

I. El ordenamiento peruano reconoce un sistema mixto de control de constitucionalidad: el concentrado y el difuso. A través del último se concede a los órganos revestidos de potestad jurisdiccional, la facultad para revisar la constitucionalidad de las normas.

II. El control de convencionalidad jurisdiccional es excepcional como incidente autónomo en la etapa de ejecución de sentencia, en caso de indultos humanitarios, cuando los delitos objeto de condena fueron calificados como crímenes contra la humanidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sumilla.

A. Vigente en el Perú el sistema mixto de control de constitucionalidad –concentrado y difuso–, todos los jueces tienen la obligación de efectuar un control de convencionalidad, que es complementario al primero. B. La ratificación por el Estado Peruano de la Convención Americana de Derechos Humanos, obliga a los jueces a velar por el cumplimiento de sus estándares jurisprudenciales. C. Por tal razón, ante un beneficio, como el indulto en el caso de delitos calificados por la Corte IDH como crímenes contra la humanidad, con que se pudiera contravenir el derecho de las víctimas al acceso a la justicia, los jueces de la etapa de ejecución se encuentran en el deber de controlar la convencionalidad de tal decisión. D. Por tanto, en materia de indultos y en particular en esta clase de delitos, la vía directamente constitucional y excepcionalmente la ordinaria en incidente de control de convencionalidad, como igualmente satisfactoria, están habilitadas para pronunciarse sobre los obstáculos al cumplimiento de las penas.

RESOLUCIÓN N.º 46

Lima, trece de febrero de dos mil diecinueve

VISTOS Y OÍDOS: Los alegatos en audiencia pública, el recurso de apelación escrito formulado por un defensor del sentenciado y sostenido oralmente por otro señor abogado

del condenado don Alberto Fujimori Fujimori o don Kenya Fujimori¹, con los recaudos adjuntos y las puntualizaciones efectuadas en audiencia pública.

Interviene como ponente en la decisión el señor Salas Arenas, juez de la Corte Suprema, integrante de la Sala Penal Especial.

PRIMERO. DECISIÓN CUESTIONADA

Es materia de grado la resolución número diez, de tres de octubre de dos mil dieciocho², emitida por el señor Juez del Juzgado Penal Supremo (que simultáneamente desempeña las funciones de Investigación Preparatoria), en que se declaró:

- a) Carece de efectos jurídicos, para la ejecución de sentencia, la Resolución Suprema N.º 281-2017-JUS, de veinticuatro de diciembre de dos mil diecisiete, que concedió, entre otros aspectos, el indulto por razones humanitarias al sentenciado don Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori.
- b) Fundado el pedido de la parte civil de no aplicación de indulto por razones humanitarias a favor del mencionado condenado.
- c) Infundadas las observaciones efectuadas por la defensa técnica del sentenciado.
- d) Se continúe con la ejecución de sentencia en los términos que fue impuesta, en todos sus extremos.
- e) Se giraron las órdenes de ubicación y captura contra el indicado sentenciado a fin de que sea reingresado al establecimiento penal que designe la autoridad penitenciaria.

¹ Cfr. folios mil dieciséis a mil cincuenta y cinco y mil ciento cuarenta ocho a mil ciento sesenta y tres.

² Cfr. folios setecientos veinticuatro a novecientos cuarenta y cinco.

SEGUNDO. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN APELADA³

2.1. En cuanto a la competencia del Juzgado, se señaló textualmente:

65. Este proceso se encuentra en la etapa de ejecución de sentencia condenatoria con calidad de cosa juzgada, la misma que debe cumplirse en todos sus extremos –tanto el extremo punitivo como el objeto civil, además de las consecuencias accesorias–. La competencia, en esta etapa procesal es del Juez Penal que tuvo a su cargo la Instrucción –conforme a las normas del Código de Procedimientos Penales de 1940– [...].

88. Siendo así, en el Perú, en el que existe un sistema mixto de control de constitucionalidad –difuso y concentrado–, todos los jueces que administran justicia, tienen la obligación de efectuar un control de convencionalidad, que es complementario del control constitucional –previsto en el artículo 138 de la Constitución Política del Perú– [...].

100. En el caso concreto, el Presidente de la República del Perú –en ese entonces Pedro Pablo Kuczynski Godard– concedió indulto por razones humanitarias, mediante Resolución Suprema N.º 281-2017-JUS, de 24 de diciembre de 2017; el mismo que constituiría una causal de extinción de la ejecución de la pena –como afirma la defensa–; sin embargo, es precisamente –dicho indulto– el que es materia del presente pronunciamiento judicial, para determinar si surte efectos o no en la ejecución de la sentencia condenatoria con calidad de cosa juzgada; es decir, no se puede considerar extinguida la ejecución penal sobre la base de un acto administrativo que ha sido cuestionado y está analizándose en cuanto a su compatibilidad con la Constitución y los Tratados internacionales.

101. Más aún, si el indulto a diferencia de la amnistía, deja intacta la reparación civil fijada a favor de las víctimas [...].

103. Respecto a lo alegado por la defensa técnica del sentenciado Fujimori Fujimori, es del caso advertir que, si bien, la CORTE IDH hace referencia textual a la "jurisdicción constitucional", dicha disposición, debe interpretarse sobre la base de todos los fundamentos de la resolución y no aisladamente. Para estos efectos, nos remitimos al párrafo 59, de la resolución de 30 de mayo de 2018, en el que se establece: "(...) la misma podría ser objeto de tal control en la jurisdicción penal o la constitucional, respectivamente, según si el beneficiado se encontraba imputado en un proceso penal en trámite o cumpliendo una condena penal".

104. En efecto, según lo citado en el párrafo anterior, el control de convencionalidad, puede ser efectuado tanto por un Juez Penal como por un Juez Constitucional, teniendo en cuenta que todos los Jueces, tienen el deber de preferir una norma constitucional ante cualquier otra norma [...].


105. [...] En este caso, tal como se expuso líneas arriba, este órgano jurisdiccional tiene plena competencia por tratarse de un caso penal que se encuentra en ejecución de sentencia [...].

2.2. Respecto al conflicto planteado, fundó su decisión en lo siguiente:


2.2.1. El procedimiento administrativo por el que se otorgó el indulto por razones humanitarias fue irregular:

³ Idem.

2.2.1.1. La Junta Médica que evaluó al citado sentenciado vulneró los principios de imparcialidad y debido procedimiento, puesto que uno de sus miembros, el señor Juan Postigo Díaz, fue médico tratante del sentenciado.



2.2.1.2. El Informe y Protocolo Médico practicados al sentenciado, fueron realizados en trasgresión al debido procedimiento, ya que no se cumplió con lo establecido en el numeral 5.3. de la Directiva denominada Gracias Presidenciales por razones humanitarias, que establece que la evaluación puede ser efectuada en orden de prelación por personal de salud del establecimiento penitenciario o personal de salud de otros establecimientos penitenciarios o, por último, personal de salud en establecimientos de salud. En el presente caso de manera directa la evaluación la realizó la gastroenteróloga particular doña Mariluz Suárez Mayuri, quien no superaría los estándares mínimos para evaluar y emitir opinión sobre la salud del sentenciado al no poseer la especialidad de cardiología.



2.2.1.3. Se advirtieron marcadas diferencias e incongruencias entre el Acta de la Junta Médica Penitenciaria y la ampliación del Acta de la Junta Médica Penitenciaria, del diecisiete y diecinueve de diciembre del dos mil diecisiete, respectivamente; puesto que en esta última Acta se consignaron datos que revelaron un agravamiento en la salud del sentenciado, lo que resulta llamativo que en dos días este haya empeorado y que no haya sido advertido en la primera evaluación; aunado a ello se advierten otras irregularidades:

a. No obra en autos algún documento donde conste la solicitud e intervención del Director del Establecimiento Penitenciario Barbadillo, para que se vuelva a evaluar al sentenciado conforme está

establecido en la Resolución Directoral N.º 020-2017, de cinco de diciembre del mismo año.

b. No obra en autos algún documento con el cual se hubiera anexado el acta ampliatoria al expediente de solicitud de indulto humanitario cuando se encontraba en el Ministerio de Justicia.

c. La Junta Médica sobrepasó (excedió) sus funciones al recomendar que se otorgue el indulto por razones humanitarias al sentenciado, en tanto no es una facultad establecida en los numerales 5.4.1. y 5.4.2. de la Directiva Administrativa N.º 001-2017-DGOS/MINSA, del cinco de diciembre de dos mil diecisiete.

2.2.1.4. El Informe Social N.º 01-2017-INPE/18-239-SS, de cuatro de diciembre de dos mil diecisiete, presenta los siguientes vicios:


a. No cuenta con sustento científico.

b. El Asistente Social que elaboró el informe opinó acerca de la situación clínica del sentenciado para lo cual no está facultado.


c. El informe fue emitido antes de que el sentenciado solicite el indulto.

2.2.1.5. La comisión de gracias presidenciales otorgó el indulto el veinticuatro de diciembre de dos mil diecisiete, sin contar con la información respecto a la enfermedad neoplásica que padecía, lo cual se insertó al expediente administrativo recién el veintiséis de diciembre, mediante oficio N.º 1413-2017-J/INEN.

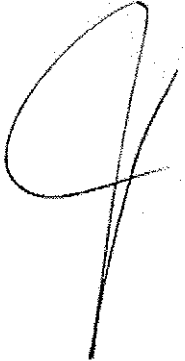
2.2.1.6. Después de recibir la referida información, la Comisión no se constituyó en el Establecimiento Penitenciario a fin de constatar sobre el auténtico estado de salud del sentenciado, lo que vulnera el principio de verdad material.



2.2.1.7. Existen dudas sobre el real estado de salud del sentenciado, dado que a fines de agosto (de dos mil diecisiete) solicitó permiso a la Sala Penal Nacional, que juzga el caso Pativilca, para desplazarse hacia la Reserva Nacional de Calipuy, ubicada en Santiago de Chuco, en la Libertad, lugar que se encuentra entre 3450 y 4300 metros sobre el nivel del mar y a seis horas en automóvil de la ciudad de Trujillo.



2.2.1.8. La solicitud del indulto se tramitó en trece días, es decir de manera rápida en contraste con el tiempo que ordinariamente demora en tratar este tipo de solicitudes en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.




2.2.2. La Resolución Suprema N.º 281-2017-JUS, careció de correcta motivación por cuanto:


2.2.2.1. Aunque en ella se hizo alusión a que el sentenciado padece de una enfermedad no terminal grave, no se justificó que se tratara de un caso que fuera extremo o hubiera una necesidad imperiosa; tampoco se sustentó que se hubieran agotado todos los medios para el tratamiento oportuno del sentenciado en el establecimiento penitenciario, en el cual se adoptaron mecanismos jurídicos y logísticos para su atención.

2.2.2.2. No se observó el derecho de acceso a la justicia de las víctimas (en este caso de los parientes de las víctimas directas de las graves violaciones de derechos humanos).

2.2.2.3. No se explicó cómo es que las condiciones carcelarias en las que se encontraba el sentenciado, colocaban en grave riesgo la vida, salud e integridad del sentenciado.



2.2.2.4. No se hizo alusión a los delitos cometidos por el sentenciado, considerados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como lesa humanidad, lo que demuestra que no se consideraron las obligaciones del Estado peruano establecidas en las sentencias emitidas por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Barrios Altos y la Cantuta.



2.2.3. Los delitos cometidos por el sentenciado fueron calificados de lesa humanidad, en cuyos casos no procede el indulto, así sea por razones humanitarias (tal gracia no está incluida en los Tratados o instrumentos internacionales ni en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano).

El otorgamiento del indulto no superó el test de proporcionalidad.

TERCERO. ALCANCE Y ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

La defensa técnica de Fujimori Fujimori planteó dos pretensiones:


3.1. Como pretensión principal: Se declare improcedente la solicitud de la parte civil sobre control de convencionalidad, por falta de competencia del Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

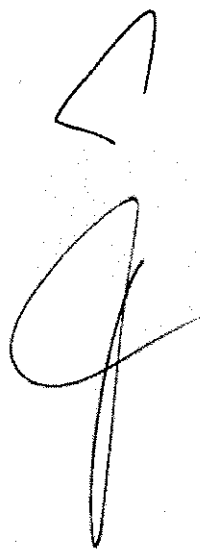
A) Fundamentos del recurso impugnatorio de cinco de octubre⁴

3.1.1. El señor Juez de primera instancia consideró erróneamente que la etapa de ejecución de sentencia se encontraba abierta, sin tomar

⁴ Ver folio mil dieciséis a mil cincuenta y cinco.

en cuenta que con el indulto humanitario se extinguió, por lo que se encontraba cerrada y no procedía ningún recurso.


3.1.2. Al no existir en el ordenamiento jurídico una norma que regule este incidente atípico, el Juez debió regirse bajo lo dispuesto en la resolución de treinta de mayo de dos mil dieciocho, que expidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que estableció que en el caso de los procesados beneficiados por gracias presidenciales era competente la jurisdicción penal, mientras que para los beneficiados por un indulto era competente la jurisdicción constitucional, por lo que se encontraba excluido el juzgado de instrucción.


3.1.3. Se partió de una premisa inválida al considerar que el indulto no surtió efectos, cuando el control de convencionalidad se planteó siete meses después, tiempo durante el cual se produjo la libertad del recurrente y se extinguió la ejecución de la pena, sin que mediara alguna otra acción que suspendiera dichos efectos.

3.1.4. La resolución impugnada, además, reveló un absoluto desconocimiento sobre la fase de la ejecución de la sentencia condenatoria, en tanto ésta se divide en dos extremos ejecutables de modo distinto, y por tanto susceptibles de ser afectados por actos judiciales o administrativos de modo diverso e independiente (ejecución de la pena y pago de la reparación civil) tal distinción está claramente establecida en el Código Penal.

3.1.5. El Juzgado debió declarar improcedente la solicitud de control de convencionalidad, al no tener la jurisdicción penal competencia

para pronunciarse, al tratarse de un proceso fenecido por haber precluido la etapa de ejecución; no resultaba válido que el Juez ante el vacío o deficiencia normativa respecto de un mecanismo procesal referido a satisfacer la pretensión de la parte civil, invocara el principio de acceso a la justicia para darle trámite; por tal razón la resolución que la admitió es ilegal y prevaricadora ya que contraviene el "artículo ciento ochenta del Código de Procedimientos Penales"⁵.

3.1.6. Con el indulto se perdonó el delito mas no la obligación del pago de la reparación civil, por lo que la ejecución solo pervive en este caso, resultando imposible extender el alcance al extremo de la pena.

3.1.7. Tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, y la doctrina nacional en materia constitucional, coinciden en que el control de convencionalidad no supone una acción autónoma, es decir que genere un proceso por sí mismo necesariamente, sino que debe aplicarse: a) Respetando el marco de competencias de los jueces y los mecanismos procesales internos en cada país. b) En el marco de resolución de una *litis* o proceso pendiente de resolverse, en donde deberán confrontar la norma interna que se pretende aplicar con la Convención Americana de Derechos Humanos. En el caso en concreto no se configuró ninguna de dichas condiciones porque la etapa de ejecución feneció, por lo que con la recurrida el Juez incurrió en abuso de autoridad y prevaricato.

3.1.8. La parte civil tuvo la posibilidad de hacer valer su derecho en la jurisdicción constitucional, vía proceso de amparo, respetando las

⁵ Artículo invocado textualmente en el recurso, cfr. folio mil treinta y cuatro.

competencias y mecanismo internos, y considerando que el control de convencionalidad no constituye una acción autónoma sino que se encuentra siempre adscrita a la dilucidación de un proceso en curso pendiente de ser resuelto, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al admitir el control de convencionalidad y amparar la pretensión de la parte civil se generó un efecto negativo y perverso para la jurisdicción penal, ya que se generó un precedente para requerirse de modo absoluto, en la forma y ante cualquier órgano jurisdiccional, la posibilidad de reabrirse procesos fenecidos y esto supone amparar el abuso del derecho, lo que se encuentra proscrito por la Constitución en el artículo ciento tres.

B) Fundamentos del recurso ampliatorio de nueve de octubre⁶


3.1.9. La tesis sostenida por la defensa, en cuanto a la falta de competencia, se refuerza con lo expuesto por el ex Presidente del Tribunal Constitucional don Carlos Mesía Ramírez, en el documento denominado "Informe Jurídico Constitucional sobre el denominado incidente de Control de Convencionalidad sobre el indulto otorgado al Ex Presidente Alberto Fujimori", en el que sostuvo que el Juzgado de Investigación Preparatoria vulneró los numerales dos, tres y trece, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, por cuanto la vía habilitada era la de la acción de amparo.

3.2. Como pretensión subsidiaria o subordinada: Se declare infundada la solicitud de no aplicación de indulto por razones humanitarias al sentenciado, por haber sido otorgado sin vulnerar ningún derecho reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que se basó en el reconocimiento de la dignidad de las personas y el

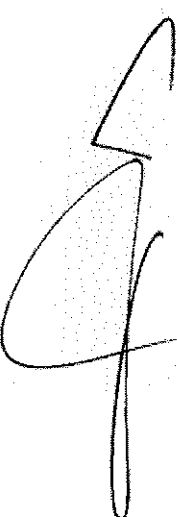
⁶ Ver folios mil ciento cuarenta y ocho a mil ciento sesenta y tres.

derecho a un trato no degradante en prisión, por el estado de salud del sentenciado.



A) Fundamentos del recurso de cinco de octubre



3.2.1 El juez declaró que carece de efectos jurídicos el indulto sobre la base al cuestionamiento de la enfermedad grave e incurable que padece el sentenciado; sin embargo, las enfermedades que se le diagnosticaron al recurrente se encuentran acreditadas con diversos informes médicos e historial clínico, así como con el acta de junta médica penitenciaria y su ampliatoria, del diecisiete y diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete; por lo que si se pretendió cuestionar los padecimientos o el informe médico, dando a entender que sería fraudulento, tenía la obligación de avalar dichas conclusiones con un medio probatorio idóneo, es decir con una pericia médica o la opinión de especialistas en la materia, lo cual no realizó.



3.2.2. El indulto humanitario respetó la Constitución y los Tratados Internacionales, además cumplió con los procedimientos internos para su dación. Su otorgamiento procede en toda clase de delitos, de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a la dignidad humana, vida e integridad. De otro lado las restricciones del derecho internacional no alcanzan a esta figura, la jurisprudencia de la Corte interamericana no excluye la posibilidad de que un condenado por graves delitos en agravio de derechos humanos pueda ser beneficiado con esta medida en caso de que su vida o salud esté en riesgo. Las sentencias de la Corte Interamericana y otros Tribunales Internacionales prohíben la aplicación del indulto en casos de delitos internacionales cuando se refieren a la amnistía y prevención de la impunidad, más no el indulto por razones humanitarias.



3.2.3. Se afirmó que la causa del indulto fue una negociación política, fundamentando esta conclusión sobre la base de los videos grabados por el señor Congresista Moisés Mamani, sin que tuviera en cuenta que dichos actos de "terceros" están siendo investigados y no se le puede perjudicar por tal razón, más aún si el indulto humanitario es una atribución constitucional del Presidente de la República, que a diferencia de un indulto común no tiene limitación alguna, pues no se trata de un perdón de la pena o mera decisión improvisada e injustificada sino de una obligación por parte del Estado al presentarse un delicado estado de salud de la persona, a fin de respetar la prohibición de penas inhumanas o crueles, en virtud de la Constitución y resguardo de las normas internacionales sobre derechos humanos.


3.2.4. A criterio del apelante la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al acceso a la justicia quedaron satisfechos ya que las víctimas y familiares obtuvieron declaración de la verdad y la condena del culpable, por lo que no existe impunidad.

3.2.5. No se vulneró ninguna norma o reglamento establecido para el procedimiento de indulto por razones humanitarias, ya que no existían plazos mínimos que hubiesen infringido.

3.2.6. No existe medio probatorio que determine que el indulto se otorgó fraudulentamente.

B) Fundamentos del recurso ampliatorio de nueve de octubre

3.2.7. En el marco del procedimiento de supervisión de sentencia de los casos Barrios Altos y La Cantuta ante la Corte Interamericana, se presentaron a favor del recurrente diversos dictámenes jurídicos, entre



ellos los del profesor don Nicolás Gonzales-Cuéllar, en el cual explicó que la institución del indulto humanitario no solo es compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, sino que surgió en el marco de este y de la mano con el derecho internacional, por lo que resulta erróneo afirmar que dicha institución no es aplicable a los sentenciados por delitos de lesa humanidad, dado que incluso dichos internos conservan sus derechos más elementales, y entre ellos los de no ser objeto de una ejecución penal que suponga un trato inhumano o degradante.



3.3. Fundamentos expresados oralmente en la vista de causa del diecisiete de diciembre de dos mil dieciocho⁷

La defensa expresó que el recurso escrito constaba de dos pretensiones: principal y subordinada. En dicho acto oral se desistió de la última, por considerar que el mencionado Juez Penal sin tomar en cuenta los fundamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de treinta de mayo de dos mil dieciocho, determinó que la vía para el cuestionamiento del indulto era la constitucional, por lo que se produjo una causa de nulidad absoluta para el control de convencionalidad solicitado por la parte civil y que no admite el pronunciamiento de fondo⁸.


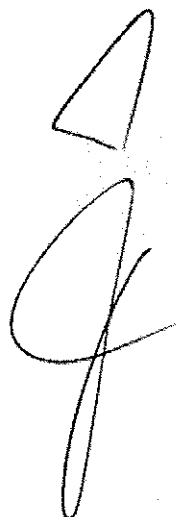
3.4. Fundamentos expresados por la defensa en el escrito de veintiuno de enero de dos mil diecinueve (escrito N.º 13)⁹

El impugnante, invocó causas adicionales de nulidad procesal absoluta del auto de inaplicación de indulto humanitario.

⁷ Registro de audio que consta en el folio dos mil cuatrocientos cincuenta y uno.

⁸ El señor don Alberto Fujimori, ratificó ante la Secretaria de Sala el desistimiento expresado en audiencia por su defensa, lo cual consta en folio dos mil cuatrocientos cincuenta y nueve.

⁹ Cfr. folios dos mil seiscientos dieciocho a dos mil seiscientos veinticinco.




3.4.1. Nulidad procesal absoluta por: **a)** Violación del derecho a la prueba, al no haberse ofrecido prueba pericial médica (por la parte civil) o actuado de oficio pericia de descartamiento del diagnóstico médico de fibrilación auricular paroxística, del tratamiento médico y del pronóstico desfavorable de continuar el paciente internado en un establecimiento penitenciario; **b)** Violación del derecho a la motivación de resoluciones judiciales, porque el objeto de control de convencionalidad era descartar el diagnóstico médico o que podía ser tratada en el establecimiento penitenciario, pero esto no se acreditó por ausencia de prueba científica; y, **c)** violación del derecho a la debida ejecución de la sentencia de supervisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque al establecerse cuál era la vía para el control de convencionalidad, se establecieron los temas que debían debatirse, referidos nuevamente al diagnóstico médico y si el tratamiento podía continuarlo en la cárcel.

3.4.2. Otra causa propuesta como de nulidad procesal absoluta se asentó en la inobservancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre control de convencionalidad del indulto humanitario (en los casos Jalilie y Crousillat), por no haber actuado prueba médica que descarte la enfermedad o el pronóstico desfavorable del tratamiento médico de continuar el paciente privado de su libertad.


CUARTO. FUNDAMENTOS EXPUESTOS POR LAS PARTES NO APELANTES

Los señores abogados don David Velazco Rondón, don Carlos Rivera Paz y doña Dania Coz Barón, representaron a la parte civil doña Gladis Sonia Rubina Arquínigo, doña Andrea Gisela Ortiz Perea y doña Alejandrina Raida Cándor Saez, respectivamente; y la señora abogada doña Gloria

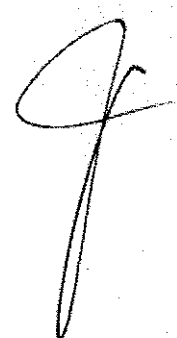
Margarita Cano Legua, representó a las demás víctimas de la causa, exponiendo brevemente en audiencia que:



4.1. Lo señalado por la defensa del sentenciado en cuanto a la falta de legitimidad del Juez de Ejecución es incorrecto, toda vez que en los fundamentos cincuenta y nueve y sesenta de la resolución de treinta de mayo de dos mil dieciocho, expedida por la Corte IDH, no se dice que sea el órgano constitucional el que deba pronunciarse a través de una acción de amparo. Lo referido en ese extremo debe interpretarse sistemáticamente con todo lo expuesto en la resolución.



Todo órgano judicial puede hacer control de constitucionalidad, además, la indicada Corte no puede determinar la vía a utilizarse, en respeto al derecho interno.



4.2. Se dijo que la etapa de ejecución se cerró con el indulto, sin tomar en cuenta que es precisamente la dación de dicho beneficio el hecho que ha originado se promueva el incidente de control de convencionalidad, por lo que la pretensión se planteó ante un juez plenamente competente.

4.3. El indulto humanitario es una institución política contraria al derecho internacional, la Corte IDH, en el fundamento cincuenta y cinco de la resolución de treinta de mayo señaló que el indulto afecta el cumplimiento de la sentencia. La ejecución de la pena es parte de un derecho a las víctimas, no se trata de una discusión de dinero, se afectó su derecho de acceso a la justicia.

4.4. La ley da la calidad de cosa juzgada al indulto pero cuando este ha sido expedido regularmente. El señor juez de ejecución, dio cuenta

de graves irregularidades en el procedimiento; así el quebrantamiento de imparcialidad en la Junta Médica; las incongruencias entre las actas de la Junta Médica; un Informe Social de cuatro de diciembre, que opinaba sobre el indulto, cuando ni siquiera lo había solicitado el recurrente, en tanto recién se hizo el once de diciembre; el informe del Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas de veintiséis de diciembre, cuando ya se había publicado el beneficio; llevarse a cabo la sesión sin verificar el estado de salud y las condiciones carcelarias del sentenciado; la extrema rapidez del procedimiento; la justificación de la necesidad imperante de la medida y la omisión de los delitos por los que se les condenó.


4.5. Es de público conocimiento que la expedición del indulto fue la salvación para el entonces Presidente de la República, don Pedro Pablo Kuczynski Godard, beneficio que gestionó el bloque congresal denominado los "AVENGERS", liderado por don Kenji Fujimori Higuchi, ante el pedido de vacancia efectuado por el grupo mayoritario del Congreso, Fuerza Popular.

4.6. En el Ministerio de Justicia ya se estaba tramitando el indulto sin que el expediente fuera remitido por el Establecimiento Penitenciario y cuyos oficios debía hacer el Director.


4.7. No proceden indultos para condenados por delitos de lesa humanidad.

4.8. Aunque no exista un mecanismo de revisión del indulto a través de la normativa procesal penal, que reglamente específicamente, subyace la obligación de hacer control de convencionalidad sobre la

medida administrativa; su competencia no está determinada de acuerdo a los procedimientos sino de acuerdo a las funciones de la justicia, y estas son precisamente la ejecución de la sentencia y la vigilancia sobre cualquier medida que pretenda modificarla.



4.9. El indulto humanitario tiene límites. En la resolución apelada se advierte que los requisitos para otorgar medida de excarcelación no se presentaron en este caso. La medida no era necesaria dado que no se señaló por qué las condiciones del penal no cumplían con lo necesario para salvaguardar la vida del sentenciado, tanto más que contaba con médicos, enfermeras y ambulancia para su traslado.




4.10. En el escrito del catorce de diciembre de dos mil dieciocho, la defensa del sentenciado don Alberto Fujimori, acompañó un informe médico, en el que se advierte que los malestares que padece son propios de una persona de su edad; además llama la atención la cuarta recomendación, referida al traslado del enfermo a una clínica, que se dice debe hacerse en menos de noventa minutos. Del establecimiento penitenciario a la Clínica de elección hay cincuenta y un minutos y de la residencia cincuenta y tres, de lo que se denota que no hay riesgo.

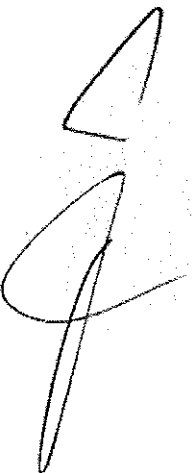
4.11. La vía constitucional no era oportuna por la demora (se refiere a la duración de la tramitación), más aún que desde mil novecientos noventa y uno las víctimas han venido reclamando justicia, derrotando muchos obstáculos; primero con la amnistía, luego la extradición hasta poder lograr la condena tras un largo proceso, por lo que el indulto afecta el acceso a la justicia de las víctimas, además que los delitos de

lesa humanidad no pueden ser objeto de tales perdones que pretendan sustituir el cumplimiento de la pena.

QUINTO. ITER PROCESAL



Elevada la causa a esta instancia con el Oficio N.º 00006-2001-4-5001-SU-PE-01-JSIP-CS/PJ¹⁰, se produjeron dos inhibiciones sucesivas como aparece en autos ¹¹ ¹². Quedando integrado el Colegiado con los señores jueces supremos Salas Arenas, Neyra Flores y Chávez Mella, se fijó fecha para la vista de causa el diecisiete de diciembre de dos mil dieciocho¹³.



El señor defensor del sentenciado Fujimori, en la citada audiencia se desistió de la pretensión subsidiaria o subordinada planteada en el recurso de apelación escrito (ver numeral 3.2. supra), quedando con ello fuera de debate este extremo, lo que formalizó por escrito el dieciocho de diciembre¹⁴ y que fue ratificado por el interesado con firma autenticada ante la señora Secretaria de Sala, como consta del Acta de diecinueve de diciembre¹⁵, siendo declarada procedente tal petición¹⁶.

La causa estuvo al voto hasta la fecha, habiendo transcurrido diecinueve días laborables descontando las licencias de los días veinte, veintiuno, veintisiete, veintiocho y treinta y uno de diciembre de dos mil dieciocho, y del catorce al treinta y uno de enero del presente año¹⁷, por motivos administrativos y de salud de los señores jueces de la Corte Suprema que

¹⁰ Cfr. folio mil ciento treinta y dos.

¹¹ Cfr. Resolución de catorce de noviembre de dos mil dieciocho, en folios mil trescientos ochenta y ocho a mil trescientos noventa y cuatro.

¹² Cfr. Resolución de cuatro de diciembre de dos mil dieciocho, en folios mil quinientos uno a mil quinientos seis.

¹³ Cfr. mil cuatrocientos nueve a mil cuatrocientos once.

¹⁴ Cfr. folio dos mil cuatrocientos cincuenta y tres y dos mil cuatrocientos cincuenta y cuatro.

¹⁵ Cfr. folio dos mil cuatrocientos cincuenta y nueve.

¹⁶ Cfr. folios dos mil quinientos trece y dos mil quinientos catorce.

¹⁷ Ver razón de Relatoría de folios dos mil quinientos cincuenta y tres y dos mil quinientos noventa y tres.

conforman el Colegiado, habiéndose concedido prórroga del plazo para votar la causa, conforme a la resolución de siete de febrero de dos mil diecinueve¹⁸.

CONSIDERANDO

PRIMERO. SUSTENTO NORMATIVO (en adelante, SN)

A. Normatividad de la Convención Americana de Derechos Humanos

1.1. El artículo uno, establece que:

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

1.2. El artículo dos, establece que:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a la disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fuere necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

1.3. El artículo veinticinco, establece el derecho a la protección judicial:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

B. Normatividad Constitucional

1.4. El artículo ciento siete, establece que:

¹⁸ Cfr. Resolución 45, en folio dos mil setecientos treinta y ocho.

El Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes.

También tienen el mismo derecho en las materias que le son propias los otros Poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley.

1.5. El artículo ciento dieciocho, establece las atribuciones del Presidente de la República, entre las que se encuentra:

21. 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.

1.6. El artículo ciento treinta y ocho, prevé que:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

1.7. El artículo ciento treinta y nueve, regula los principios y derechos de la función jurisdiccional, entre los que se encuentran:

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de ley.

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

1.8. La Cuarta Disposición Final y Transitoria, establece que:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

C. Normativa Procesal Constitucional

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

D. Normativa Penal

1.10. El artículo ochenta y cinco, establece los supuestos de extinción de la ejecución:

1. Por muerte del condenado, amnistía, **indulto** y prescripción;
2. Por cumplimiento de la pena;
3. Por exención de pena; y
4. Por perdón del ofendido en los delitos de acción privada.

1.11. El artículo ochenta y nueve, señala que la amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él. El indulto suprime la pena impuesta.

E. Normativa del Código de Procedimientos Penales

1.12. La competencia, en ejecución, es del Juez Penal que tuvo a su cargo la Instrucción conforme a las normas del Código citado. Tal conclusión deriva de la interpretación de los artículos contenidos en el Título VI: Cumplimiento de sentencias, libro cuarto, procedimientos especiales.

F. Normativa supletoria aplicable

1.13. El primer párrafo, del artículo trescientos cuarenta y uno, del Código Procesal Civil, establece que el desistimiento no se presume. El escrito que lo contiene debe precisar su alcance, legalizando su firma el proponente ante el Secretario Respectivo.

1.14. El segundo párrafo del artículo trescientos cuarenta y tres, del mismo cuerpo adjetivo señala que el desistimiento de algún acto procesal, sea medio impugnatorio, medio de defensa u otro, deja sin efecto la situación procesal favorable a su titular. Si el desistimiento es de un medio impugnatorio, su efecto es dejar firme el acto impugnado, salvo que hubiera interpuesto adhesión.

1.15. El numeral siete del artículo cuatrocientos seis del Código Procesal Penal¹⁹, señala que quienes hayan interpuesto un recurso pueden desistirse antes de expedirse resolución sobre el grado, expresando fundamentos.

G. Ley Orgánica del Poder Judicial

1.16. El numeral uno del artículo ochenta, establece que es atribución de la Sala Plena de la Corte Suprema ejercer el derecho de iniciativa legislativa, conforme a la Constitución.

1.17. En el artículo catorce, se indica que de conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición

¹⁹ El CPP es aplicable supletoriamente de acuerdo al fundamento diez de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 02748-2010-PHC/TC Lima, caso Alexander Mosquera Izquierdo de once de agosto de dos mil diez.

constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.(*). Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular²⁰.

H. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En cuanto al derecho de acceso a la justicia

1.18. En el fundamento ciento cincuenta y cuatro, de la sentencia del veintiséis de mayo de dos mil diez, caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, se señaló que:

153. Al respecto, el Tribunal estima pertinente reiterar que un procesamiento que se desarrolla hasta su conclusión y cumpla su cometido es la señal más clara de no tolerancia a las violaciones a los derechos humanos, contribuye a la reparación de las víctimas y muestra a la sociedad que se ha hecho justicia. La imposición de una pena apropiada en función de la gravedad de los hechos, por la autoridad competente y con el debido fundamento, permite verificar que no sea arbitraria y controlar así que no se erija en una forma de impunidad de facto. En este sentido, la Corte ha destacado que las sanciones administrativas o penales tienen un rol importante para crear la clase de competencia y cultura institucional adecuada para enfrentar los factores que explican determinados contextos estructurales de violencia.

1.19. En el fundamento ochenta y dos, de la sentencia del veintiocho de noviembre de dos mil tres, caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, señaló:

²⁰ El señor juez supremo (adicionalmente de investigación preparatoria) aplicó el criterio asemejándolo al de control de constitucionalidad, y dicha decisión es precisamente objeto de pronunciamiento en vía de apelación.

82. A la luz de lo anterior, este Tribunal estima que, para satisfacer el derecho de acceso a la justicia, no es suficiente con que en el respectivo proceso o recurso se emita una decisión definitiva, en la cual se declaren derechos y obligaciones o se proporcione la protección a las personas. Además, es preciso que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. La ejecución de tales decisiones y sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia, entendido éste en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho.

En cuanto al control de constitucionalidad

1.20. En los fundamentos ciento veinticuatro y ciento cincuenta y uno, de la sentencia del treinta de enero de dos mil catorce, caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, se señaló:

124. Finalmente, en relación con los argumentos del representante y de la Comisión (supra párrs. 112 y 113) sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.

151. Además, la Corte no ha establecido la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la protección judicial, consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana (supra párr. 124) por el hecho de que a la fecha, la Corte Constitucional no se encuentra operativa. En virtud de ello, el Tribunal no ordenará ninguna medida de reparación en este sentido. No obstante, la Corte considera pertinente resaltar, así como lo reconoció el propio Estado (supra párr. 149), la importancia de la operatividad de dicha institución, cuya creación se encuentra establecida en el artículo 144 de la Constitución. Dicha importancia descansa en la función de protección que una corte de esa naturaleza otorga a los derechos constitucionales de los ciudadanos sujetos a su jurisdicción. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte reitera la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad", entre la normativa interna y la Convención Americana. Dicha obligación se encuentra a cargo de todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (supra párr. 124).

En cuanto al control de convencionalidad

1.21. En el fundamento setenta y siete, de la sentencia del veinte de noviembre de dos mil siete, caso Boyce y otros vs. Barbados, se señaló:

77. [...] De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

1.22. En el fundamento ciento veintiocho, de la sentencia del veinticuatro de noviembre de dos mil seis, caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, se señaló:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes [...].

1.23. En el fundamento cincuenta y dos, de la sentencia del veintiocho de noviembre de dos mil dos, caso Cantos vs. Argentina, se señaló:


52. El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia. Al analizar el citado artículo 25 la Corte ha señalado que éste establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. La Corte ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención", y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.

1.24. En el fundamento ciento veinticuatro, de la sentencia del veintiséis de setiembre de dos mil seis, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, se señaló:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en


el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

1.25. En el fundamento doscientos trece, de la sentencia del catorce de octubre de dos mil catorce, caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, se dijo que:



213. Además, ha dispuesto en el Caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños que el Estado debe asegurar que la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado en El Salvador. Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Por consiguiente, la Corte no considera pertinente ordenar de nuevo la medida de reparación relativa a la adecuación normativa solicitada en referencia a la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, ya que la misma fue establecida en la sentencia supra indicada y el cumplimiento de lo ordenado se continúa evaluando en la etapa de supervisión de cumplimiento de la misma, sin perjuicio de reiterar su inaplicabilidad a la investigación de hechos como los del presente caso.

I. Jurisprudencia Constitucional y Penal nacional



1.26. El Tribunal Constitucional, en el fundamento noveno del Expediente N.º 01797-2010-PA/TC, Caso Livi Margot Chumacero Maticorena, dijo acerca de la efectividad de las resoluciones judiciales en un plazo razonable, que:

9. El derecho a la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, su reconocimiento está prescrito en el inciso 2) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, según el cual "[...] Ninguna autoridad puede [...] dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada [...] ni retardar su ejecución [...]".

1.27. El Tribunal Constitucional, en los fundamentos sétimo, noveno y décimo, del Expediente N.º 3660-2010-PHC/TC, Caso Crousillat López, dijo acerca del indulto que:

7. Sin embargo, no debe olvidarse que incluso la garantía de la inmutabilidad de la cosa juzgada puede ceder ante supuestos graves de error. 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. Ello se funda en lo ya señalado por este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, el goce de un derecho presupone que este haya sido obtenido conforme a ley, pues el error no puede generar derechos [...] A su vez, las resoluciones que ponen fin a un proceso judicial, que tienen la virtualidad de producir efectos de cosa juzgada pueden ser cuestionados a través de procesos constitucionales (amparo o hábeas corpus contra resolución judicial).

9. Así, por ejemplo, resulta exigible un estándar mínimo de motivación que garantice que este no se haya llevado a cabo con arbitrariedad. Ello implica que si bien el indulto genera efectos de cosa juzgada, lo cual conlleva la imposibilidad de ser revocado en instancias administrativas o por el propio Presidente de la República, cabe un **control jurisdiccional excepcional** a efectos de determinar la constitucionalidad del acto.

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

1.28. El Tribunal Constitucional, en los fundamentos veintitrés y veinticuatro del Expediente N.º 4053-2007-PHC/TC, Caso Jalilie Awapara, dijo acerca de la gracia presidencial:

23. Así, este Tribunal ha determinado que constituyen límites formales a dicha facultad congresal, que la misma sólo puede formalizarse en virtud de una ley ordinaria. Ello implica que además de respetar los principios constitucionales que informan el procedimiento legislativo, debe observarse los criterios de generalidad y abstracción exigidos por el artículo 103 de la Constitución. Igualmente, las leyes de amnistía deben respetar el principio-derecho de igualdad jurídica, lo que impide que, previsto el ámbito de aplicación de la ley de amnistía, el legislador pueda brindar un tratamiento diferenciado que no satisfaga las exigencias que impone el principio de proporcionalidad.

24. Tampoco la amnistía puede fundarse en un motivo incompatible con la Constitución. En este sentido el Tribunal Constitucional determinó 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.

1.29. El Tribunal Constitucional, en los fundamentos tres a seis del Expediente N.º 01820-2011-PA/TC, Caso Compañía Almacenera S.A, dijo acerca de la garantía jurisdiccional de la cosa juzgada, que:

3. Una de las garantías de la función jurisdiccional que consagra la Carta de 1993 es la inmutabilidad de la cosa juzgada, al destacar expresamente: "[N]inguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución."

4. Este Colegiado al dotar de contenido a tal atributo, ha sostenido que "[M]ediante la garantía de la cosa juzgada se instituye el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante nuevos medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó (Cfr. 4587-2004-AA/TC).

Asimismo, que "[E]l derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139, inc. 3, Const.) garantiza, entre otros aspectos, que una sentencia con calidad de cosa juzgada sea cumplida en sus términos. Como consecuencia de ello, se desprende, por un lado, un mandato de que las autoridades cumplan lo ordenado o declarado en ella en sus propios términos y, por otro, una prohibición de que cualquier autoridad, incluida la jurisdiccional, deje sin efecto las sentencias y, en general, resoluciones que detentan la calidad de cosa juzgada (art. 139º, inc. 2, Const.)" (Cfr. 1569-2006-AA/TC Fund. Jur. 4.º).

5. Este principio que rige la función jurisdiccional, le otorga al fallo judicial la calidad de indiscutible –pues constituye decisión final– y la certeza de que su contenido permanecerá inalterable, independientemente a que el pronunciamiento expedido haya sido favorable o desfavorable para quien promovió la acción.

En tales circunstancias, lo que corresponde a los órganos jurisdiccionales es ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando tengan que decidir sobre una relación o situación jurídica respecto de la cual existe una sentencia firme, derivada de un proceso seguido entre las mismas partes (perfecta identidad), respecto de los mismos hechos y tramitado ante la misma autoridad jurisdiccional. Dicho pronunciamiento constituye, en consecuencia, un antecedente lógico respecto a aquello que nuevamente se pretende someter a juzgamiento.


6. Más aún, se ha precisado que dicho atributo implica que "[l]o establecido en una sentencia o resolución que ponga fin al proceso, debe ser respetado, y no puede ser objeto de nueva revisión, salvo las excepciones previstas" (Cfr. STC. N.º 1279-2003-HC, Caso Navarrete Santillán).

Así, el derecho a la cosa juzgada, guarda íntima relación con la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, ambos atributos consagrados expresamente y de manera autónoma en el artículo 139º.2 de la Constitución.


1.30. Por otro lado, en el fundamento jurídico cinco del Expediente N.º 8327-2005-AA/TC, de ocho de mayo de dos mil seis, caso Iglesia

Evangélica Presbiteriana del Cusco, respecto a la congruencia recursal señaló que:

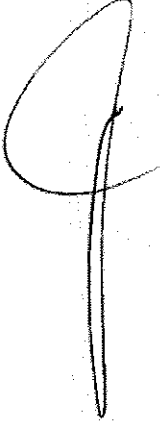
5. Por otro lado, por lo que se refiere a la denuncia de violación del principio de congruencia, este Tribunal ha recordado que, en efecto, el respeto de dicho principio procesal forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las decisiones judiciales. Sin embargo, inmediatamente ha de advertirse que dicho principio no resulta vulnerado cuando al resolverse una controversia determinada (o un medio impugnatorio, como el recurso de casación), el órgano de la jurisdicción ordinaria lo haga sin acoger los fundamentos jurídicos de quien lo propone, y, en cambio, sustente su decisión en los que la otra parte del proceso haya podido ofrecer.



1.31. En el Expediente N.º 05178-2009-PA/TC, de veintiséis de agosto de dos mil diez, caso Inversiones PIGNUS S. A., respecto al principio dispositivo el Magistrado Vergara Gotelli, en su voto discordante, fundamento jurídico once, señaló que:



11. [...] Nuestro sistema del doble grado de jurisdicción está regido por el principio dispositivo que domina en nuestro proceso civil, y por el principio de la personalidad del recurso de apelación, según los cuales el Juez Superior solo puede conocer de aquellas cuestiones que le sean sometidas por las partes mediante apelación (nemo iudex sine actore) y en la medida del agravio sufrido en la sentencia de primer grado (tantum devolutum quantum appellatum) de tal modo que los efectos de la apelación interpuesta por una parte no benefician a la otra que no ha recurrido, quedando los puntos no apelados ejecutoriados y firmes por haber pasado en autoridad de cosa juzgada.



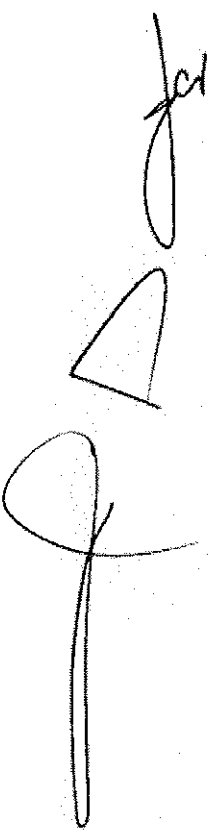
1.32. En la Sentencia Casatoria N.º 215-2011 AREQUIPA, de doce de junio de dos mil doce, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en vía de desarrollo de doctrina jurisprudencial, dijo en cuanto al principio de congruencia recursal que:

6.1. El principio de congruencia o conocido también como de la correlación, importa un deber exclusivo del juez, por lo cual debe expresar los fundamentos de una respuesta coherente en su resolución que dicta, basado en las pretensiones y defensas traducidas en agravios formulados por los justiciables en su recurso impugnativo, y que de esa manera se pueda justificar la decisión arribada en razones diversas a las alegadas por las partes. Este principio tiene una cierta vinculación con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el principio acusatorio y al contradictorio. [...]

6.6. Que, siendo así, en el caso de autos el tema planteado por el recurrente reviste interés casacional a criterio de este Supremo Tribunal, toda vez que al interponerse un recurso impugnatorio este debe ser atendido en función a los agravios invocados por quien lo interponga, precisándose que en el caso de autos la Sala Superior excedió su función revisora al entrecer en los fundamentos

de la recurrida que los hechos investigados podrían configurarse dentro de los alcances de lo contenido en los artículos trescientos setenta o trescientos setenta y dos del Código Penal; siendo ello el fundamento principal para revocar la resolución que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción, no habiéndose enmarcado la resolución materia de casación en los hechos que constituyen la presente investigación y la calificación jurídica invocada por el Ministerio Público, circunstancia que afecta el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, más si se tiene en cuenta que ninguno de los apelantes – parte agraviada ni Ministerio Público– fundamentaron como agravio una posible nueva calificación del hecho denunciado a los artículos trescientos setenta o trescientos setenta y dos del Código Penal.

SEGUNDO. ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

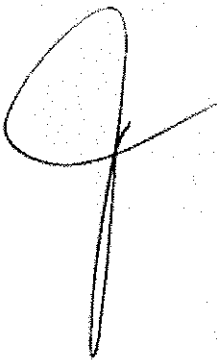




2.1. Como se anotó en la parte expositiva de la presente resolución de vista, inicialmente y por escrito la defensa del sentenciado expresó dos pretensiones diferenciadas que corresponden a dos agravios de carácter general: *i)* se declare la revocación de la resolución impugnada y se declare improcedente el pedido de la parte civil, por no ser posible pronunciamiento de fondo, ante la presencia de una causa de nulidad absoluta por incompetencia del Juez Penal (pretensión principal); y/o, *ii)* se declare infundado o se desestime la pretensión de control de convencionalidad formulada por la parte civil, por no haberse desvirtuado los motivos por los que se otorgó el indulto humanitario al sentenciado (pretensión subordinada). No obstante, como también se hizo referencia, en la vista de causa señalada para el presente caso, la defensa, con anuencia del sentenciado, se desistió de la segunda pretensión, lo cual fue formalizado por este último, ante la señora Secretaria de Sala que se constituyó en la Clínica Centenario Peruano Japonesa, donde se encontraba internado desde la resolución materia de grado, como consta en el acta de diecinueve de diciembre de dos mil dieciocho²¹.

Los efectos cancelatorios del desistimiento se señalan en los numerales 1.13. a 1.15. del SN.

²¹ Cfr. folio dos mil cuatrocientos cincuenta y nueve.

2.2. Los agravios expresados en el recurso impugnatorio definen y delimitan el pronunciamiento del Tribunal revisor, atendiendo al principio de congruencia recursal (ver numerales 1.29 y 1.31 del SN), concebido como encaje o ensamble entre lo impugnado y la sentencia, en el contexto de exigencia de concordancia o armonía que obliga establecer una correlación total entre los dos grandes elementos definidores: la expresión de agravios y la decisión judicial; por tanto, la expresión de agravios determina las cuestiones sometidas a decisión de este Supremo Tribunal, estando vedado pronunciarse fuera de él.



Lo señalado tiene como pilar el principio dispositivo de los medios impugnatorios "*tantum devolutum quantum appellatum*"²², es decir, solo puede pronunciarse el órgano de apelación acerca de los hechos y materias alegadas por las partes, siempre que hayan sido invocadas a tiempo. De acuerdo con las normas precitadas al resolver una apelación, el Tribunal de alzada no puede fundamentar el fallo en temas que no han sido materia de contradicción oportuna ni alegados por los sujetos procesales; pues caso contrario, se estaría violando el deber de congruencia, con repercusiones en el derecho de defensa de las partes²³.

Sin embargo, esta regla tiene una excepción, en la que el Juez está facultado normativamente a intervenir de oficio ante una causa de nulidad absoluta (la pretensión no desistida invoca este supuesto).

2.3. Sobre la base del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en la Resolución de treinta de mayo de dos mil dieciocho, la defensa sostuvo enérgicamente en la

²² Locución latina que significa que en la apelación, la competencia del superior solo alcanza a la resolución impugnada y a su tramitación.

²³ Ver doctrina jurisprudencial de la Casación N.º 413-2014 LAMBAYEQUE (SPP), de siete de abril de dos mil quince, fundamentos 33 y 34.

vista de causa, que la vía para controlar el indulto humanitario era la jurisdicción constitucional, a través de una acción de amparo, por haberse cerrado la etapa de ejecución penal con el indulto. Señaló que el control de convencionalidad no supone una acción autónoma, y al ser tramitada como incidente se generó la posibilidad de reabrirse procesos fenecidos, con afectación de la cosa juzgada.

2.4. Tal planteamiento resulta polémico, en tanto como lo establece el numeral trece, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, a la institución del indulto se le ha dotado de los efectos de la cosa juzgada (ver numeral 1.7. del SN).

2.5. El Tribunal Constitucional (en adelante, TC), ha sostenido que la garantía de la cosa juzgada instituye el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante nuevos medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó (ver numeral 1.28. del SN).

2.6. No obstante tal pronunciamiento, el propio TC, en la denominada sentencia CROUSILLAT, señaló que en materia de indulto, dicha garantía excepcionalmente podía ser objeto de anulación en "**sede jurisdiccional**" (ver numeral 1.26. del SN) –negritas agregadas–.

2.7. El TC, en dicha sentencia no restringió tal potestad a los tribunales de asuntos constitucionales, a lo que se suma el concepto de que el Perú posee –como se ha repetido– el sistema mixto de control, tanto concentrado como difuso. A través de este último, el órgano jurisdiccional "ordinario" está facultado para revisar la constitucionalidad de las normas (ver numeral 1.6. del SN).

Como lo señaló la parte civil y el AMICUS CURIAE colectivo²⁴, cuando la Corte IDH se refirió a la "jurisdicción constitucional" no la restringió al "control constitucional o control concentrado", por no tratarse de lo mismo.

2.8. Los jueces ordinarios tienen la potestad y deber, no solo de ejercer control de constitucionalidad, sino también control de convencionalidad, entre las normas internas y la Convención, como lo ha repetido la Corte IDH, en diversos pronunciamientos (ver numerales 1.20. a 1.24.).

La Convención Americana no impone un modelo específico para realizar dicho control; esta obligación le corresponde a todos los órganos del Estado parte, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (ver numeral 1.19. del SN).

2.9. Bajo esta interpretación, este Tribunal considera pertinente poner en claro que no se está dejando abierta la posibilidad de que cualquier decisión jurisdiccional que adquirió la calidad de cosa juzgada, pudiera ser cuestionada bajo el argumento de un "control de convencionalidad", por cuanto la materia a que se circunscribe es únicamente la del indulto humanitario en casos de delitos que fueron

²⁴ Cfr. folios mil trescientos treinta y cuatro a mil trescientos cuarenta y siete vuelta.

objeto de juzgamiento y condena por delitos considerados como crímenes contra la humanidad²⁵.

Estos delitos se distinguen de los delitos comunes u ordinarios no solo por su naturaleza y magnitud, al constituir los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, sino porque son actos u omisiones practicados de manera generalizada o sistemática contra una población civil.

Por tal razón, se estima, que la concesión de un beneficio que suspende o perdona la sanción impuesta (más aún si es la más grave que se impuso en el ordenamiento peruano), puede y debe ser pasible de revisión sobre su concesión, por quien se encuentra a cargo del cumplimiento, determinación que por lo demás requiere sustento especialmente reforzado por tratarse de delitos contra la humanidad.

2.10. Los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la cosa juzgada y el *ne bis in ídem* (no dos veces por el mismo motivo) no resultan aplicables respecto de los delitos contra la humanidad porque los instrumentos internacionales que establecen esta categoría delictiva, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, por amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la

²⁵ En el fundamento 717 de la sentencia del siete de abril de dos mil nueve, expedida por la Sala Penal Especial, el tribunal declaró que: "[...] los actos de asesinato y lesiones graves, objeto de juzgamiento, trascienden su ámbito estrictamente individual o común al adecuarse, plenamente, a los presupuestos que identifican a los delitos contra la humanidad. Los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta son también delitos contra la humanidad. Fundamentalmente, porque ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos [...]" (y porque) "[...] conforme a sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil".

posibilidad de reproche e incluso la interrupción de la sanción²⁶; en ese sentido, la posibilidad de solicitar un control de convencionalidad, como incidente autónomo, en etapa de ejecución, es excepcional.

Los procesamientos por delitos contra la humanidad, y en particular esta causa que ha sido específicamente calificada por la Corte IDH como tal²⁷, están sujetos a reglas ajenas a las habituales.

Hay por tanto reglas comunes para los delitos comunes y reglas especiales para delitos de esta naturaleza, y si no fueran suficientemente claras, el Juez debe aplicar criterios de integración llenando el vacío (ver numeral 1.7. del SN –inciso 8 del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Peruana–).

La justicia penal resulta competente para el control de convencionalidad tratándose de indultos en los encausamientos por delitos contra la humanidad, en aplicación de la suma de factores que a su vez encarnan principios esenciales del derecho: la interdicción judicial de la arbitrariedad (en los indultos), el deber judicial de ejecución de las sentencias sin interrupciones ni obstaculizaciones, así como la proscripción de la impunidad en los crímenes contra la humanidad y la controlabilidad difusa en sede judicial de la convencionalidad de las decisiones de otros poderes (que obstruyan la ejecutabilidad de las condenas generando impunidad total o parcial).

2.11. El Tribunal Constitucional, con el pronunciamiento CROUSILLAT establece una de las vías por las cuales el o los afectados pueden acudir ante un pronunciamiento de indulto humanitario; y a través de un control de convencionalidad, como incidente autónomo, con ello se abre una

²⁶ Ver caso Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad, extraído del sitio web: sjconsulta.csjn.gov.ar/sj.consulta/documentos/verDocumentoById.html.

²⁷ Independientemente de cualquier criterio, la Corte IDH ha definido firmemente que los hechos encausados en este proceso revisten el carácter de delitos contra la humanidad.

segunda vía igualmente satisfactoria, pero excepcional, para la revisión de este tipo de indultos otorgados en casos donde se sancionó crímenes calificados como contrarios a la humanidad, ante el Juez de ejecución.

IMPACTO ESPECÍFICO DE LOS AGRAVIOS

A. Respecto al agravio señalado en el numeral 3.1.1 supra

2.12. Como lo anotó la defensa, el Código Penal, en el artículo ochenta y cinco (ver numeral 1.10. del SN) establece como una de las causas de extinción de la pena al indulto, y como ya se ha señalado en los párrafos precedentes, dicha institución, aunque posee la calidad de cosa juzgada, no es inmutable y está supeditada a que se le controle constitucionalmente, ya sea a través de alguno de los procesos constitucionales previstos en el Código Procesal Constitucional o a través del Juez de Ejecución, vía control de convencionalidad excepcional.

B. Respecto a los agravios señalados en los numerales 3.12., 3.18 y 3.19 supra

2.13. Como se ha indicado, el Estado Peruano, se encuentra obligado a cumplir las resoluciones de la Corte IDH, en razón de los deberes contraídos en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos y de acuerdo a la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados (ver numeral 1.17. del SN), y atendiendo al carácter vinculante de sus resoluciones y de sus interpretaciones, conforme a la normativa interna (ver numerales 1.8. y 1.9. del SN).

Esencialmente estos deberes son: cumplir en delitos contra la humanidad con procesar, condenar y ejecutar sin extinción por motivo de tiempo; no interrumpir el procesamiento ni la ejecución, salvo razón suficientemente fundada.

A criterio de este Colegiado, el fundamento del apelante, referido a que en la resolución de treinta de mayo de dos mil dieciocho la Corte IDH, ha preestablecido la vía del control del indulto en el ordenamiento jurídico peruano, es errónea, en tanto, el término "jurisdicción constitucional", no debe ser asumido únicamente como "control constitucional concentrado", ya que como se mencionó, en el Perú existe un sistema mixto de control de constitucionalidad, lo que habilita al Juez de ejecución a verificar si el procedimiento por el cual se otorgó un perdón de la sanción ha sido legítimo, más aún cuando se trata de un caso al que se juzgó crímenes contra la humanidad, y el acudió a la vía constitucional concretada, implicaría precisamente (por el tiempo de tramitación) la interrupción indefinida de la ejecución de la sentencia que la Corte IDH no admite, por lo que no cabe estimar este agravio.

C. Respecto al agravio señalado en los numerales 3.14 y 3.16 supra

2.14. La defensa también hizo referencia tanto en el recurso escrito como en la vista de causa, que fue en fase de "ejecución civil" en que se solicitó el control de convencionalidad.

Es de anotar que el Juez instructor, encargado de la ejecución de la sentencia, no queda relevado de su calidad de Juez Penal y convertido únicamente en Juez Civil.

El proceso de ejecución de la sentencia penal está vigilado por la judicatura penal (ver numeral 1.12. del SN).

Aunque la sentencia de condena contiene dos consecuencias distintas (una penal y otra civil), sigue siendo una sola decisión que imbrica las dos pretensiones y por tanto la decisión es ejecutable por la misma autoridad que encarna la judicatura a cargo de la ejecución; en consecuencia, de presentarse situaciones que de alguna forma eviten el cumplimiento de alguna de estas consecuencias, sigue estando legitimado el Juez

Supremo Penal para resolver cualquiera de las incidencias derivadas de uno u otro extremo sometido a su competencia.

D. Respecto al agravio señalado en el numeral 3.13 supra

2.15. Aunque los efectos del indulto, con la liberación del sentenciado, materialmente se ha ejecutado, ello no determina que dicha medida sea legítima, más aún si inmediatamente a la publicación de la Resolución Suprema y la salida del penal del sentenciado, la parte civil acudió a la Corte IDH para solicitar que se pronuncie sobre si la concesión de dicho indulto humanitario era compatible con la obligación del Estado peruano de investigar, juzgar y sancionar en los casos Barrios Altos y la Cantuta; por lo que es falaz que la defensa sostenga que después de siete meses recién se planteó el control de convencionalidad, cuando esta medida se realizó luego del pronunciamiento de la Corte IDH el treinta de mayo de dos mil dieciocho. Este agravio tampoco es válido.

E. Respecto al agravio señalado en el numeral 3.15 supra

2.16. El derecho de acceso a la justicia de las víctimas, constituye un fundamento adicional trascendente, que legitima el control de convencionalidad como incidente autónomo en casos de condenados por delitos contra la humanidad.

Como también lo ha señalado la Corte IDH, es pertinente reiterar que un procesamiento que se desarrolla hasta su conclusión y cumpla su cometido es la señal más clara de no tolerancia a las violaciones a los derechos humanos, porque contribuye a la reparación de las víctimas y muestra a la sociedad que se ha hecho justicia. La imposición de una pena apropiada en función de la gravedad de los hechos, por la autoridad competente y con el debido fundamento, permite verificar

que no sea arbitraria y controlar así que no se erija en una forma de impunidad de facto (ver numerales 1.17. y 1.18. del SN).

Impera en estos casos el derecho que tienen las partes de obtener un pronunciamiento pronto y oportuno, más aún si como es de público conocimiento, los hechos que se juzgaron pasaron por diversos obstáculos desde mil novecientos noventa y uno, entre ellos las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492, que fueron declaradas incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la sentencia del catorce de marzo de dos mil uno, caso Barrios Altos vs. Perú, y el proceso de extradición del sentenciado con la República de Chile, el veintiuno de setiembre de dos mil siete.

F. Respecto al agravio señalado en el numeral 3.17 supra

2.17. Como se ha señalado en los párrafos precedentes, con el control excepcional de convencionalidad de indulto en delitos calificados contra la humanidad, en etapa de ejecución, se habilita en el derecho interno del Perú una vía igualmente satisfactoria²⁸ que la del proceso de amparo, en tanto el Juez Supremo Penal a cargo de la ejecución cumplió con conferir traslado y recabar los elementos necesarios para pronunciarse sobre el cuestionamiento al procedimiento y dación de un indulto favorable al condenado, como se tiene explicado detalladamente en la parte preliminar de la resolución materia de grado. No se trata de una vía para que cualquier resolución sea cuestionada con afectación a la cosa juzgada.

²⁸ No se trata por tanto de la aplicación del numeral dos, del artículo cinco del Código Procesal Constitucional, para la improcedencia de una acción constitucional concentrada, sino de la habilitación de una vía jurisdiccional pretorianamente establecida por el TC.

PETICIÓN DE NULIDAD PROCESAL ABSOLUTA²⁹

2.18. La defensa planteó en el escrito de veintiuno de enero de dos mil diecinueve, bajo la cobertura de fundamentos adicionales, un pedido de nulidad absoluta, reproduciendo esencialmente parte de los argumentos de la infundabilidad de la que se desistió voluntariamente.

Propone la vulneración a los derechos a la prueba, motivación, debida ejecución de sentencias de la Corte IDH e inobservancia de la jurisprudencia del TC.

Por resolución de veinticinco de enero de dos mil diecinueve³⁰, se dispuso que se tuvieran presente aquellos alegatos denominados adicionales.

2.19. Aunque las causas de nulidad absoluta pueden ser atendidas, aún de oficio, sin que sean propuestas por las partes en la apelación, en el caso en concreto no se verifica la materialización de ninguna, en atención a que:

a) En cuanto al derecho a la prueba y motivación, los argumentos de la defensa se centran en la situación médica del señor condenado, puesto que, según dice, el pedido de convencionalidad no estuvo sustentado con prueba que desvirtúe el diagnóstico médico de fibrilación auricular paroxística, el tratamiento médico que debía recibir y el pronóstico desfavorable de continuar el sentenciado en un establecimiento penitenciario.

Como lo indicó la parte civil en el escrito de treinta y uno de enero³¹, la Corte IDH en la Resolución de treinta de mayo de dos mil dieciocho, puntualmente en el fundamento sesenta y nueve, identificó cuáles eran los cuestionamientos relativos al cumplimiento

²⁹ Ver escrito N.º 13 de folios dos mil seiscientos dieciocho a dos mil seiscientos veinticinco.

³⁰ Cfr. folio dos mil seiscientos noventa y cuatro.

³¹ Cfr. folios dos mil setecientos ocho a dos mil setecientos diez.



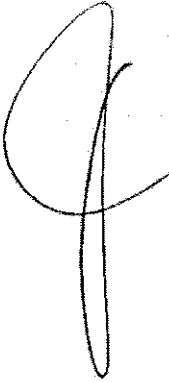
de los requisitos jurídicos estipulados para otorgar este tipo de indultos, que debían ser analizados por las autoridades nacionales, los cuales se encuentran referidos a la objetividad de la Junta Médica, a las diferencias entre los actas de la Junta Médica (de diecisiete y diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete), la carga argumentativa en cuanto a cuál fue la enfermedad que determinó la concesión del indulto, la inexistencia de motivación respecto de cómo las condiciones carcelarias colocaban en riesgo la vida del sentenciado, la carencia de motivación en cuanto a que los delitos por los que se condenó fueron de lesa humanidad y que se expidiera a tres días de que el pedido de vacancia contra el Presidente de ese entonces don Pedro Pablo Kuczynski Godard, fuera desestimado en el contexto de una crisis política³².

En consecuencia, lo referido por la defensa en cuanto al descartamiento de la enfermedad del sentenciado no es relevante (se ha confirmado que está enfermo) y en cuanto al tratamiento médico y las condiciones para que pueda permanecer en un establecimiento penitenciario, se ha esclarecido la materia a pedido de las partes, en tanto el INPE, al momento de señalar el lugar para internar al sentenciado en el Establecimiento Penitenciario de Barbadillo, tuvo en cuenta los informes médicos producidos a instancia de las partes, en particular el emitido por la División Clínico Forense de la Gerencia de Criminalística del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público³³, de diecisiete de enero de dos mil diecinueve, en que se concluyó que al momento del examen el sentenciado se encontraba en condiciones estables y que podía recibir tratamiento en forma ambulatoria, además

³² El señor Juez Supremo de Investigación Preparatoria abordó estos aspectos en la resolución materia de cuestionamiento (ver acápite IX, destinado al análisis del caso).

³³ Cfr. folios dos mil quinientos noventa y seis a dos mil quinientos noventa y nueve.

porque disminuiría el riesgo morbilidades intranosocomiales por estancia prolongada³⁴; por lo que al ser dado de alta por la Clínica, y ante las recomendaciones del Instituto de Medicina Legal, lo reingresó al penal indicando que cuenta con la logística indispensable para atender al sentenciado y para conducirlo prontamente hacia un centro especializado en caso lo requiera, como entidad garante de los reclusos³⁵; razón por lo que alegado en este extremo por el impugnante, no es de recibo.




b) En cuanto a la vulneración a la debida ejecución de las sentencias de la Corte IDH, e inobservancia de la jurisprudencia del TC, se ha explicado las razones por las que el Juez Supremo de primera instancia era competente para resolver el presente incidente de convencionalidad, por tanto el control de constitucionalidad en el Perú habilita tanto a jueces constitucionales como ordinarios a realizar este control, y además porque esta causa versa sobre delitos calificados como crímenes contra la humanidad.

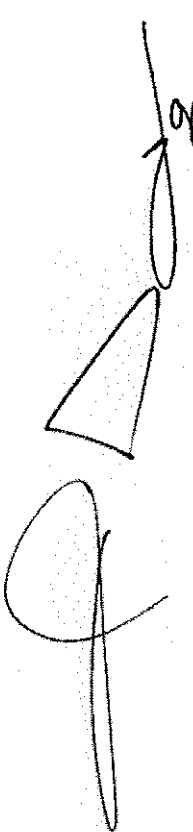
2.20. En atención a lo señalado, este Tribunal estima que no se ha configurado ninguna causal de nulidad procesal, más aún que los fundamentos referidos a la transgresión al derecho a probar o de motivación sobre el otorgamiento del indulto en la resolución de primera instancia del Juzgado Penal y de Investigación Preparatoria Supremo, están vinculados a lo que denominó pretensión subsidiaria o subordinada de la cual expresamente se desistió la defensa y tal desistimiento fue ratificado por el propio sentenciado, legalizando su firma formalmente. Como se expuso en el íter procesal y en el numeral 2.1. y 2.2. (supra) de la parte considerativa de la presente resolución, el pronunciamiento solo

³⁴ El común conocimiento revela que los adultos mayores suelen presentar algunos niveles de inmunosupresión que los vulnerabiliza.

³⁵ Cfr. folio dos mil setecientos doce.

está circunscrito a los fundamentos válidamente planteados dentro del plazo habilitado para hacerlo y a aquellos de los cuales no se desistió, en atención a los principios dispositivos y de congruencia (cfr. numerales 1.29. a 1.31.).

REFERENCIA COMPARATIVA



2.21. A diferencia del ordenamiento peruano, en el Reino de España (en que no se previó la inaplicación de las normas por control difuso judicial), se cuenta con un órgano jurisdiccional que revisa las discrepancias que se producen entre órganos jurisdiccionales y la Administración del Estado³⁶, como en el presente caso en que otro Poder distinto al Judicial, a través de un acto administrativo atacó directamente el cumplimiento de la pena, en este caso el indulto. Caso importante es el de GOMEZ DE LIAÑO Y BOTELLA³⁷, en el que el órgano jurisdiccional que impuso la sanción frente al indulto otorgado por el Rey a través del Ministerio de Justicia, decidió no cumplir con la totalidad de dicho indulto y someter al Tribunal Supremo de Conflictos de Jurisdicción, la controversia suscitada entre Poder Judicial y Ministerio de Justicia. En dicho pronunciamiento se hizo cita de un texto, que se considera la justificación del porqué el órgano de ejecución no puede solo acatar una medida de tal naturaleza sin revisar el contenido de la misma: "es altamente necesario que el indulto, aún en los casos en que más justificado sea, no quebrante el prestigio de que deben gozar siempre los Tribunales, sin el cual se haría

³⁶ El numeral 1, del artículo 38, de la Ley Orgánica del Poder Judicial Español, establece que: 1. Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración serán resueltos por un órgano colegiado constituido por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por cinco vocales, de los que dos serán Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y los otros tres serán Consejeros Permanentes de Estado, actuando como Secretario el de Gobierno del Tribunal Supremo.

³⁷ Último párrafo del acápite tercero de los fundamentos de derecho de la Sentencia Num.: 6/2001, de trece de junio de dos mil uno, expedida por el Tribunal Supremo de Conflicto de Jurisdicción Español.

imposible su misión social. Por esto, al Tribunal sentenciador habrá de encargarse la aplicación de la gracia, a fin de que el delincuente reciba de la misma mano que le impuso la pena el beneficio del perdón que se le otorgue”.

NATURALEZA DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD

2.22. El señor Juez Supremo Penal (antes Instructor) y de Investigación Preparatoria, abrió una vía igualmente satisfactoria, actuando en funciones de Juez de Ejecución Penal cumplió con conferir traslado y recabar los elementos necesarios para pronunciarse sobre el cuestionamiento al procedimiento y dación de un indulto favorable al condenado, como se tiene explicado detalladamente en la parte preliminar de la resolución materia de grado.

El control de convencionalidad en este caso se erige como una vía excepcional en sede jurisdiccional penal y alterna a la directamente constitucional (que podría ser la vía del amparo); teniendo presente que en esta clase de delitos, por su especial naturaleza, tanto la persecución, el juzgamiento y la ejecución de condena penal y civil –como se ha referido– se deben materializar sin que el transcurso del tiempo obstaculice su viabilidad.

2.23. En suma, este Tribunal considera que el Juez Supremo Penal vigilante del cumplimiento de la ejecución de la pena impuesta en delitos considerados como crímenes contra la humanidad, estimando múltiplemente irregular el indulto otorgado y sobre la base de sus obligaciones de control constitucional y de convencionalidad, realizó un acto inmediato y urgente sobre la decisión administrativa (que en democracia no es omnímoda ni incuestionable) con que se pretendió obstruir la ejecución judicial de la condena en marcha.

PLANTEAMIENTO DE COBERTURA NORMATIVA

2.24. Sería óptimo de *lege lata*³⁸ (como norma vigente) que se estableciera para la institución del indulto en delitos contra la humanidad, aun tratándose del que reviste carácter humanitario, un régimen propio para que su necesaria revisión previa se produjera por el órgano jurisdiccional que impuso la sanción y ante la Sala Penal competente de la Corte Suprema y con ello evitar disposiciones que convirtieran en írritas las decisiones judiciales; que controlara que los indultos se otorgaran dentro del marco de la Constitución y los Tratados Internacionales, tanto más que se trata de crímenes cuya gravedad es reprochable internacionalmente.

2.25. Esta materia debe ser cursada a la Presidencia de la Corte Suprema para que canalice la iniciativa legislativa pertinente de conformidad con la facultad constitucional de este Poder del Estado (ver numerales 1.4. y 1.16. del SN).

RESPECTO A LA POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE MEDIDA DISTINTA AL INTERNAMIENTO CARCELARIO

2.26. La Corte IDH ha señalado que se establezca la forma de ejecutar la pena del sentenciado que siendo anciano se encuentra enfermo³⁹ (lo

³⁸ Locución latina que significa "según la ley existente".

³⁹ En el fundamento sesenta y ocho de la Resolución de la Corte IDH, de treinta de mayo de dos mil dieciocho, se establece que en caso que realmente la situación de salud y condiciones de detención pongan en peligro la vida de Alberto Fujimori, corresponderá a las autoridades nacionales optar por otras medidas que, sin implicar un perdón de la pena por el Ejecutivo permitan proteger la vida e integridad. De la misma forma, en sus fundamentos cincuenta y dos y cincuenta y tres de la referida resolución, se indica que dependiendo de los factores como situación de salud, riesgo a la vida, condiciones de detención y facilidades para ser atendido adecuadamente (ya sea en el centro penal o mediante traslado a un centro médico), corresponde al Estado valorar proporcionalmente cuál es la medida de carácter administrativo o figura jurídica que permita proteger la vida y la integridad del condenado, siempre que se otorgue debidamente y siguiendo un fin legítimo que no signifique únicamente dejar de

que se ha constado en el curso de la incidencia de control de convencionalidad), de acuerdo al derecho interno.

Está claro que el sentenciado padece males que al parecer son propios de la ancianidad y pueden ser por ahora atendidos hallándose interno en un establecimiento penitenciario con las precauciones que el INPE ha asumido y debe mantener.

No hay en el momento otra forma de cumplimiento en el Perú que la efectividad del encierro carcelario; no es posible la privación de libertad domiciliaria (el arresto domiciliario está reservado a la cautela para asegurar la presencia del encausado para el procesamiento y juzgamiento en casos específicos), ni el empleo de grillete electrónico (que se aplica a los condenados a penas privativas de libertad de hasta ocho años).

No hay otra manera en el país de ejecutar el saldo de la condena del sentenciado, que el internamiento carcelario efectivo, en tanto el Parlamento no establezca otras posibilidades idóneas que fueran aplicables "*erga homnes*" (bajo el principio de igualdad ante la ley, esto es, para todos los internos que se hallaran en igualdad de condiciones).

DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del pueblo, los miembros integrantes de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, **ACORDARON:**

I. **DECLARAR INFUNDADA** la solicitud de nulidad procesal absoluta, planteada en el escrito N.º 13 de veintiuno de enero de dos mil

asegurar la ejecución de la pena, dicha situación en casos de graves violaciones de derechos humanos debe ser aplicada en casos muy extremos y por una necesidad imperante.

diecinueve, deducida por la defensa de don Alberto Fujimori Fujimori en los folios dos mil seiscientos dieciocho a dos mil seiscientos veinticinco.

II. DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación formulado por la defensa del sentenciado don Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori, que propuso se declare improcedente el control de convencionalidad por incompetencia funcional del Juzgado de Investigación Preparatoria Supremo (Juzgado de Ejecución).

III. CONFIRMAR la resolución número diez, de tres de octubre de dos mil dieciocho, emitida por el señor Juez del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria que, entre otros, resolvió declarar que carece de efectos jurídicos, para la ejecución de sentencia, la Resolución Suprema N.º 281-2007-JUS, de veinticuatro de diciembre de dos mil diecisiete, que concedió indulto por razones humanitarias al sentenciado don Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori.

IV. DISPONER se remita copia de esta sentencia a la Presidencia de la Corte Suprema para que canalice la propuesta legislativa ante la Sala Plena, de conformidad con el numeral siete del artículo ochenta de la Ley Orgánica del Poder Judicial. **Tómese razón, hágase saber, ofíciase y notifíquese.**

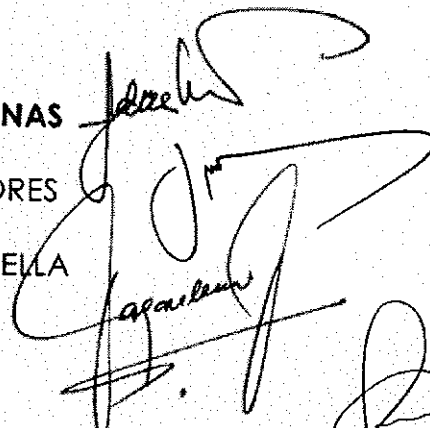
SS.

SALAS ARENAS

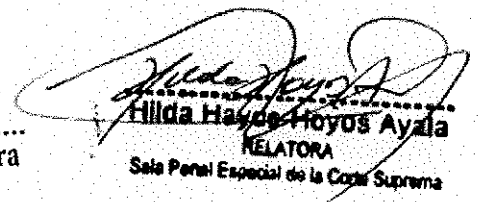
NEYRA FLORES

CHÁVEZ MELLA

JS/gc


Ursula G. Infantes Herrera
SECRETARIA
Sala Penal Especial de la Corte Suprema

13 FEB. 2019


Hilda Hayde Hoyos Ayala
RELATORA
Sala Penal Especial de la Corte Suprema