

El desarrollo del control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Perú

The development of the control of conventionality of the Inter-American Court of Human Rights in Peru

Aníbal QUIROGA LEÓN*

Resumen: Con la creación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se evidenció la necesidad de que los Estados parte, de manera práctica, reconocieran la fuerza vinculante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos frente a cualquier disposición de Derecho interno, ya sea de índole legal o constitucional. En ese sentido, la Corte IDH, a través de su jurisprudencia, ha aplicado el llamado “control de convencionalidad”, el cual es objeto de análisis en el presente artículo, dejando en claro la superioridad del tratado internacional sobre el Derecho interno. Un ejemplo de su aplicación se encuentra en el caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile y en el caso del indulto al expresidente Fujimori en Perú.

Abstract: *With the emergence of the Inter-American Human Rights System and the American Convention of Human Rights, the need became evident for the states parties, in a practical way, to recognize the binding nature of international human rights law in the face of any provision of domestic law, whether legal or constitutional. In this sense, the Inter-American Court through its jurisprudence has applied the “control of conventionality”, making clear the superiority of the international treaty over domestic law. A clear example of its application with the case of Olmedo Bustos vs Chile ruled by de Inter-American Court, or the case of the presidential pardon of former president Fujimori in Peru.*

Palabras clave: Control de convencionalidad / Corte Interamericana de Derechos Humanos / Derechos fundamentales / Control difuso / Indulto presidencial

Keywords: *Conventionality control / Inter-American Court of Human Rights / Judicial Review / Fundamental rights / presidential pardon*

Recibido: 07/11/2022

Aprobado: 10/11/2022

* Profesor principal, abogado y magíster en Investigación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú; doctorando por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en proceso de convalidación por la Universidad de Cuyo (Mendoza). Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y profesor en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Presidente de la Comisión de Derecho Procesal Constitucional de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Autor de diversos libros, ensayos y artículos en materia de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, derechos humanos, teoría del proceso y arbitraje. Abogado en ejercicio.

I. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES¹

Históricamente, en un inicio, los sistemas de protección de derechos fundamentales se encomendaron al Derecho interno de cada Estado a través de los mecanismos de protección establecidos en las constituciones de cada uno de estos (y, eventualmente, algunas normas de desarrollo constitucional posterior). Sin embargo, esta concepción restringida fue posteriormente superada por un fenómeno de *internacionalización de los derechos humanos*, que operó fundamentalmente después de la Segunda Guerra Mundial y luego de un regreso del positivismo hacia el *ius naturalismo* con los horrores que la secuela de la guerra trajo no solo sobre los combatientes, sino sobre poblaciones civiles en los territorios devastados por el conflicto bélico de escala mundial.

La insuficiencia del Derecho interno en brindar garantías suficientes para la defensa de los derechos fundamentales

y la pretendida asunción de algunos órganos o poderes estatales en algunos países respecto a lo que se debería entender como el *ius fundamental* (*derecho fundamental*), junto con la conjunción histórica con el gran reflujo social que produjo a nivel mundial la posguerra de la Segunda Guerra Mundial, como ya se dijo, fue el aliciente que permitió a los Estados –sobre todo, a partir de la mitad de siglo XX– adoptar como necesidad perentoria la implementación de un sistema supranacional que sea realmente eficaz y vinculante en la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos dentro de sus Estados internos.

Inicialmente, esta concepción primigenia, adoptada por un pequeño grupo de Estados (en Europa), fue combatida y reprimida por otros, aduciendo como fundamento el derecho a la *autodeterminación* en la solución de sus conflictos internos, debiendo el Derecho internacional limitarse a la solución de conflictos de naturaleza exterior². Dicho criterio fue luego superado largamente.

1 “La CORTE IDH recuerda que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención Americana, entre ellos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de DDHH.

En esta tarea deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la CORTE IDH.

La CORTE IDH ha determinado que ‘el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso’.

La CORTE IDH insta al Estado para que el control jurisdiccional constitucional del ‘indulto por razones humanitarias’ otorgado a Alberto Fujimori sea realizado en forma pronta”. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia. Corte Interamericana de DD.HH. Caso Barrios Altos y caso La Cantuta vs. Perú. 30 de mayo de 2018.

2 A tal efecto, véase Pastor (1996).

Sin embargo, este hecho que da base al carácter progresivo de los derechos humanos en el ámbito internacional no fue asumido de manera pacífica por los Estados, inclusive cuando estos habían ratificado y asumido como obligación el carácter vinculante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos frente a cualquier disposición de Derecho interno, ya sea de índole legal o constitucional.

Es importante señalar que esta obligación, si bien no es implícita en algunos tratados internacionales en materia de derechos humanos, forma parte del *ius cogens*, derecho de gentes o el derecho fundamental de orden público inderogable, lo cual ha sido expuesto en diversas sentencias expedidas por las cortes internacionales de protección de derechos humanos.

En América, la Carta de la OEA, suscrita en Bogotá en 1948, y posteriormente reformulada en Buenos Aires en 1967 y en Cartagena de Indias en 1985, desde su inicio preveía la existencia de una Comisión Interamericana al interior de la organización que se aboque a la defensa y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como a su mejor difusión y educación. Es en esta misma reunión en la que los Estados participantes suscribieron la Declaración Americana de Derechos del Hombre y el Ciudadano.

Cuando en 1959 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como tal, como consecuencia de lo antes previsto y, 10 años después, surge el denominado *Sistema Interamericano de Derechos Humanos* que se concretiza a través de la Convención Interamericana de Derechos Humanos terminada de redactar –luego de seis años de trabajo– en San José de Costa Rica de 1969, que se

determina la existencia de dos organismos: (i) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con sede en Washington; y, (ii) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), con sede en San José de Costa Rica, esta última con jurisdicción facultativa a expensas de un adicional protocolo complementario de asunción de su competencia contenciosa.

Es decir, los Estados americanos podrían no suscribir ninguno de los dos tratados (v. gr. EE. UU. o Canadá), podían suscribir solo en tratado de la Convención Americana de Derechos Humanos –como norma sustantiva interna– a ser aplicada por sus tribunales internos (v. gr. México o Argentina hasta finales del siglo XX) o adoptar ambos tratados, uno detrás del otro (v. gr. Perú en 1978 y 1981) y quedar vinculados sustantiva y jurisdiccionalmente al sistema interamericano y a la autoridad supranacional de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Algunos, con claro desconocimiento, podrán sostener que el Protocolo Complementario de adhesión a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es un tratado independiente, pero claramente sí lo es a la luz de la Convención de Viena para el Derecho de los Tratados. Tan es así que su no adopción, con todas las formalidades de la adhesión de un tratado internacional, no permite a la Corte IDH tener competencia sobre los casos del país que no lo hubiera suscrito y ratificado expresamente.

Asimismo, en materia de los derechos humanos –o fundamentales– en el ámbito internacional es aplicable perfectamente lo establecido en la Convención de Viena para el Derecho de los Tratados, concretamente en su artículo 27.

Por lo tanto, en virtud de este último tratado, los Estados partes jamás podrán invocar sus normas de Derecho interno para sustentar su oposición, contradicción o incumplimiento de las estipulaciones de un tratado cualquiera, más aún cuando el mismo tiene como contenido la protección de los derechos humanos. En caso contrario, el Estado va a incurrir en responsabilidad internacional, conforme a los términos establecidos en el tratado suscrito.

II. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En el ámbito americano, la Convención no tiene una cláusula similar. Sin embargo, el instituto se halla implícito en los artículos 1 y 2 de su texto donde se compromete a los Estados partes a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona.

A pesar de que de ambas normas citadas se desprende la superioridad del tratado internacional sobre el Derecho interno en materia de derechos fundamentales, lo cual es un principio general en el Derecho internacional, no han sido pocos los Estados que han pretendido –so pretexto de la autonomía de su Derecho interno (o través de interpretaciones de los tratados internacionales frente al Derecho internacional)– soslayar lo antes expuesto, ya sea por la falta de conocimiento del mismo o por intereses ajenos a la protección de los derechos fundamentales.

Es evidente que en materia de derechos humanos los compromisos internacionales son superiores a cualquier norma de carácter interno, ya sea en su aplicación o en su interpretación en cualquier

conflicto que implique la violación de dichos derechos. Pero como se indicó, este criterio adoptado por el Derecho internacional no siempre ha sido asumido desde un inicio por algunos Estados, siendo emblemáticos los casos de los Estados peruano y chileno ante la Corte.

III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El presente es un trabajo solo intenta ser descriptivo del instituto denominado *control de convencionalidad* en tanto figura relativamente novedosa en el derecho de los derechos humanos, y aun en el Derecho Procesal Constitucional desde el cual tiene punto de partida. No es pretensión de este artículo hacer un estudio exhaustivo del instituto, ni desarrollar todos sus alcances y complejidades, o bondades o cuestionamientos, porque excederíamos largamente la extensión del formato del mismo, pero sí pretende ser una descripción completa y razonada, además de ejemplificativa en el caso del Perú, de un instituto aún poco conocido y a veces recusado, de lo que podría entenderse –para comprenderlo mejor– el origen del mismo, su nacimiento y sus primeros alcances jurisprudenciales. Hasta allí claramente llega nuestra modesta pretensión.

La idea general del denominado “control de convencionalidad” identifica este instituto jurídico con la preferencia de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José) sobre las normas internas de los Estados parte, conforme ha sido gradualmente desarrollado en diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la doctrina que a su alrededor se ha desarrollado casi al mismo tiempo, desde una fecha

relativamente reciente con los inicios del siglo XXI.

Como método interpretativo y de control es enteramente análogo al *control difuso de la constitucionalidad de las leyes* o *judicial review* desarrollado en el constitucionalismo de los Estados Unidos de América a partir de la sentencia del caso *Marbury vs. Madison* (1803) –de hecho, de allí proviene– y que ha sido trasvasado de muy diferentes formas y maneras a Latinoamérica y, por tanto, ese deberá ser el primer tema sobre el cual detendremos nuestra atención, para luego pasar a analizar la naturaleza y alcances en específico del denominado *control de convencionalidad*, siempre en un afán meramente descriptivo. Creemos, con todo fundamento, que ese es nuestro acotado aporte.

1. El control difuso

Dicho de modo simple y genérico, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes nace, como lo reconoce de modo unánime la pacífica doctrina, en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en 1803, con la célebre sentencia expedida en el caso *Marbury vs. Madison*, en un *Writ of Mandamus*, bajo la presidencia del *chief justice* John C. Marshall, en la cual se sentó el precedente vinculante (*stare decisis*) que decía que una ley contraria a la Constitución debía ser considerada proveniente de legislatura repugnante y, por lo tanto, como teoría fundamental, nula e ineficaz, ya que esto se deduce de la naturaleza de la Constitución escrita y que, por ello mismo, correspondía a la Suprema Corte Federal esa inconstitucionalidad para el caso concreto, lo que desde entonces se habrá de considerar como uno de los principios de la sociedad democrática de derecho (Thayer, 1983).

El llamado sistema difuso o de *judicial review* de la constitucionalidad de las leyes basa su esencia y cualidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características: (i) una funcional; y (ii) otra espacial. En cuanto a la característica funcional, se halla sistemáticamente ubicada como atributo constitucional innominado de toda Constitución escrita (Furnish, 1990, pp. 96-97), aun cuando en el sistema jurídico peruano aparece expresamente en forma nominada desde la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1962, reiterado en el art. 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en vigencia y, a nivel Constitucional, desde la Constitución de 1979 en su art. 236 y en el art. 138 de la actual Constitución de 1993.

En su aspecto espacial, es absolutamente unánime que el sistema opera exclusivamente en el escenario de un proceso judicial concreto y real. Esto es, la facultad judicial de oponer su interpretación de un principio o postulado constitucional a su interpretación de una ley del Congreso, dando por resultado la descalificación de la segunda, siempre para el caso concreto y solo con efectos entre las partes y mediante declaración judicial de inaplicación, únicamente será constitucionalmente válida y jurídicamente posible en los márgenes de un caso concreto donde la ley sea sometida a análisis por ser precisamente aquella con la que el juzgador ordinario debe de decidir ineluctablemente la controversia judicial. Esto es, el único escenario válido en el que el juzgador ordinario abre su facultad constitucional de juzgar la inconstitucionalidad de una ley será su confrontación, en un caso concreto, con los bienes jurídicos tutelados materia de una real controversia judicial, en tanto y en cuanto

esa ley entre necesariamente al examen en su aplicación concreta, real y tangible (Blume, 1996, pp. 293-337).

Esto quiere decir que la justicia constitucional determinada bajo el esquema o modelo anglosajón de la *judicial review* es, en realidad, una justicia constitucional subsidiaria, residual y fundamentalmente subjetiva. *Subsidiaria* porque sucede necesariamente a la tarea judicial ordinaria de los tribunales de justicia y donde esta facultad es discrecional del juez ordinario de hacer, además, de juez constitucional. *Residual*, porque la actividad de control constitucional que hace el juez ordinario está añadida a su tarea principal, donde el control constitucional indirecto y limitado al caso concreto, entre las partes, nunca le puede relevar de su función de hacer reparto o distribución de los bienes jurídicos tutelados –cualquiera sea su naturaleza, dimensión o denominación– materia de la controversia judicial. Y *subjetiva*, porque la determinación de la constitucionalidad o no de una norma legal, que el juez ordinario puede hacer recreando su función judicial con la de contralor concreto de la Constitución solo parte –como fuente– de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario. Esto define a la justicia constitucional americana como una justicia subjetiva porque es el derecho de los sujetos, su derecho subjetivo concreto, determinado y determinable –y su actuación en una realidad determinable–, el que servirá de base y sustento del examen de constitucionalidad.

En este contexto, el denominado *control de convencionalidad* es un mecanismo adoptado inicialmente por la Corte IDH con la finalidad de determinar en cada caso concreto si la normativa interna de

los Estados denunciados se opone a las disposiciones de la Convención Americana sobre Humanos (Pacto de San José). Al igual que el *control difuso*, desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, su definición, desarrollo y evolución ha sido eminentemente jurisprudencial a través de los hitos que, brevemente, pasaremos a describir someramente:

- (i) En el caso Suárez Rosero vs. Ecuador, en la sentencia del 12 de noviembre de 1997, la Corte IDH determinó que independientemente de que una norma sea de aplicación inmediata o no puede llegar a ser violatoria del art. 2 de la Convención Americana, pese a lo cual no se ordenó directamente al Estado de Ecuador la derogación o modificación de su legislación interna.
- (ii) En el caso Castillo Petrucci vs. Perú, en la sentencia del 30 de mayo de 1999, la Corte IDH condenó al Estado peruano a adoptar medidas apropiadas con el fin de reformar las normas que por su simple existencia fueron declaradas violatorias de la Convención Americana.
- (iii) En el caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile (“La última tentación de Cristo”), en la sentencia del 5 de febrero de 2001, la Corte IDH ordenó al Estado chileno que modifique el ordenamiento jurídico interno, que comprende no solo leyes y reglamentos, sino también la modificación de una norma de grado constitucional.

Así, la Corte IDH determinó que en el caso de colisión normativa entre un texto constitucional de un Estado parte y su interpretación de la Convención, bajo el principio

del *ius cogens* y a la luz del derecho de los tratados, la corte de justicia debía preferir a la norma internacional antes que la norma constitucional interna, a la cual asimila como mero *Derecho interno* para los efectos del Derecho Internacional Público aplicable al caso, llegando a la conclusión que por tal colisión, a pesar de estar ello basado en la carta constitucional no dejaba de ser una violación de Pacto de San José y, por lo tanto, susceptible de estimación por la Corte ya que, además, esto colisiona con las obligaciones asumidas en la Convención y, por ello, la lógica consecuencia resolutoria de un fallo así adoptado, debía ser el de señalar –como efectivamente se hizo– que el Estado había violado el Pacto de San José, que el hecho de estar la conducta cuestionada basada en la Constitución no le quitaba el carácter de violación a la Convención, ni dejaba de estar fuera del control de la Corte y que, por lógica consecuencia, siendo el texto constitucional *Derecho interno* afectante al Pacto de San José, se debía modificar parcialmente la Constitución dando preferencia a la interpretación, aplicación y vigencia de la Convención. A esa supremacía convencional por sobre todo el Derecho interno de los Estados partes (incluyendo sus propias constituciones) es a lo que se denomina *control de convencionalidad* haciendo un símil o un paralelo con el *control difuso* o *judicial review* cuya figura es indesligable del nacimiento y conformación del ahora denominado *control de convencionalidad* a nivel de la justicia supranacional interamericana.

“La Corte IDH ha enfatizado que los Estados parte de la Convención Americana no pueden invocar disposiciones de su Derecho interno, tales como leyes de amnistía, para incumplir su obligación de garantizar el funcionamiento completo y debido de la justicia.”

En aquella oportunidad, la Corte IDH no solo dio la razón a las víctimas y ordenó que se exhibiera la película censurada dotándoles de una indemnización, sino que, además, de oficio, ordenó que la Constitución chilena fuese reformada y no cerró el caso hasta que tal reforma se cumplió varios años después.

En conclusión, la Corte IDH determinó categóricamente que el Derecho interno era insuficiente, violatorio e inoponible a las disposiciones de Derecho internacional en materia de protección de los derechos humanos plasmados en la Convención, debiendo necesariamente el Estado chileno adoptar las disposiciones constitucionales necesarias (léase, ingresar a la reforma parcial de la Constitución, que no es poca cosa en la soberanía política de un Estado parte) para otorgar plena vigencia a las disposiciones de la Convención.

- (iv) En el caso *Las Palmeras vs. Colombia*, en la sentencia del 6 de diciembre de 2001 la Corte IDH establece expresamente que toda norma jurídica usada para fundamentar la conducta del Estado es susceptible de ser sometida a un examen de confrontación normativa con el fin de determinar si se ajusta o no a las disposiciones contenidas en la Convención Americana, sin importar que en el ordenamiento jurídico interno haya sido solucionado en forma definitiva.
- (v) En el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, en la sentencia del 25 de noviembre de 2003 cabe destacar el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, donde se utiliza por primera vez el término “control de convencionalidad” para explicar que cada uno de los Estados parte que comparecen en la vía contenciosa ante la Corte IDH lo hacen en su conjunto, como un todo, quedando sin efecto para el ámbito internacional el principio de división de poderes. Por esta razón, la imputación de responsabilidad internacional declarada por la Corte IDH se aplica a la totalidad del Estado.
- (vi) En el caso *Tibi vs. Ecuador*, en la sentencia del 7 de setiembre de 2004 cabe destacar nuevamente el voto concurrente del juez García Ramírez donde se vuelve a hacer referencia al término “control de convencionalidad” y lo relaciona con el “control de constitucionalidad”, haciendo un parangón entre los tribunales constitucionales que tienen por función examinar los actos impugnados a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales, y la Corte IDH, cuya función es la de confrontar los actos y las situaciones generadas en el marco nacional con las disposiciones de los tratados internacionales, como es el caso de la Convención Americana.
- (vii) En el caso *López Álvarez vs. Honduras*, en la sentencia del 1 de febrero de 2006 también se destaca el voto razonado del juez García Ramírez en el que se usa el término “control de convencionalidad” para referirse a la revisión que efectúa la Corte IDH entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención Americana, determinando si existe o no compatibilidad entre ambas, comprendiendo tanto las acciones *de iure* cuanto las *de facto*.
- (viii) En el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, en la sentencia del 26 de setiembre de 2006 resalta igualmente el voto razonado del juez García Ramírez en el que se tiene a la Corte IDH como la encargada de ejercer el control de convencionalidad, entendida como la confrontación entre los hechos realizados por parte de los órganos que constituyen a un Estado parte y las normas de la Convención Americana.
- (ix) En el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, en la sentencia del 26 de setiembre de 2006 el pleno de la Corte IDH utiliza por primera vez el término “control de convencionalidad” es usado para explicar el ejercicio que debe llevar a cabo un juez nacional (como parte integrante del Poder Judicial), consistente en la inaplicación de una norma interna cuando se contraponga con las disposiciones previstas en los tratados internacionales ratificados por el

Estado, como es el caso de la Convención Americana o en la interpretación que de los mismos haya efectuado la Corte IDH.

De la revisión del avatar jurisprudencial de la Corte IDH a lo largo del cual se fue gestando y consolidando el control de convencionalidad, podemos advertir que este tiene una naturaleza idéntica al control de constitucionalidad que realiza el juez nacional. Este control parte de dos supuestos: la jerarquía normativa y el objeto de determinar la validez jurídica de la normatividad jerárquicamente inferior (Castillo, 2015, pp. 45-64).

Doctrinariamente, se ha intentado dar una primera definición al *control de convencionalidad* como:

[U]na herramienta que permite a los jueces contrastar a las normas del sistema convencional internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos). Esto significa que los jueces nacionales deberán desarrollar –de oficio– una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales. (Carbonell, 2011, p. 7)

En una mayor relación con la génesis de la figura, el control de convencionalidad se define también como

[El] mecanismo procesal que surge a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que tiene como objetivo hacer la confrontación entre las leyes internas de los Estados y el articulado de la Convención Americana, con el fin de establecer si existen violaciones de derechos humanos a partir de la

aplicación de las normas internas, del mismo modo como las salas o tribunales constitucionales hacen la confrontación entre la Constitución y demás normas, mostrándose, no obstante, una mayor importancia al control de convencionalidad sobre el control de constitucionalidad, debido a que el primero puede, incluso, ordenar reformar la propia constitución de los Estados parte de la Convención que no sucede con el control de constitucionalidad. (Mora, 2012, p. 219)

Partiendo de esta definición, se distinguen como elementos constitutivos del control de convencionalidad lo siguientes: (a) vigencia de un tratado internacional; (b) competencia de un órgano internacional para conocer de la interpretación, aplicación y solución de controversias derivadas del referido tratado; (c) primacía del tratado sobre cualquier otra norma, incluida la Constitución, velando porque el objeto y fin del tratado no sea afectado por otras disposiciones, actos y hechos; (d) contraste del tratado con la totalidad de los actos y hechos del Estado; (e) determinación del incumplimiento o no de una obligación internacional; y (f) ante el incumplimiento de una obligación internacional, resolver sobre la responsabilidad estatal y sus consecuencias (Mandujano, 2018, pp. 65-66).

En definitiva, el control de convencionalidad es parte de los esfuerzos para lograr la plena aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incluyendo su jurisprudencia. En el caso específico de la Convención Americana, la Corte IDH ha resaltado la obligación de los Estados parte de interpretar cualquier norma de fuente interna de conformidad con el Pacto de San José, “en caso de existir manifiesta incompatibilidad

entre la norma nacional y el *corpus iuris* interamericano, las autoridades estatales deberán abstener de aplicar la norma doméstica [con el] fin de evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente” (Mandujano, 2018, p. 64).

2. Parámetros y ámbitos de aplicación

El parámetro del control de convencionalidad, conforme ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH, radica en los derechos humanos que reconoce la Convención Americana, en la medida que es su presunto incumplimiento lo que activa su jurisdicción contenciosa. Adicionalmente, están incluidos en esta parte del parámetro de control todos aquellos tratados internacionales de derechos humanos cuyo cumplimiento ha sido expresamente encargado a la Corte IDH y las interpretaciones que esta última formula sobre la Convención Americana, tanto en sus sentencias cuanto en sus opiniones consultivas (Castillo, 2015, pp. 56-57).

Partiendo de este parámetro, siguiendo a Ferrer, el control de convencionalidad tiene como finalidad el cumplimiento de los siguientes objetivos:

- (i) Prevenir la aplicación de normas nacionales que manifiestamente sean incompatibles con la Convención Americana y que resulten nulas *ab initio*. Este es el caso de las leyes de amnistía que permiten impunidad en casos de degradación forzada, ejecuciones extrajudiciales, crímenes de lesa humanidad y otras violaciones graves de los derechos humanos.
- (ii) Servir como institución que permita a las autoridades del Estado cumplir

de forma adecuada con su obligación de respeto y garantía de los derechos humanos protegidos convencionalmente y con el cumplimiento de sentencias dictadas en contra del Estado al que la autoridad pertenece.

- (iii) Propiciar y acrecentar el diálogo jurisprudencial en materia de derechos humanos, entre los tribunales nacionales y la Corte IDH, que procure hacer efectivos los derechos fundamentales, constituyendo un elemento esencial en la formación e integración de *ius constitutionale commune* en favor de la protección de la dignidad de todas las personas de la región (Ferrer, 2014, pp. 239-240).

Como hemos desarrollado anteriormente, el control de convencionalidad puede ser aplicado tanto por la Corte IDH y por el Poder Judicial de los Estados parte.

El primero, denominado control supranacional o concentrado, es el que realiza la Corte IDH en sede contenciosa o consultiva, a través del cual

(...) determina la compatibilidad o incompatibilidad del derecho interno o los actos de agentes de un Estado parte a través de una sentencia (...) en que se determina el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y, en su caso, ordena al Estado parte como obligación de resultado, modificar, suprimir o derogar normas de Derecho interno y prácticas de agentes estatales contrarias a los atributos y garantías de los derechos asegurados por la Convención Americana y los tratados o convenciones complementarios del sistema (*corpus iuris* interamericano), para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos por las personas sujetas a

la jurisdicción de dicho Estado parte. (Nogueira, 2012, pp. 100-101)

El segundo es el control de convencionalidad de los jueces en sede nacional, que se traduce en “la obligación que tienen los jueces nacionales de inaplicar las normas de Derecho interno contradictorias o que confrontan a la Convención Americana, utilizando para ello los principios de progresividad y pro persona” (Nogueira, 2012, p. 105).

Como vemos, resulta fuera de toda duda que en aplicación del control de convencionalidad, en modo análogo al modelo de control de constitucionalidad recogido por nuestra normativa interna, los jueces se encuentran facultados para inaplicar cualquier disposición interna que se oponga a las de la Convención Americana y otras normas internacionales de derechos humanos cuya supervisión se encuentre a cargo de la Corte IDH.

Sin embargo, como hemos señalado en los párrafos anteriores, el interrogante estaría planteado con respecto a la posibilidad de que otros órganos distintos al Poder Judicial ejerzan control de convencionalidad y, como resultado de ello, prefieran la aplicación de la Convención Americana sobre las disposiciones internas, incluida la propia Constitución Política del Estado. Esto porque, a criterio de la Corte IDH, el control de convencionalidad atañe al Estado en su conjunto y no solamente a los órganos jurisdiccionales.

IV. UN CASO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: EL INDULTO PRESIDENCIAL EN EL PERÚ

Frente al instituto del “indulto presidencial” lo primero que hay que comprender

y diferenciar es que el indulto es una *gracia presidencial* que determina el relevo del cumplimiento de una pena impuesta legítimamente por el Poder Judicial como una concesión graciosa que la Constitución otorga solo al presidente de la República en tanto jefe del Poder Ejecutivo, jefe de Estado y quien personifica a la nación (art. 110 Const.), consagrado en el inciso 21 del artículo 118 de la Constitución.

Al ser una “gracia”, es una concesión gratuita, un regalo, no es un derecho de orden subjetivo al que se tenga la posibilidad de acceder forzosamente luego de haber cumplido con determinados requisitos y supuestos. No es un derecho que se pueda “adquirir”. Es, sin duda alguna, una excepcionalidad constitucional heredada de los antiguos reinos, feudos y principados del sistema absolutista que ha quedado remanente en la formación del Estado constitucional de derecho y que se replica en muchas constituciones modernas (v. gr. la Constitución de los EE. UU.).

Es un instituto heredado de la potestad de los reyes, príncipes, emperadores y gobernantes autoritarios que existieron en las formas de Estado anteriores a la formación del Estado nación en su forma democrática y de derecho, nacidos a partir de finales del siglo XVIII. Se entendía ello en el antiguo Estado feudal o monárquico, porque el rey o emperador era el Estado mismo y concentraba en una sola mano la labor ejecutiva administrativa, la labor judicial y la labor legislativa, y muchas veces era dueño del destino, del patrimonio y hasta de la vida de sus súbditos.

Cuando se consagra el Estado democrático de derecho, en muchas realidades nuevas queda como una facultad

graciosa, discrecional y libérrima del nuevo jefe de Estado, como en el Perú, del Presidente de la República, del presidente de la nación o del jefe de Estado, según sea el caso.

En las actuales monarquías democráticas o parlamentarias, sigue siendo una facultad del jefe de Estado, y no del jefe de Gobierno (en el caso de España, el rey; en el caso de Inglaterra, la reina, que son absolutamente inmunes a cualquier autoridad judicial bajo cualquier circunstancia).

En el caso peruano, la Constitución de 1993 –repitiendo la Constitución de 1979– reconoce el derecho de gracia, el indulto y la conmutación de la pena. Bernales señala que en el Perú el derecho de gracia forma parte de nuestra Constitución histórica y no siempre se diferenciaba a la amnistía del indulto, hasta con la Constitución de 1979³.

Los antecedentes en nuestras constituciones se remontan a la carta de 1933 por la cual se otorgaba el derecho de indulto presidencial solo por vía de excepción, en caso de que el Congreso se encontrara en receso. Mientras que la de 1920 delegaba exclusivamente el derecho de gracia al Congreso, lo mismo que las cartas de 1839, 1856, 1867 y 1860. Las cartas de 1834, 1828 y 1826 seguían el mismo temperamento, pero concedían al presidente la facultad de conmutar la pena capital. Finalmente, la Constitución de 1823 otorgaba el derecho de gracia como facultad exclusiva del Congreso⁴.

Ahora bien, cabe precisar que el indulto no elimina el delito por el que se ha juzgado a una persona, no anula su proceso ni convierte al indultado en inocente, tampoco le quita la condición de culpable así declarado judicialmente ni le resta antecedentes penales, y mucho menos le exime de los pagos o deudos por conceptos de indemnización. Lo único que hace es evitarle o relevarle del cumplimiento efectivo de la pena, total o parcial (a diferencia de la amnistía que sí extingue la responsabilidad de los autores) por decisión libérrima del Presidente de la República, según reza del texto de la Constitución en vigencia.

La Constitución no exige motivación alguna (a diferencia de los que sostienen que solo es procedente el indulto motivado) y no hay limitación en cuanto a los delitos indultables en el texto constitucional (v. gr. terrorismo, tráfico de drogas o secuestro agravado). En principio, tal como está en la Constitución, todo delito es susceptible de indulto, sin limitación ni diferenciación. Tampoco se exige que se haya cumplido toda o parte de la pena, ya que una persona bien podría ser condenada hoy a una severa pena y ser indultada mañana por el presidente, porque así lo dispone la Constitución. Tan solo se exige la decisión libérrima del presidente refrendada por el ministro de Justicia.

Es la ley que ha desarrollado en parte el instituto del indulto la que ha impuesto algunas restricciones al otorgamiento de esta gracia. Así, mediante la Ley N° 26478 –publicada el 14 de junio de 1995– se

3 Véase Bernales (1997, pp. 573-574).

4 Véase Bernales (1997, pp. 573-574).

excluyen del beneficio del indulto a los autores del delito de secuestro agravado⁵ y por la que se crea una comisión *ad hoc* encargada de proponer al Presidente de la República, en forma excepcional, el ejercicio del derecho de gracia para quienes se encuentren procesados por delitos de terrorismo o traición a la patria.

Ya se dijo que el instituto del indulto presidencial no requiere motivación ni condición alguna –que sea más usado en el caso del llamado indulto humanitario por enfermedad terminal no significa que ese sea el único caso o el único camino– y, además, tiene los efectos de la cosa juzgada, por tanto tiene carácter definitivo, por lo que la revocatoria del indulto ya concedido resulta *prima facie* constitucionalmente inadmisibles⁶.

Ahora bien, lo que resulta discutible es si esta potestad irrestricta de concesión de amnistías o indultos es compatible con el sistema de protección de derechos fundamentales o vulnera los principios que la Constitución reconoce, como lo veremos a continuación.

V. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL INDULTO AL EXPRESIDENTE

ALBERTO FUJIMORI

El Perú ratificó el protocolo complementario de adhesión a la competencia contenciosa de la Corte IDH el 21 de enero de 1981 y lo hizo sin efectuar reserva alguna. La Corte IDH, que se pronuncia sobre la base de la Convención Americana de

DD. HH. o Pacto de San José, conoce casos contenciosos contra los Estados que le presenta otro Estado o, como casi siempre ha sucedido, la CIDH contra los Estados demandados, y las sentencias de la Corte IDH en todos los casos son plenamente vinculantes para los Estados que son demandados (como el caso del Perú) y se ejecutan plenamente por mandato del mismo tratado, de la Constitución y de la ley como si fueran sentencias efectivas, sentencias de última instancia nacional sin necesidad de revalidación, homologación o *exequatur*, como si fuese dada por el más alto tribunal de justicia del Perú (posee, además, cualidad de *res iudicata* material absoluta). A la fecha, no hay ninguna sentencia de la Corte IDH que no se haya ejecutado debida y plenamente en el Perú. Si bien en el Perú una ley expresa que reconoce ello, como lo es la Ley N° 27775, “Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales”, de 7 de julio de 2002, resulta evidente que tal obligación y vinculación interna (con ley expresa de cada Estado o sin ella) es obvia, ya que se trata de una obligación inmanente a los Estados partes de un sistema internacional de orden jurisdiccional, sobre todo en materia de protección de los derechos humanos, pues para eso se crea esta estructura. Es su finalidad esencial. Negar ello es absolutamente absurdo.

Es la jurisprudencia de la Corte IDH, la que en los últimos años ha señalado para los Estados parte de su vinculación

5 Posteriormente modificada mediante Ley N° 27234, Ley que asigna funciones y atribuciones al Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

6 Véase la STC Exp. N° 3660-2010-HC de 25 de enero de 2011. fundamento 4.

contenciosa (como el caso del Perú), que cuando se trate de delitos de lesa humanidad o delitos contra los derechos humanos, los Estados no podrán amnistiar ni indultar a los así condenados, ya que ello supone una violación del artículo 8 del Pacto de San José, que garantiza el derecho al debido proceso, en este caso, en el rubro de la eficacia de proceso, respecto de las víctimas y sus familiares, que tienen derecho –por el debido proceso en el caso de delitos contra los derechos humanos– a saber qué sucedió y dónde se encuentran las víctimas, quiénes fueron los responsables, cómo se les ha individualizado, cómo se les ha castigado y cómo han cumplido con eficacia sus condenas. El indulto, en tal caso, impide esta última, por lo que es la Corte IDH la que ha concluido que en los delitos contra los derechos humanos y de lesa humanidad, los Estados no pueden hacer uso de la facultad graciosa del indulto, ya que en esos casos se violaría la interpretación extensiva que la Corte IDH ha hecho del artículo 8 del Pacto de San José, en cuanto a la lata definición del derecho al debido proceso legal.

Al respecto, la CIDH ha establecido que la existencia de impedimentos fácticos o legales –tales como la expedición de leyes de amnistía– al acceso de información sobre los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental, y que impiden accionar recursos judiciales de la jurisdicción interna resultan incompatibles con el derecho a la protección judicial en el artículo 25 de la Convención Americana, ello porque el

proceso destinado a establecer la verdad requiere del libre ejercicio del derecho a buscar y recibir información y la adopción de las medidas necesarias para habilitar al Poder Judicial a emprender y completar investigaciones correspondientes.

Además, ha señalado que la concesión de amnistías e indultos debe circunscribirse a conductas punibles que tengan el carácter de delitos políticos o de delitos comunes conexos con aquellos en la medida en que teniendo relación directa y estrecha con la delincuencia política no constituyan delitos graves conforme al Derecho internacional, ello porque los responsables de la comisión no deben beneficiarse indebidamente de causales de exclusión de la punibilidad, como la prescripción del delito y la prescripción de la pena.

Por su parte, la Corte IDH ha enfatizado que los Estados parte de la Convención Americana no pueden invocar disposiciones de su Derecho interno, tales como leyes de amnistía, para incumplir su obligación de garantizar el funcionamiento completo y debido de la justicia. En la sentencia en el caso Barrios Altos vs. Perú⁷ estableció que resultan inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos

7 Véase la Sentencia de la Corte IDH, caso Barrios Altos (Chumbipoma Aguirre y otros), sentencia del 14 de marzo de 2001.

«¿Podía la Corte IDH anular el indulto? Claro que sí, tenía el poder jurídico de hacerlo, más aún considerando los antecedentes de la Corte, como el caso Olmedo Bustos vs. Chile.»

inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Ahora bien, durante el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori (AFF) se cometieron diversas violaciones a los derechos humanos contra distintas personas dentro del país. El caso Barrios Altos es emblemático porque se enmarca dentro del contexto en el cual un grupo paramilitar (denominado Grupo Colina) se encargaba de efectuar ejecuciones extrajudiciales, aduciendo como fundamento el combate contra el terrorismo que en dicha etapa afectaba al Estado peruano.

Barrios Altos es un vecindario del centro histórico de Lima, pobre y tugurizado, en el cual se realizó un asesinato masivo por parte del Grupo Colina de distintos concurrentes a una fiesta privada, sustentado ello en que los concurrentes a la misma pertenecían a uno de los grupos subversivos que asolaban al Estado peruano.

Posteriormente, cuando investigaciones periodísticas denotaron la comisión de dichos delitos y sus posibles autores,

el Estado peruano expidió las Leyes N° 26479 y la Ley N° 26472, mediante las cuales se otorgaban amnistía a aquellos policías y civiles que hubieran cometido actos violatorios de derechos humanos entre los años 1980 y 1995, con la única finalidad de eludir, casi en fraude a la ley, cualquier investigación por parte del Poder Judicial y el Ministerio Público.

Es así que los familiares de las víctimas recurrieron ante la Comisión IDH, que hizo suya la denuncia presentada por las víctimas, interponiendo la demanda contra el Estado peruano ante la Corte, la misma que resolvió por unanimidad que las leyes de amnistía eran incompatibles con la Convención y, en consecuencia, carentes de efectos jurídicos. Asimismo, dispuso que el Estado peruano investigue los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de derechos humanos.

En cumplimiento de esta sentencia⁸, AFF fue condenado a 25 años de prisión efectiva, en última instancia, por la Sala Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República como autor mediato y por responsabilidad por crímenes de lesa humanidad (homicidio calificado y secuestro) y, por tanto, recluido en prisión. Sin cumplir la totalidad de esta condena (poco menos de la mitad), el 24 de diciembre 2017, en nochebuena, el entonces presidente Pedro Pablo Kuczynski le otorgó el indulto y gracia y así AFF recuperó temporalmente su libertad. ¿Era AFF pasible de un indulto presidencial? *Prima facie*, parecería que sí, ya que la Constitución no establece limitación o condición

8 La sentencia de la Corte IDH en los casos Barrios Altos y La Cantuta.

alguna para ello, sea que esté enfermo, sea que no lo esté, sea paciente terminal o no.

Por su parte, en el caso de José Enrique Crousillat⁹, el Tribunal Constitucional señaló que incluso la inmutabilidad de otras instituciones a las que la propia Constitución les ha otorgado efectos de cosa juzgada (amnistías, sobreseimientos definitivos) está supeditada a la conformidad de su concesión dentro del marco constitucional. Así, pues, no puede fundarse en un motivo incompatible con la Constitución, ello consecuencia de la irradiación de la Constitución y su fuerza normativa en todo el ordenamiento jurídico.

De este modo, para que un acto del poder público sea constitucionalmente válido no solo debe haber sido emitido conforme a las competencias propias, sino ser respetuoso de los derechos fundamentales, principios y valores constitucionales. 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 que conlleva la imposibilidad de ser revocado en instancias administrativas o por el propio Presidente de la República, sí cabe respecto del mismo un control jurisdiccional excepcional *ex post* a efectos de determinar la constitucionalidad del acto.

Además de existir mecanismos internos, las víctimas y/o las ONG pueden llevar el caso a la CIDH (como así lo hicieron), la que, sin duda alguna y con celeridad, lo elevó a la Corte IDH, la que con una alta de probabilidad pudo haber dejado

sin efecto tal decisión y anularla, con el descrédito internacional para el ex Presidente de la República que así la adoptó no solo por contrariar su expresa doctrina, sino para dar un escarmiento a los autócratas latinoamericanos, y porque AFF fue expresamente contestatario de la Corte IDH, habiendo pretendido retirar al Perú del sistema contencioso de la propia Corte IDH, lo cual fue directamente rechazado por esta en 1999. El mensaje a la comunidad internacional siempre ha sido claro: los golpistas de Estado, los dictadores y los violadores de derechos humanos van a ser castigados con cárcel efectiva y esa pena no podrá ser levantada por ningún indulto presidencial.

Ahora bien, en el procedimiento ante la Corte IDH, admitida una demanda y procesada una causa, esta emite una sentencia de fondo condenando o absolviendo al Estado demandado. Si lo condena, seguirá una sentencia de interpretación, luego una de reparaciones, para culminar con una sentencia de cumplimiento. Esta última puede tomar mucho tiempo y la Corte IDH no cerrará el caso hasta que no decida libérrimamente que su sentencia ha sido plena, cabal, total y debidamente cumplida por el Estado condenado.

Es aquí donde se inserta la incidencia a la que los afectados por el indulto recurrieron. De la mano de la CIDH, acusaron al Estado peruano por el incumplimiento de los fallos de los casos La Cantuta y Barrios Altos al haber concedido el indulto presidencial a AFF. Esto –en su concepto– violaría la obligación de investigar, procesar, sancionar y reparar

9 STC Exp. N° 3660-2010-PHC/TC, del 25 de enero de 2011.

adecuadamente a las víctimas de dichos casos, ya que solo se habría cumplido con efectividad la mitad de la condena impuesta.

A ello debe sumarse que la sentencia que condenó a AFF le agregó adrede a la condena de sus delitos el cintillo de “delitos de lesa humanidad” (pese que a dicha fecha en el Perú no estaba tipificado tal delito y que tal calificación oprobiosa no fue parte de la autorización en la extradición de Chile ni de la acusación fiscal en el proceso penal. Es decir, esa calificación no fue parte de su juzgamiento) y que la Corte IDH se ha pronunciado anteriormente contra las amnistías para delitos de lesa humanidad –razonando que para los indultos tampoco procedería– con el fin de evitar que por esas vías los Estados concedan impunidad a graves violaciones de derechos humanos. La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ha confirmado ello.

Entonces ¿podía la Corte IDH anular el indulto? Claro que sí, tenía el poder jurídico de hacerlo, más aún considerando los casos antecedentes de la Corte, como el caso *Olmedo Bustos vs. Chile* antes referido.

Sin embargo, puestos en la estela procesal del denominado “proceso de supervisión”, en la resolución de supervisión de cumplimiento del caso *Barrios Altos* y del caso *La Cantuta vs. Perú* de 30 marzo de 2018, la Corte IDH no ha optado por esa decisión. Es decir, no dejó sin efecto ni anuló el indulto en forma directa. Tampoco ha dejado de dar razón a los quejosos. Ha deferido la decisión al sistema interno peruano en una primera instancia, pero demarcando los límites conceptuales sobre los cuales las cortes de justicia peruanas debían analizar y resolver

el caso e informar de lo así resuelto a la propia Corte IDH dentro del perentorio plazo señalado al 30 de octubre de ese mismo año. Fue, de momento, diríamos, un honroso “empate”.

En ese sentido, la Corte IDH considerando que en los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta* se encontraba abierta la supervisión del cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar de manera adecuada, en el ejercicio de sus facultades en materia de supervisión se pronunció respecto al “indulto por razones humanitarias” concedido a AFF, señalando que:

[E]l Estado no ha dado cumplimiento total a la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar las graves violaciones a los derechos humanos determinadas en las Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta*.

En tal sentido, se ordenó mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de ambos casos, sin señalar expresamente al Estado Peruano cómo debía proceder con respecto al indulto que se había otorgado a AFF. Adicionalmente el referido Tribunal Internacional señaló:

El Tribunal requiere a las partes que, dentro del plazo dispuesto en el punto resolutivo 4 de la presente Resolución, informen sobre los avances por parte de la jurisdicción constitucional para realizar un control del “indulto por razones humanitarias” concedido a Alberto Fujimori.

En esta inusual resolución, la Corte IDH ha resuelto de cierta manera “trasladar” (deferir) esta responsabilidad a

la jurisdicción constitucional interna a fin de ejercer el adecuado control del “indulto por razones humanitarias” concedido a AFF con relación al cumplimiento de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar las graves violaciones a los derechos humanos determinadas en la sentencia emitida en los casos Barrios Altos y La Cantuta.

Finalmente, y no menos importante, la Corte IDH resolvió, de manera contundente, el debate y la polémica sobre si AFF habría sido o no condenado por delitos de “lesa humanidad”, asintiendo, sin lugar a controversia, que la pena impuesta sí fue por graves violaciones de derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, sin entrar a analizar la validez o no del fallo en dicho extremo, o su falta de congruencia con el principio acusatorio, o su falta de conexidad con la autorización chilena en el caso de la previa extradición de AFF y el *numerus clausus* de los delitos por los que Chile había autorizado el procesamiento de AFF en el Perú, conforme a las reglas de la extradición activa/pasiva y los compromisos de los Estados en cuanto a ello, con lo cual despeja el panorama y allana el camino de la decisión para el órgano que realice el control jurisdiccional.

Fue en atención a la decisión de la Corte IDH que los familiares de las víctimas recurrieron directamente ante el juez del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria radicado en la Corte Suprema de Justicia de la República, solicitando el “control de convencionalidad” del indulto humanitario dictado por el Presidente

de la República en favor de AFF y, por tanto, se declare la nulidad del mismo y su retorno a prisión para el debido cumplimiento del saldo de su condena judicialmente impuesta.

Sobre esto último, mediante Resolución N° 10, del 3 de octubre de 2018, emitida por el juez del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria –en el Expediente N° 00006-2001-4-5001-SU-PE-01– se señaló lo siguiente:

- (i) En la resolución de cumplimiento de sentencia de los Casos Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú, la CIDH señaló que: “la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados en la sentencia de la Corte Interamericana (...) no solo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiesen aplicado las leyes de amnistía (...), tras haberse declarado que dichas leyes no tienen efectos jurídicos, sino también toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal”¹⁰.
- (ii) Nuestra legislación posee normas que prohíben el indulto o perdón de la pena para aquellos casos delictivos considerados en cada Derecho interno como los más graves o para los delitos sancionados en sus jurisdicciones con las máximas penas, incluyendo algunas graves violaciones de derechos humanos o crímenes de lesa humanidad. A título ilustrativo, se citó el artículo 2 de la Ley

10 Considerandos 29 y 30.

Nº 28704, que dispuso que “no procede el indulto, ni la conmutación de pena ni el derecho de gracia de los sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173 y 173-A” del Código Penal relativos a la violación de persona menor de edad y la violación de personas menores de edad seguida de muerte o lesión grave, así como el Decreto Legislativo Nº 1811, mediante la cual se introduce la prohibición del “derecho de gracia, amnistía, indulto y conmutación de pena para los delitos previstos en los artículos 108-C y 108” del Código Penal relativos al sicariato y a la conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato.

(iii) Con relación a ello, en la STC Exp. Nº 0012-2010-PI/TC se señaló que:

[A] juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como consecuencia de lo previsto en el artículo 1.1 de la Convención Americana, en el que se establece que el Estado tiene la obligación de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención” (cfr. caso Velásquez vs. Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 166; [...]). Por ello, “[s]i el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune (...) puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio” (f. j. 41).

(iv) Sobre esto último, conforme se citó en la Resolución bajo comentario, a criterio del TC

[E]xisten ciertos actos delictivos que alcanzan tal nivel de violación de la dignidad del ser humano, que, en abstracto, la posibilidad de adoptar medidas que impidan la efectiva sanción, se encuentra proscrita. Es así que la Corte Interamericana ha señalado que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (cfr. caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001, párrafo 41). El Tribunal Constitucional ha interpretado que esto excluye la posibilidad de adoptar tales medidas ante un acto que constituya un crimen de lesa humanidad, es decir, “a) cuando por su naturaleza y carácter denota una grave afectación de la dignidad humana, violando la vida o produciendo un grave daño en el derecho a la integridad física o mental de la víctima, en su derecho a la libertad personal o en su derecho a la igualdad; b) cuando se realiza como parte de un ataque generalizado o sistemático; c) cuando responde a una política (no necesariamente formalmente declarada) promovida o consentida por el Estado; y, d) cuando se dirige contra población civil” (f. j. 40).

Con lo cual se pone de relevancia la prohibición de conceder indultos en casos de crímenes de lesa humanidad, como es el caso de la condena a AFF.

Partiendo de esas consideraciones, se concluyó que:

[E]l indulto concedido al sentenciado Alberto Fujimori (...) es incompatible con las obligaciones internacionales que vinculan al Estado peruano, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos, más aún si existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional según los [cuales] no procede el indulto en delitos de lesa humanidad como en el presente caso.

Por consiguiente, se resolvió:

DECLARAR que carece de efectos jurídicos para la ejecución de sentencia del presente caso, la Resolución N° 281-2007-JUS, de 24 de diciembre de 2017, que concede entre otros, indulto por razones humanitarias al sentenciado Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori.

Este criterio fue plenamente confirmado por la Resolución N° 46, del 13 de febrero de 2019, emitida en vía de apelación y en calidad de segunda instancia por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, que declaró “INFUNDADA la solicitud procesal de nulidad absoluta (...) deducida por la defensa de don Alberto Fujimori (...)” y, del mismo, se declaró: “INFUNDADO el recurso de apelación formulado por la defensa del sentenciado don Alberto Fujimori (...) que propuso se declare improcedente el control de convencionalidad por competencia funcional del Juzgado

de Investigación Preparatoria Supremo (Juzgado de Ejecución)”.

Como se puede apreciar, en este caso el Poder Judicial ha reafirmado en un caso concreto la incompatibilidad de conceder indulto –aún por razones humanitarias– en el caso de personas que hubiesen sido condenadas por delitos de lesa humanidad, ejerciendo de modo directo y concreto un control de convencionalidad, contrastando directamente la Convención Americana de DD. HH. con una norma del sistema legal interno del Perú de rango inferior a la ley, como es el caso de la Resolución Suprema N° 281-2017-JUS, aplicando el denominado control de convencionalidad nacional aun por sobre la misma Constitución Política del Perú, como parte de las obligaciones inmanentes generadas por la Corte IDH y que están a cargo de la jurisdicción interna de los Estados parte de la Convención Americana.

Si bien es cierto también se ofrecieron consideraciones de fondo relacionadas con la compatibilidad del estado de salud del condenado AFF con la pena privativa de libertad de que fue objeto, también lo es que, a criterio del juez, lo que resultó determinante fue que, al habersele indultado, se estaba incumpliendo con el deber de los Estados parte de cumplir apropiadamente con las sentencias de la Corte IDH. Y aunque en el caso materia de análisis, la propia sentencia de cumplimiento dictada por la Corte IDH no estableció específicamente la anulación del indulto presidencial, fue esta sentencia interamericana la que otorgó contenido sustancial al caso concreto en la jurisdicción interna del Perú en cuanto a la observancia de este novísimo deber internacional (el

realizar a nivel jurisdiccional el denominado “control de convencionalidad”).

Por consiguiente, apreciamos una actuación conjunta de la jurisdicción internacional de los derechos humanos y de la jurisdicción interna del Perú, constitucional y ordinaria, en pro de la plena vigencia de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Interamericana de DD. HH.

Esta finalidad, claramente determinada por la Corte IDH, se grafica de modo evidente y contundente en el denominado *control de convencionalidad* que cumple, de ese modo, en la hora actual del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, una función primordial que, no dudamos, tendrá un mayor desarrollo destinado a su profundización y alcances en las decisiones más importantes en los próximos años.

Así como en la doctrina constitucional norteamericana se dice que el *control difuso judicial de la constitucionalidad de las leyes (judicial review)* ha sido la piedra angular del desarrollo constitucional en los EE. UU., y de su solidez institucional en cuanto Estado de derecho constitucional, asimismo podríamos vaticinar que el hoy denominado *control de convencionalidad* será la piedra angular en el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH y, en su profundización, alcances y desarrollo, el del propio sistema interamericano de protección de derechos humanos, inclusive con proyección hacia el derecho internacional comparado de los derechos humanos.

REFERENCIAS

- Bernales, E. (1997). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. 3ª ed. Lima: Constitución y Sociedad, pp. 573-574
- Blume, E. (1996). El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución. *Pensamiento Constitucional*, 293-337. Lima.
- Cappeletti, M. y Adams, J. (1966). *Judicial Review Of Legislation: Europeans Antecedentes And Adaptations*. Cambridge: The Harvard Law Review Association.
- Carbonell, M. (2011). *Introducción General al control de convencionalidad*. México D. F.: Porrúa.
- Castillo, L. (2015). ¿Estado convencional de derecho? Mosquero, S. *La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en Perú. Cuartas Jornadas Sobre Derechos Humanos*. Lima: Palestra.
- De Bernardis, L. (1995). *La Garantía procesal del debido proceso*. Lima: Cultural Cuzco.
- Ferrer, E. (2014). Control de convencionalidad (sede interna). Ferrer, E., Martínez, F. y G. Figueroa. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional*. México D. F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Furnish, D. (1990). La “revisión judicial” de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos. Quiroga, A. *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García, C. (2019). *Hacia un concepto de control de convencionalidad*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- Mandujano, S. (2018). *Control de convencionalidad y convergencia interpretativa*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- Mora, J. (2012). El control de convencionalidad: un replantamiento de principios y fuentes del derecho. *Revista Republicana*, (12).
- Nogueira, H. (2012). Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 45(135), pp. 1167-1220.

Pastor, J. (1996). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos.

Quiroga, A. (1990). *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Quiroga, A. (2014). *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de derecho humanos –Jurisprudencia–*. 2ª ed. Lima: Idemsa.

Thayer, J. (1983). The Origin And Scope Of The American Doctrine Of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 129.