo razonable y por ello de un modo jurídicamente (constitucionalmente) válido su atribución de otorgar indultos; entonces no podrá ser sostenido que tal indulto vulnera el contenido esencial o constitucional de algún derecho fundamental como el derecho a la verdad. En particular, no podrá ser sostenido que esta decisión de indultar acarea impunidad. De igual manera, si se concluyese que la referida decisión de indultar no es arbitraria porque se sostiene al menos en alguna razón con algún grado de corrección, entonces, poco importa que el indulto haya sido o no consecuencia de un acuerdo político para evitar la vacancia presidencial del Sr. Pedro P. Kuczynski. Este acuerdo político, de existir, no anula por sí mismo la validez del indulto que es una decisión esencialmente política.

Todo control que sobre la validez jurídica material de la decisión de indultar al expresidente Alberto Fujimori se realice, deberá hacerse con respeto a la naturaleza discrecional de la decisión presidencial, la cual exige que se la invalide solo si es arbitraria, es decir, únicamente si no existe a su favor ninguna razón con algún grado de corrección. Si alguna razón existiese, sea cual fuese su grado de corrección, el controlador (de la constitucionalidad y/o de la convencional) deberá declarar su validez jurídica.

En este contexto, la Corte IDH está obligada a reconocer la validez de las decisiones políticas que se adoptan en el ejercicio razonable de una atribución presidencial discrecional. Dicho de otro modo, está obligada a reconocer el margen de apreciación interna que es predicable no solo de los Jueces, sino de todas las autoridades nacionales que deciden dentro del ámbito de sus competencias en aplicación del derecho constitucional interno. Dejar sin efecto una decisión válida adoptada por el Presidente de la República como máxima Magistratura del País, en ejercicio razonable de una atribución reconocida constitucionalmente, significaría una insoportable extralimitación de las funciones contenciosas atribuidas al mencionado Tribunal internacional. La única alternativa de hacerlo válidamente sería si pudiesen ser dadas razones para concluir, en este caso, que el artículo 118.21 de la Constitución peruana es inconvencional, alternativa altamente improbable.

III. REFLEXIONES FINALES

La Corte IDH está llamada a prestar un papel de ayuda notable a los Estados para que efectivamente los poderes públicos estatales dirijan sus actuaciones y decisiones a favorecer la plena vigencia de los derechos humanos de todas las Personas, porque es la manera jurídica de conseguir la plena realización de todas ellas. Históricamente la Corte IDH ha cumplido con este encargo, en particular, cuando el gobierno de un concreto Estado era dictatorial.

Este afán de servicio, por desgracia en no pocas ocasiones, ha llevado a la Corte IDH a ir más allá de lo que le está encomendado por la CADH, y con ello a incurrir en rechazables inconvencionalidades; muchas veces ayudada por la inercia o por la deficiente defensa de los Estados, habrá que reconocer. Lo cierto es que hoy, y no solo en el Perú, son cada vez más las voces que pedimos a los concretos y circunstanciales miembros de la Corte IDH que no destruyan la Corte IDH. No solo porque no les pertenece, sino -y especialmente- porque destruida se impedirá que brinde la ayuda complementaria y beneficiosa que ha demostrado puede ofrecer a los Estados latinoamericanos en el propósito de promover la plena realización de las Personas.

Y especialmente conviene recordar que la Corte IDH debe de respetar la institucionalidad de los Estados. Este deber se concreta a su vez en otras dos obligaciones. La primera es la exigencia de ceñirse estricta y responsablemente a la ordenada intervención complementaria y subsidiaria que la CADH prevé, y que los Estados se han comprometido aceptar. Ni la CADH lo permite, ni los Estados lo han suscrito, que la Corte IDH sustituya a los poderes públicos nacionales como primeros órganos de protección y promoción de los derechos humanos. Hacerlo no solo daña y desprestigia a la Corte IDH misma, sino que no ayuda a construir y cuando no destruye la institucionalidad de los Estados, precaria en casos como el Perú.

La segunda obligación que concreta este deber de respeto es el no sustituir a los poderes públicos nacionales a la hora que éstos deban adoptar alguna decisión discrecional. Y esta sustitución ocurrirá cuando la Corte IDH invalide decisiones discrecionales (con máximo grado de discrecionalidad o no) que han sido adoptadas en el ejercicio razonable de la atribución asignada, es decir, cuando sea posible reconocer alguna razón con algún grado de corrección en la toma de la decisión discrecional. Las decisiones discrecionales se sostienen en criterios de conveniencia, oportunidad y utilidad, predicados del concreto bien común estatal. Y decidir sobre este asunto solo le compete al Gobernante de un Estado, al cual quien las elecciones libres y universales le ha atribuido ese poder de decisión.

La Corte IDH enfrenta un caso en el que, sin renunciar a la protección de las Personas a través de la protección de sus derechos humanos, le está reclamado, también moralmente, ir con mucha prudencia. Está en juego otros bienes jurídicos y políticos que merecen también respeto. No hacerlo podría menoscabar la institucionalidad del Estado peruano o, en el peor de los casos, no hacerlo podría significar que la Corte IDH se sustituye en la posición del Presidente de la República del Perú. Si esto ocurriese, no cabe duda que también perdería, y mucho, la propia Corte IDH.

5
H

Piura, 2 de marzo de 2018

Señor

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

Corte Interamericana de Derechos Humanos

San José, Costa Rica

Presente

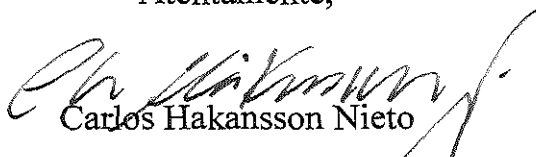
De mi mayor consideración:

Me dirijo con respeto a su ilustre Corte de conformidad con lo previsto en el artículo 41 de su reglamento, para presentar un escrito de *amicus curiae* en el marco de revisión de la sentencia recaída en los casos La Cantuta y Barrios Altos en contra del Estado peruano.

La dirección y correo electrónico donde se tendrán por recibidas oficialmente las comunicaciones y notificaciones que la Corte envíe son las siguientes: avenida Ramón Mugica 131. Urbanización San Eduardo. Piura. Perú; correo electrónico:

Aprovecho la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi mayor estima personal.

Atentamente,



Carlos Hakansson Nieto

Profesor de Derecho Constitucional

De: Dr. Carlos Hakansson (Profesor de Derecho Constitucional)

A: Dr. Pablo Saavedra Alessandri (Secretario. CIDH)

Asunto: *Amicus curiae* en el marco de revisión de la sentencia recaída en los casos La Cantuta y Barrios Altos en contra del Estado peruano.

Fecha: Viernes 2 de marzo de 2018

I.El interés personal para presentar un *amicus curiae* a la Corte.

El que suscribe el presente *amicus curiae* es profesor ordinario principal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (Perú), constitucionalista y, en mi calidad de docente e investigador¹, sigo con preocupación la evaluación de medidas provisionales que realiza la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al indulto concedido por el Jefe de Estado peruano al ex Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, el pasado 24 de diciembre de 2017; concretamente, si implica o no una afectación al cumplimiento de las sentencias recaídas en los casos La Cantuta y Barrios Altos en contra del Estado peruano. En ese sentido, estimo necesario acudir, en calidad de amigo de la Corte, para transmitir unos argumentos de hecho y derecho, solicitando sean considerados al momento de emitir su resolución.

II.El perdón también es justicia.

La comunidad política no hubiera pervivido hasta ahora sin reconocer el perdón, un ejemplo reciente de lo anterior, en el ámbito latinoamericano, lo constituye Colombia, pues ¿hubiera sido posible alcanzar la paz en ese país,

¹Doctor en Derecho (Universidad de Navarra), Profesor de Derecho Constitucional e Integración (Universidad de Piura), Titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea).

sin las amnistías otorgadas a algunos miembros de las F.A.R.C a pesar de la gravedad de los delitos que cometieron? Otro ejemplo, fuera de nuestro ámbito geográfico, pero sin ir muy atrás en la historia, lo constituye Sudáfrica, pues ¿hubiera sido posible alcanzar la paz en ese país, sin las amnistías otorgadas a aquellos perpetradores del *apartheid* que, a cambio, confesaron públicamente sus crímenes?

Debido a lo anterior, dentro del Sistema Universal, los indultos no están prohibidos. Así tenemos que el artículo 28 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (creado en 1991) establece que “[s]i conforme a la legislación aplicable del Estado o en que la persona condenada está cumpliendo la pena de prisión, **ésta tiene derecho a solicitar un indulto** o la conmutación de la pena, el Estado interesado lo notificará al Tribunal Internacional”². Igual redacción contiene el artículo 27 del Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda (creado en 1994)³ y el artículo 30 del Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano (creado el 2007)⁴ (negritas agregadas).

En el sistema regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su sentencia emitida en el *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, que “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

²En: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>, revisada el 27 de febrero de 2018.

³En: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>, revisada el 27 de febrero de 2018.

⁴En: <http://constitucionweb.blogspot.pe/2010/01/estatuto-del-tribunal-especial-para-el.html>, revisada el 27 de febrero de 2018.

forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"⁵; *contrario sensu*, si las concesiones de amnistía, prescripción o excluyentes de responsabilidad, no tienen como fin impedir la investigación y sanción a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos, no habría razón para denegarlas (negritas agregadas).

Incluso puede suceder que el cumplimiento de la sentencia del condenado, en determinadas circunstancias, como por ejemplo el padecimiento de una enfermedad grave, ya no se trate de una búsqueda de la justicia, sino de privilegiar la seguridad jurídica a pesar de la extrema injusticia que ello conlleva. Al respecto, Gustav Radbruch argumentó que "[e]l conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, **a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto' ante la justicia.** Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica"⁶.

⁵Corte interamericana de Derechos humanos, *Caso Barrios vs. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo), Fundamento 41.

⁶RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*, Trad: Luis Villar Borda, Temis, Bogotá, 1992, p. 35.

Esa cita se convirtió en un imperativo dentro del pensamiento jurídico universal, tanto así que en 1996 el Tribunal Constitucional Federal de Alemania la recoge para resolver el emblemático caso de “Los Guardianes del Muro”⁷; la cual Robert Alexy reformula del modo siguiente: “la extrema injusticia no es Derecho”⁸. Con lo cual, si en aras de la seguridad jurídica, se mantiene en estricto el cumplimiento de la sentencia, a pesar de que ese cumplimiento puede ocasionar que el condenado muera en la cárcel, no habría razón jurídica para persistir en ello.

En el presente caso, es cierto que el Señor Alberto Fujimori fue condenado por crímenes que cometió durante su período como presidente de la república, período que representó una lucha fratricida entre peruanos, pero en la actualidad se trata de una persona mayor de edad y con delicada salud; por ende, estuvo políticamente justificado que el actual Presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynsky, en uso de sus atribuciones constitucionales⁹, le otorgara el indulto; además, al Señor Alberto Fujimori Fujimori, vía un debido proceso, se le extraditó, procesó y condenó, por lo que no puede afirmarse que con el indulto se ha impedido que se le investigue, procese y condene por los delitos que cometió, más aún cuando ha purgado casi diez (10) años de condena.

44 Por otro lado, como está consignado en la Resolución Suprema N° 281-2017-JUS¹⁰, el Señor Alberto Fujimori Fujimori padece enfermedades graves que hacían muy posible que muriera en prisión, lo cual hubiera

⁷VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es Derecho*, p. 94. En: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/investigacionesjurisprudenciales/documentos/guardianes-del-muro.pdf>, revisada el 26 de febrero de 2018.

⁸ALEXY, Robert. *Una defensa de la fórmula de Radbruch*. En: “Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N° 5, 2001, p. 76.

⁹Constitución Política del Perú, artículo 118, inciso 21: “Corresponde al Presidente de la República (...) Conceder indultos y conmutar penas”.

¹⁰Publicada en el diario oficial El Peruano, el 24 de diciembre de 2017.

constituido una injusticia extrema que no podía permitirse; por tanto, estuvo también jurídicamente justificado el indulto que se le otorgó.

Para mayor abundamiento, en la fórmula de Radbruch (explicada *supra*) se indica que el núcleo de la justicia es la igualdad, y que su negación consciente implicaría una injusticia extrema; por eso, téngase presente que en otros casos, como el del Señor Gerardo Saravia López de Castilla, ciudadano peruano condenado por terrorismo que, debido a la diabetes que padecía, se le concedió el indulto humanitario mediante Resolución Suprema N° 268-2001-JUS¹¹, pues se entendió que aquél, a pesar de la atrocidad del delito por el cual se le condenó, no pierde su condición de persona humana, y el Estado peruano, como representante de la fuerza legítima de la sociedad, no podía pagar con la misma moneda. De manera análoga al caso anterior, si el Señor Alberto Fujimori se encontraba padeciendo de graves enfermedades, hubiera constituido una injusticia extrema mantenerlo en un centro penitenciario en ese estado, por lo que la única solución justa era tratarlo igual a como se había tratado a quienes se encontraron en la misma situación; es decir, otorgarle el indulto por razones humanitarias.

III. La naturaleza de la institución indulto presidencial.

La institución del indulto es de origen monárquico, discrecional, de contenido político y efectos jurídicos. El jefe de estado, que tiene la función de personificar a la nación y preservar la unidad del país, goza de esta atribución, exclusiva y discrecional, cuando prudencialmente la considere

¹¹Publicada en el diario oficial El Peruano, el 06 de julio de 2001.

oportuna, para recurrir a ella políticamente y perdonar una condena a prisión otorgando la inmediata libertad.

La aparición y difusión de las constituciones en las repúblicas democráticas conservaron el indulto, tanto en los parlamentarismos como presidencialismos, pues, ante las diversas circunstancias políticas que pudiesen presentarse, consideraron que se trataba de una institución necesaria para ser utilizada en situaciones excepcionales en la historia de una nación, especialmente cuando se trata de conservar su unidad. Se trata de una institución preservada para ponerle fin a determinados episodios históricos y coadyuvar en la cura de las heridas producidas en el tejido social de una comunidad política. Por eso, el jefe del estado deberá decidir con prudencia si con ese fin ejercerá, o no, su facultad de perdón teniendo en cuenta los intereses de la nación en el tiempo.

44 El indulto por su naturaleza es siempre de contenido político, a pesar de poder ser aplicado por razones humanitarias en consideración a un sentenciado que purga condena por su delicado estado salud. A diferencia de la amnistía, el indulto supone el perdón de la pena y es necesaria una sentencia firme, por eso no debe concebirse como una intromisión a la administración de justicia y las víctimas, pues no afecta el debido proceso ni el contenido a los derechos fundamentales. Se trata de una institución aplicada, excepcionalmente, a sentenciados que cumplen condena efectiva y que fueron juzgados bajo las reglas del debido proceso en un estado de derecho¹²; con lo cual el derecho de las víctimas en sus legítimas exigencias de justicia ha sido resuelto por el estado.

¹²En 1998, el Presidente del Gobierno español, José María Aznar, indultó a José Barrionuevo y Rafael Vera, políticos socialistas del PSOE condenados a prisión por el caso GAL, Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL) que fueron agrupaciones parapoliciales que practicaron terrorismo de Estado contra la organización terrorista Euskadi Ta Askatasuna (ETA).

En lo tocante al tratamiento de su naturaleza jurídica, una vez concedido, dictado y publicado en el diario oficial, el indulto produce unos efectos inmediatos para el beneficiado, 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.

4H Debe considerarse que la Constitución Peruana establece que “[c]orresponde al Presidente de la República (...) Dirigir la política general del Gobierno”¹³. Una potestad que no se le atribuye al Poder Legislativo, al Judicial ni a otro órgano constitucionalmente autónomo, sino sólo al Presidente de la República (para eso lo elige la Nación). Es claro que en un país como el nuestro, que ha sufrido una etapa de violencia fratricida, la pacificación y reconciliación entre ciudadanos se trata de un tema de pendiente solución en la agenda política de la presidencia de la República. En consecuencia, si además de las razones humanitarias, el Jefe de Estado peruano otorgó el indulto al Señor Alberto Fujimori, para cohesionar a una nación dividida políticamente, no puede afirmarse que carece de justificación.

¹³Véase el inciso 3, artículo 118, de la Constitución peruana de 1993.

IV. Sí cabe la renuncia al indulto por el beneficiario, pero no la revocación por su otorgante.

La calificación del indulto como derecho del beneficiario directo (el sentenciado que purga condena), 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 se posee previamente, por eso tampoco puede ser revocada por el concedente ya que el ordenamiento jurídico le debe garantizar su protección y defensa.

V. Las víctimas no son titulares de un derecho a la pena impuesta al condenado.

Las víctimas o perjudicados por un delito no son titulares de un derecho a la pena del culpable o responsable penalmente. En un estado constitucional de derecho, las víctimas tienen el derecho a la tutela judicial efectiva que manifiesta en un debido proceso con todas las garantías constitucionales¹⁴, pero no debe confundirse como un derecho de disposición de las víctimas sobre la pena impuesta, ni sobre su posible afectación ante el otorgamiento de una eventual gracia presidencial; en esos casos, las víctimas no pueden sentirse perjudicadas jurídicamente por la decisión presidencial de ejercer su atribución constitucional para indultar delitos y conmutar penas.

VI. La revisión del indulto en instancias supranacionales.

Con relación a las opiniones vertidas respecto a la posibilidad de revisar un indulto, el control constitucional permanente en un estado de derecho es

¹⁴Véase el artículo 139 de la Constitución peruana de 1993.

válido en la medida que se afecten las libertades y, en el caso del indulto, vemos que son promovidas por el perdón al cumplimiento completo de la condena; por otra parte, como acto presidencial discrecional, tampoco puede ser revocado en instancias nacionales por mandato constitucional; ni supranacionales, por respeto al principio internacional de no intervención en asuntos políticos internos. En concreto, el inciso (b), artículo (3) de la Carta de la OEA (1948) establece entre sus principios que: “[e]l orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”; con lo cual, en el marco de las competencias de la Corte al momento de resolver los casos que conoce, se circunscribe a la interpretación de los derechos reconocidos en la Convención americana y que sean fruto de la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, así como del contenido de los derechos fundamentales, obrando como su guardián oficial pero nunca para la intromisión sobre temas políticos internos de cada estado miembro; en consecuencia, las acciones y medidas adoptadas por los estados y las instituciones internacionales para lograr la efectiva protección a los derechos humanos se hace necesario aplicarlas en armonía con el principio de no intervención, evitando una posible oposición entre ambos propósitos¹⁵.

¹⁵Véase la tesis de grado para optar la maestría en relaciones internacionales de BERNAL TELLEZ, Carlos titulada: “el principio de no intervención en el sistema interamericano”, enfocado a los casos de Nicaragua (1978-1986) y Colombia-Ecuador (2008), Pontificia Universidad Javeriana, Julio, 2010, pp. 82-86. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/politica/tesis364.pdf>.

VII. La reciente declaración de improcedencia para declarar la nulidad del indulto.

La Corte Interamericana declaró recientemente la improcedencia del pedido para anular el derecho de gracia concedido al expresidente Alberto Fujimori por el caso de las supuestas ejecuciones extrajudiciales en el Penal Miguel Castro Castro (1992). Cabe añadir que Andrés Coello Cruz, representante de las víctimas, Madelein Escolástica Valle Rivera y Miguel Bobadilla Díaz, requirieron a su instancia supranacional “dejar sin efecto el derecho de gracia otorgado por el Presidente Pedro Pablo Kuczynski a Alberto Fujimori”, así como su retiro del pasaporte de tal modo que se impida su salida fuera del territorio nacional. Al respecto, la Corte determinó que no motivaron las tres condiciones exigidas para disponer medidas provisionales: gravedad “extrema”, carácter urgente ante un riesgo o amenaza inminente y probabilidad razonable de daños en bienes jurídicos no reparables, dado que se tratan de condiciones que no se afectan producto de la concesión del indulto humanitario.

VIII. Conclusión y petitorio.

44 Con base a los argumentos de hecho y derecho en el presente *amicus curiae*, consideramos que el indulto concedido a Alberto Fujimori Fujimori ha sido otorgado conforme a la atribución constitucional reconocida al Presidente de la República y que, de modo similar a la reciente resolución para el caso del Penal Miguel Castro Castro, se declare su improcedencia, pues, “(...) en cuanto a la gravedad, para efectos de la adopción de medidas provisionales, la Convención requiere que aquélla sea “extrema”, es decir,

que se encuentre en su grado más intenso o elevado. El carácter urgente implica que el riesgo o amenaza involucrados sean inminentes, lo cual requiere que la respuesta para remediarlos sea inmediata. Finalmente, en cuanto al daño, debe existir una probabilidad razonable de que se materialice y no debe recaer en bienes o intereses jurídicos que puedan ser reparables”¹⁶. En tal sentido, se solicita a su ilustre Corte la valoración del presente *amicus curiae*.

En la ciudad de Piura, Perú, con fecha 2 de marzo de 2018.


Carlos Hakansson Nieto
Profesor de Derecho Constitucional

¹⁶Véase la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitud de medidas provisionales, del 5 de febrero de 2018, p. 4; véase además el artículo 63.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.